



FACULTAD DE DERECHO

**LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS EN EL
ÁMBITO SOCIETARIO**

**PRESENTADO POR
RENZO DANIEL LADRÓN DE GUEVARA VERA**

**ASESOR:
JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2017



**Reconocimiento - No comercial – Compartir igual
CC BY-NC-SA**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**“LA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS EN EL ÁMBITO
SOCIETARIO”**

**PARA OPTAR:
EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR:
RENZO DANIEL LADRÓN DE GUEVARA VERA**

**ASESOR:
DR. JULIO DURAND CARRIÓN**

LIMA, PERÚ

2017

*Agradezco en primer lugar a Dios,
por darme la fortaleza de culminar mi carrera;
a mis padres, Karina y Luis, por su apoyo incondicional;
a mi hermano Diego, por brindarme su apoyo como
compañero de vida y de profesión;
a mi asesor, Dr. Julio Durand, por sus sabias orientaciones
en el desarrollo de la presente investigación;
al Instituto de Investigación Jurídica, así como a todos aquellos docentes de la
facultad de derecho la Universidad San Martín de Porres, que me
brindaron las bases generales para la estructuración de esta investigación; y
a todas las personas que me apoyaron para la culminación de esta tesis.*

*Dedico este trabajo a mis padres y hermano,
porque sin ellos no podría haber culminado mis estudios profesionales;
así como a todas las personas que
me han apoyado para finalizar este trabajo de tesis.*

ÍNDICE

ÍNDICE	iv
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	ix
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES	1
1.1. Estrategias empresariales – Concentraciones empresariales.....	1
1.1.1. Caso Rockefeller – <i>Trust company</i>	4
1.2. Actividad empresarial y grupos económicos en el Perú.....	7
CAPÍTULO II: SOCIEDADES	10
2.1. Definición de sociedad y su evolución doctrinaria.....	10
2.2. Naturaleza jurídica de las sociedades.....	13
2.2.1. Teoría del acto constitutivo.....	15
2.2.2. Teoría del acto complejo	17
2.2.3. Teoría institucionalista.....	17
2.2.4. Teoría contractualista	19
2.3. La naturaleza jurídica de las sociedades de acuerdo a la ley general de sociedades en el Perú.....	23
2.4. Las acciones y participaciones de acuerdo a la ley general de sociedades. 29	
2.4.1. Naturaleza jurídica de las acciones	35
2.4.2. Clases de acciones.....	44
2.4.3. Control indirecto a través de acciones.....	53
2.5. Órganos sociales	55
2.5.1. Junta general de accionistas	56

2.5.2. Órganos administrativos	61
2.6. Tipos societarios	69
CAPÍTULO III: GRUPOS ECONÓMICOS	73
3.1. Noción y definición de los grupos económicos.....	73
3.2. Elementos de los grupos económicos.....	82
3.2.1. La preexistencia de la personalidad jurídica de las empresas vinculadas	84
3.2.2. La relación de dominio – dependencia	91
3.2.3. Dirección unificada y el control empresarial	141
CAPÍTULO IV: LEGISLACIÓN COMPARADA DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS	146
4.1. Legislación alemana.....	146
4.1.1. <i>Konzern</i> de derecho	151
4.1.2. <i>Konzern</i> de hecho.....	162
4.1.3. Ventajas de la regulación de los grupos económicos en el marco	
normativo alemán frente a nuestra ley general de sociedades.....	169
4.2. Legislación francesa.....	171
4.2.1. Doctrina <i>Rozenblum</i>	173
4.3. Legislación española.....	177
4.3.1. Unión temporal de empresas.....	177
4.3.2. Agrupación de interés económico.....	179
CAPÍTULO V: REGULACIÓN DE LOS GRUPOS ECONOMICOS	185
5.1. Situación y problemática de los grupos económicos en el Perú	185
5.1.1. Análisis sobre la incompatibilidad entre los tipos societarios regulados en	
la ley general de sociedades y los grupos económicos	198
5.2. Análisis económico de la legalización de los grupos económicos y su	
optimización en nuestro mercado	223

5.3. Análisis de las opiniones de especialistas respecto de la regulación de los grupos económicos	226
5.3.1. Entrevista realizada al Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio	226
5.3.2. Entrevista realizada al Sr. Javier Zuñiga Quevedo	240
5.3.3. Entrevista realizada al Dr. Hernando Montoya Alberti	252
CONCLUSIONES.....	268
RECOMENDACIONES	272
FUENTES DE INFORMACIÓN	274

RESUMEN

La tesis que se presenta contiene un análisis teórico, de las leyes nacionales y extranjeras así como de la doctrina propia de los grupos económicos, como resultado del cual se ha podido arribar al objetivo general de la investigación, respecto de la viabilidad de legalizar a estas agrupaciones dentro de nuestro marco jurídico societario, dilucidando el problema principal de su falta de normatividad para su delimitación como una estrategia propia del derechos societario. En ese sentido se ha llegado a la conclusión favorable para su desarrollo legislativo dentro de nuestra normativa societaria; y, asimismo formular recomendaciones para su aplicación de acuerdo a su optimización en el mercado y transparencia a la que debemos de apuntar como país cuyo marco económico es la social de mercado.

De esta manera, la investigación se ha justificado en los niveles de impacto (i) doctrinario sobre el avance evolutivo de nuestros conceptos tradicionales de empresa; (ii) social, ya que se definen derechos y deberes de los grupos económicos como sujetos de derecho; y (iii) de trascendencia nacional, ya que su desarrollo se encuentra en alcances internacionales como una adecuación a lo que ya se encuentra legislado en otros países.

Palabras claves: Concentración de empresas, grupos económicos, personalidad jurídica, relación dominio – dependencia, dirección unificada, control empresarial, *konzern* de derecho y de hecho, legalización, tipo societario.

ABSTRACT

The thesis is presented contains a theoretical analysis, of the national and foreign laws as well as of the own doctrine of the economic groups, as a result of which it has been possible to arrive at the overall objective of the investigation, on the road to legalize these groupings within our corporate legal framework, elucidating the main problem of the lack of norms for its delimitation as a corporate rights strategy. In that sense, one has reached the favorable conclusion for their legislative development within our corporate regulations; and, also to formulate recommendations for its application according to its optimization in the market and transparency at which we must point as a country whose economic framework is the social market.

In this way, the research has been justified in the impact levels: (i) doctrinaire on the evolutionary advancement of our traditional concepts of company; (ii) social, since the rights and duties of economic groups are defined as subjects of law; and (iii) of national importance, since its development is in international reaches like adaptation to which already it is legislated in other countries.

Keywords: Concentration of companies, economic groups, legal personality, relation dominion - dependence, unified direction, business control, konzern of law or in fact, legalization, and societal type.

INTRODUCCIÓN

Los grupos económicos son estrategias empresariales cuyo surgimiento viene desde hace años atrás, como una idea mejorada de las concentraciones empresariales, cuyo fin es obtener mayor rentabilidad y perfeccionamiento en sus actividades empresariales, evitando el abuso de dominio del mercado y respetando los derechos y reglas generales para su actuación.

De esta manera, la constitución de estas agrupaciones se ha vuelto un ejercicio necesario para todos los empresarios, ya que en algunas oportunidades este es el único medio para mantenerse en el mercado frente a otras grandes corporaciones, razón por la cual lo único que podían hacer los países en los cuales los grupos económicos desarrollaban sus actividades, como es el caso de Alemania, España, Francia, entre otros, era reconocerlas como una figura societaria especial, sujeta de derechos y obligaciones con la finalidad de salvaguardar derechos de cualquier persona involucrada.

Pese a que somos testigos que en el Perú existen constituidas estos grupos económicos, como es el caso de los grupos Brescia, Romero, Gloria, CENCOSUD, entre otros, no compartimos este avance jurídico que se ha desarrollado desde hace muchos años en otros países. Lo único que tenemos en nuestro país para reconocer a los grupos económicos son instrumentos especializados en sectores diferentes al ámbito societario, que incluso tampoco desarrollan las características básicas de su constitución, entre otros supuestos propios de estas agrupaciones.

Con lo cual surgen ciertas incógnitas que sirvieron como base para realizar la investigación: ¿Habría un mayor orden y control si los grupos económicos se

incluyen dentro de nuestro ordenamiento jurídico societario? ¿Se debería crear un tipo societario especial para los grupos económicos, con la finalidad de delimitar sus derechos y obligaciones? ¿Será la mejor alternativa regular a los grupos económicos en instrumentos que no tenga rango de ley?

Es así que el objetivo de la investigación fue analizar la viabilidad que tendría la inclusión de los grupos económicos dentro de nuestra Ley General de Sociedades, con el fin de obtener un instrumento normativo rector que permita dar las pautas necesarias para identificar a estas grandes corporaciones, siendo para estos fines el tipo de investigación utilizada la básica - analítica ya que se ha desarrollado en torno a los principios y leyes nacionales y extranjeras con el fin de determinar la modificación de nuestro marco societario; el nivel de investigación fue descriptivo ya que se estudió el fenómeno de grupos desde sus componentes básicos hasta su ejercicio societario, aplicando el método deductivo de toda la doctrina y legislación pertinentes; y el diseño de investigación fue la observacional - prospectivo, porque en principio se observó cómo es que estas agrupaciones se existen en nuestro mercado sin ninguna norma especial societaria.

Como parte inicial de la investigación desarrollada, en el capítulo primero se sintetizan los conceptos generales de las concentraciones empresariales, con la finalidad de analizar y tener en cuenta las razones de su regulación; y, en el capítulo segundo se estudian las bases doctrinarias y legales de las sociedades reconocidas en nuestra Ley General de Sociedades, para demostrar la compatibilidad que tendría la incorporación de los grupos económicos como un tipo de sociedad especial; en los capítulos cuarto y quinto se desarrollan los conceptos de estas agrupaciones, sus elementos, características y la regulación indirecta de nuestro marco societario, para de esta manera realizar un estudio comparado con otras legislaciones extranjeras a fin de determinar cuál es el marco jurídico que le dan para legalizar a estas agrupaciones. Y finalmente, con todo este análisis se logró llegar a ciertas conclusiones, respecto del perfil que deberían tener los grupos económicos siguiendo su naturaleza jurídica y necesidad en el mercado; y con ello formular recomendaciones para su optimización en el mercado frente a su legalización.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES

1.1. Estrategias empresariales – Concentraciones empresariales

Los grupos económicos son estrategias empresariales con mayor apogeo en nuestro actual mercado globalizado, surgen como una idea mejorada, en el marco de los alineamientos legales, de las alianzas entre personas jurídicas llamadas “Concentraciones Empresariales”, o también llamados en otros países como “*Trust Companies*”.

Algunos autores españoles hacen referencia al mencionado precedente histórico cuando analizan a estas agrupaciones dentro de las “Uniones de Empresas”; sobre el particular, García – Pita y Lastres menciona que la “(...) 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 ‘unión de decisión’.” (Garcia - Pita y Lastres, pág. 28)

He referido que los grupos económicos son estrategias mejoradas de las concentraciones empresariales, ya que en estas últimas su utilidad se encuentra orientada en la formación de alianzas entre personas jurídicas con la finalidad de controlar cierto sector del mercado; de estas alianzas surgieron algunas ventajas notables para aquellas empresas vinculadas, las cuales llegarían hacer el camino para obtener la posición de dominio en el mercado, pero que a su vez también fueron la razón para que su desarrollo fuera delimitado por precepto jurídicos, es así que el mencionado autor desarrolla cuatro (04) bloques importantes llamados (i) técnico; (ii) financiero; (iii) comercial; y (iv) estratégico.

Este primer bloque denominado “técnico”, es aquel que engloba las ventajas obtenidas cuando entre las empresas vinculadas se apoyaban, en algunos casos, en el prestamos de maquinarias, en el intercambio de su *know how* en el manejo de las mismas y en la mano de obra en general, con la finalidad de alcanzar una mejor coordinación en sus respectivos procesos de productividad que les permita cumplir con el interés común para la cual forjaron su alianza. Es decir, bajo este bloque el motivo de formar las concentraciones empresariales era lograr alcanzar la suficiente eficiencia en el mercado a través del apoyo infraestructural y del *know how* que cada una de las empresas vinculadas podía compartir.

A raíz de este beneficio técnico, se presume que las empresas vinculadas obtienen mayor estabilidad empresarial, conllevando a que desde su posición en el mercado se vea fortalecido frente a entidades o fuentes financieras en que se quiera ver involucrado; este enfoque, el autor antes mencionado, lo señala como el segundo bloque de beneficios llamado “financiero”, el cual, como se puede analizar de la mencionada descripción, encierra las consecuencias financieras positivas que adquieren las empresas vinculadas de una concentración empresarial.

Estas alianzas empresariales, en algunos casos fueron constituidas por empresas de diferente giro empresarial, por lo que la cobertura del mercado se expandió llegando a alcanzar mejores conocimientos del mismo, economizar gastos de publicidad que unifiquen la labor de dos o más empresas, alcanzar mayor distribución para satisfacer la demanda exigida, se logró tener mayores ventas de productos más sofisticados, entre otros campos que las mismas empresas vinculadas aportaban; este beneficio el mencionado autor lo denomina como bloque “comercial”, el cual va de la mano con la cobertura de todo el proceso de producción que tiene un determinado bien o servicio.

Estos primeros tres bloques son algunas de las razones por las que las empresas optaban en formar alianzas, ya que con ello podían lograr mayor estabilidad en el mercado y menor los gastos que asumían, incluso en la actualidad también son estas

mismas razones las que motivan a diversas personas jurídicas constituir grupos económicos; sin embargo, de estas ventajas el mismo autor mencionado señala un beneficio empresarial que a su vez perjudica al mercado llamado bloque “estratégico”, el cual surgió a causa de la falta de regulación de, en aquella época, moderna figura empresarial.

Este último bloque engloba todo comportamiento que tuvieron las empresas vinculadas para controlar el mercado, estabilizar precios de productos o servicios, restringir la producción y aumentar los beneficios empresariales de cada uno de ellas de manera colectiva e individual en beneficios de estas; dicho enfoque fue causa para que las concentraciones empresariales sean reguladas por distintos Estados del mundo, ya que estos comportamientos desembocaban en la mala praxis de monopolios, restricción de la competencia en el mercado, entre otros problemas.

Esta regulación, además de traer consecuencias positivas a la libre y justa competencia, salvaguardó los intereses de los socios minoritarios y sujetos externos a dichas alianzas, así como la protección de aquellos abusos generados por la mala gestión del poder de control en el mercado. El análisis preliminar de estas cuatro ventajas y la causa de regulación de las concentraciones empresariales, son sumamente importante de mencionarlos ya que los grupos económicos se encuentran asociados con estas antiguas alianzas que formaban entre empresas; esta visión debemos de considerarla como antecedentes ya que una de las finalidades de investigar este fenómeno de grupo es no tropezar con los error prácticos y legislativos que cometimos antiguamente.

A continuación desarrollaré uno de los primeros casos de concentraciones empresariales que resonó a nivel mundial llamado caso “Rockefeller”, ahí mencionaré cual fue su avance normativa para que este fenómeno de grupos se vea limitado por una normativa especial y jurisprudencial del país en donde se advirtió este error, ello con la finalidad de tenerlo en cuenta al momento de estudiar a los grupos económicos y su regulación en la actualidad.

1.1.1. Caso Rockefeller – *Trust company*

Un claro ejemplo que ocasionó la regulación de las concentraciones empresariales se dio en el país norteamericano en el famoso caso Rockefeller, el cual detonó un abanico de situaciones legales que dejó débil la labor legislativa en comparación de los avances tan volátiles de las estrategias empresariales:

Este caso en mención tiene sus orígenes en el año 1862, fecha en la que el empresario John Rockefeller se asoció con Samuel Andrews, inventor del proceso para refinar petróleo, con la finalidad de constituir una empresa especializada en el rubro del petróleo. De aquí partió la idea emprendedora y ambiciosa de perfeccionar un procedimiento de producción en el mercado, la idea de formar esta alianza recayó en el fortalecimiento de un negocio frente a la competencia que podría existir.

En el año 1870, la empresa constituida por Andrews y el empresario Rockefeller fue absorbida por *Standard Oil Company*, cuya fundación fue liderada por Rockefeller y otros asociados. En el año 1872, viendo que el negocio estaba creciendo Rockefeller constituyó la empresa *South Improvement Company*, con la finalidad de reunir a las principales empresas refinadoras de petróleo de Cleveland; es así que, Rockefeller logró comprar 22 de 25 empresas refinadoras, para lograr obtener beneficios técnicos, financieros, comerciales, y sobre todo tener el dominio del mercado con miras a alcanzar exclusividad en su giro empresarial, frente a terceros.

Desde ese momento se advirtió la aparición de una concentración empresarial de hecho potente, ya que su surgimiento se debió a la compra de la mayoría de empresas refinadoras de dicha localidad; es así que Rockefeller, sabiendo que no existía algún marco jurídico que regulaba las alianzas entre personas jurídicas, tuvo la visión de agrupar a dichas empresas con la finalidad de controlar el mercado. Sin embargo, debido a las constantes protestas que efectuaron los consumidores y

agentes diversos ajenos a la compañía Rockefeller, tres (03) meses después esta unión estratégica fue anulada, ya que se denotaba el impacto negativo que generaba y, con ello el análisis respecto del impacto que ocasionaría la falta de regulación de las concentraciones empresariales.

Lastimosamente, ya para la anulación y extinción de la alianza liderada por Rockefeller, este empresario ya contaba con el control del aproximado noventa por ciento (90%) del mercado norteamericano del rubro refinador de petróleo, es por ello que al darse cuenta su posición de dominio en el mercado, Rockefeller constituyó la primera empresa formal dirigida a su concentración de empresa, llamada: *Standard Oil Trust*.

Es así que, después de aproximadamente ocho (08) años de subsistir dicha concentración empresarial, en el año 1890 en mérito de la posición de dominio en el mercado norteamericano que tenía la empresa *Standard Oil Trust* y su desventajosa posición que logro obtener frente a otros agentes, se promulgó la Ley Sherman¹, el cual tenía el propósito de regular y eliminar esta clase de alianzas, con el objetivo de optimizar el mercado salvaguardando la libertad de empresa y aumentando la competencia para generar mejores precios, calidad en los servicios y productos y sobre todo dando mejor visión en el mercado, excluyendo la desigualdad de trato frente a los consumidores; sin embargo, uno de los problemas que se pueden advertir de esta pionera ley era la falta definición respecto de las palabras “monopolio” o “restricción en el mercado”, entre otros, que sirven como base para la adecuada implementación de este instrumento legislativo.

¹ Ley Sherman:

- Sección 1: “Cada contrato, combinación en la forma de confianza o de otra manera, o de conspiración, en el alojamiento del comercio o del comercio entre varios estados, o con naciones extranjeras, se declara ilegal todo contrato. A cada persona que haga cualquier contrato o cualquier combinación o conspiración declarada por este medio per se ilegal será juzgado culpable de un crimen (...)”
- Sección 2: “Cada persona que monopolice, o procura monopolizar, o combina o conspire con cualquier otra persona, para monopolizar cualquier parte del comercio o comercio entre varios estados, o con naciones extranjeras, será juzgado culpable de un crimen (...)”

En atención a esta carencia de conceptos advertida en la Ley *Sherman*, en el año 1892 el Tribunal Superior de Justicia de Ohio definió el concepto de monopolio, declarándolo en este perfil a la Compañía *Standard Oil Trust*, y ordenó su disolución; sin embargo, no fue hasta el año 1899 que se ejecutó la disolución de la nueva empresa creada por Rockefeller. Llegando a la finalización de esta práctica empresarial en los países de Norteamérica.

La mención y el desarrollo resumido del caso Rockefeller me sirve como base para entender cuál es el impacto negativo que puede generar la falta de regulación de este tipo de alianzas empresariales, ya que me doy cuenta que sin alguna regulación que proteja la libre competencia, se estaría dejando la puerta abierta para que un grupo de empresas domine parte o todo el mercado de un determinado país; sobre todo porque si analizamos con profundidad las concentraciones empresariales y los grupos económicos, nos daremos cuenta que en el fondo constituir estas alianzas tienen como fin buscar la mejor estabilidad en el mercado con el apoyo de otras empresas a fines, pudiendo desembocarse en el abuso de su posición de dominio en el mercado.

El marco jurídico que se encuentra vigente en cada uno de los países de nivel mundial, orienta al empresario a formar otras alianzas estratégicas, surgiendo de esta manera el fenómeno societario llamado “Grupos Económicos”, los cuales son constituidas con la finalidad de mejorar las expectativas de mercado y asimismo sus beneficios económicos, con características especiales que los diferencian de las concentraciones empresariales en el marco legislativo sobre competencia que, sin dudar alguna, no pierde su similitud en torno a la naturaleza o el fin de la cual se formaron; por otro lado, partiendo desde este marco jurídico vigente, la constitución de los grupos económicos ha hecho que evolucione la estructura tradicional de una empresa conformada de acuerdo a nuestra Ley General de Sociedades, ya que la situación *sui generis* de estas agrupaciones propicia a que la base societaria debe estar alineada con nuestro marco jurídico, con el fin de optimizar el mercado.

En el siguiente capítulo desarrollaré este análisis evolutivo de manera progresiva para explicar los conceptos básicos de una empresa así como la figura de los grupos económicos, sin dejar de lado la importancia de la regulación de las concentraciones empresariales con la finalidad de no recaer en los mismos errores de aquella época.

1.2. Actividad empresarial y grupos económicos en el Perú

Permanentemente las personas con visión empresarial y emprendedora busca adoptar medidas, instrumentos y/o acciones innovadoras con la finalidad de obtener mejor posición en el mercado y adquirir mayor rentabilidad en su negocio, los cuales deben de estar alineados con al marco jurídico vigente; sin embargo, existen algunas estrategias complejas que necesitan una regulación especial que ayuden a perfilarlos, como es el caso de las concentraciones empresariales o incluso la misma evolución histórica que han tenido las sociedades.

Al respecto, desde la perspectiva del derecho societario, en nuestro Código de Comercio del año 1902, se desarrolló uno de los primeros hitos societarios en nuestro país al regular a las empresas como “Compañías Mercantiles”, en el cual se regulo en su artículo 124 lo siguiente “El contrato de compañías, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común, bienes industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquier que fuese su clase (...)”.

En aquella época, esta base normativa primigenia buscaba regular la actividad empresarial que ejercían los personas naturales, reconociendo entre otros elementos la necesidad de celebrar un contrato para constituir adecuadamente una empresa; el marco jurídico de aquella etapa fue reconocer la actividad privada que realizaban las personas sin desarrollar mayores alcances.

Sin embargo, esta perspectiva fue modificada por medio de la Ley 26887 – Ley General de Sociedades –, publicada el 19 de noviembre del año 1997, vigente a

partir del 01 de enero de 1998 hasta la actualidad, el cual entre sus diversos artículos podemos destacar el 4, en el donde se señala que “La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. (...)”.

De este artículo citado podemos darnos cuenta que la evolución empresarial ha ido cambiando de acuerdo a las exigencias que se presentan en el mercado, tal es así que ahora nuestra vigente normativa abre la posibilidad que las empresas puedan ser constituidas también por otras empresas; sin embargo, el problema que observo en los diversos artículos de este instrumento jurídico es respecto de su carencia de artículos que reconozca a la empresa como socio o vinculante de otra, sobre todo porque hoy en día tenemos el apogeo de una estrategia empresarial que se encuentra involucrada en todos los alrededores del mundo, es llamado “Grupos Económicos”.

Tal cual lo he mencionado anteriormente, estas agrupaciones de empresas surgieron en mérito de la idea de las concentraciones empresariales, las cuales buscan formar alianzas entre empresas para que entre ellas se apoyen y puedan perfeccionar su productividad; su estructura definitivamente es mucho más compleja a comparación de una empresa constituida por únicamente personas naturales, ya que en ellas comprende la combinación de estructuras societarias ya constituidas, entre otros.

Sin embargo, en nuestra Ley General de Sociedades no se advierte algún precepto jurídico que señale de manera especial a esta figura de grupo, dejando sin base los comportamientos o situaciones que este fenómeno de grupo puede verse involucrado, como puede ser el caso de supuestos en donde se vea involucrado las responsabilidades del grupo frente a las empresas vinculantes o la protección de los socios minoritarios, entre otras circunstancias que pueden asemejarse a lo ya regulado por la ley mencionada, que por analogía podría aplicarse, pero que desde mi perspectiva deben estar reconocidos de manera especial.

Es por dicha razón que considero fundamental analizar este fenómeno de grupos desde el estudio básico de una sociedad, ya que de aquí partiría en perfilar a los grupos económicos dentro de nuestro marco societario, o incluso podríamos darnos cuenta que estaría fuera de su rango legislativo; el estudio de este fenómeno es sumamente importante desarrollarlo ya que hoy en día estas agrupaciones son estrategias muy utilizadas a nivel mundial los cuales se encuentran involucradas en la económico de cada país, con lo cual su legación podría optimizar el mercado y volver más transparente para alcanzar una competencia adecuada y beneficiosa para todos los agentes involucrados.

CAPÍTULO II: SOCIEDADES

2.1. Definición de sociedad y su evolución doctrinaria

En nuestra legislación nacional, así como en otros países, la idea de empresa ha ido cambiando en el transcurso del tiempo. Las sociedades y en general las actividades empresariales son odiseas muy complejas y sobre todo cambiantes en atención a las diferentes exigencias que demanda nuestro actual mercado globalizado y sobre todo en el marco de la competencia.

La definición de las sociedades, desde la perspectiva doctrinaria, no es ajena a estos cambios crecientes que exige el mercado; al respecto, recordemos como juristas como Fernández Sessarego conceptualizaban a las personas jurídicas de la siguiente manera:

“Expresar que la persona jurídica es distinta de sus miembros o personas naturales que realmente la integran, no significa la creación de un ente específico diferente a tales personas o miembros. Aludir al concepto de “persona jurídica” no supone encontrar a un “algo” diverso a aquellas personas naturales. Decir “persona jurídica” no conduce a ningún ente o cosa u organización alguna, a ningún ente real o abstracto, sino solo a una organización de persona que realizan fines valiosos.” (Fernández Sessarego, 1986, pág. 151)

De este concepto antiguo, podemos analizar que la sociedad era definida como una agrupación de personas naturales susceptibles de manifestar su voluntad con fines económicos compartidos; sin embargo, en dicho concepto no se manifestaba la

solemnidad que debió tenerse para su correcta constitución de acuerdo a los requisitos legales vigentes.

Básicamente, estas definiciones antiguas de empresa se encontraban basadas en la práctica empresarial y no formal para su constitución de acuerdo a ley; no habiendo, a mi parecer, una armonización entre la doctrina y las normas societarias vigentes. De esta manera, conforme fue pasando el tiempo y con ello las exigencias de constitución de una empresa y conceptos a fines, su definición ha ido evolucionando, es así que Joaquín Garrigues señala que la sociedades es “un contrato queda origen a una persona jurídica o al menos, a una organización, la cual ya no depende del contrato originario, sino que tiene su propio estatuto, que se modifica sin contar con la voluntad de los primitivos contratantes.” (Garrigues J. , 1979, pág. 106)

Como podemos observar esta vez la definición de sociedad se encuentra más armonizado con las exigencias legales y doctrinas vigentes de aquella época; sin embargo, hoy en día estos conceptos de sociedad son muy bursátiles por los cambios estratégicos empresariales, es así que autores como Hundskopf alzan más la vaya de la idea clásica de sociedad en el marco de su constitución, al señalar lo siguiente:

“(...) la sociedad viene a ser una asociación de personas naturales o jurídicas reunidas por un contrato plurilateral en virtud del cual nace un sujeto de derecho distinto a sus conformantes, con el objeto de que, a través de su actuación colectiva, dicha entelequia provista de personalidad jurídica realice determinadas actividades económicas.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 27)

El concepto de sociedad como una agrupación de personas naturales con un fin económicamente común ha quedado desfasado, aceptándose en la práctica y mentalidad empresarial que, como personas sujetas a derecho, las personas

jurídicas están embestidas para constituir otras empresas, siguiendo con los requisitos y parámetros económicos y legales respectivos.

Es así que, en cuanto a su definición las bases doctrinarias son suficientemente claras así como sus particularidades iniciales que hoy en día se encuentra regulados en el marco del derecho societario, entre ellas podemos mencionar las siguientes: (i) la sociedad nace del acuerdo de voluntades; (ii) se constituye una relación jurídica de carácter patrimonial; y (iii) nace un sujeto de derecho independiente e individual sumergido en derechos y obligaciones, previo cumplimiento y registro exigido legislativamente.

Es importante para mi trabajo de investigación la definición y el análisis evolutivo de las sociedades ya que de aquí podré partir para el estudio de los grupos económicos como empresas autónomas e individuales, y no como simples agrupaciones que carecen de personalidad jurídica, tal como ocurre en otros países, y que de manera crítica he observado la falta de armonización en nuestra legislación societaria vigente.

Como podemos darnos cuenta todas las definiciones de sociedades se encuentran conectadas con la naturaleza de su constitución, pudiendo ser contractual o por un acuerdo de partes o sujeta al manejo institucional estatal; sin embargo, en nuestra Ley General de Sociedades vigente no se encuentra un perfil sólido al respecto. Incluso estas naturalezas son sumamente debatidas entre varios juristas, no habiendo un consenso en la determinación de la naturaleza jurídica de las sociedades en nuestro país, es así que como primer análisis trataré de darme una idea de la naturaleza jurídica de las sociedades.

2.2. Naturaleza jurídica de las sociedades

La definición de sociedades, en mi consideración, siempre se irá modificando, dependiente de la generación empresarial en el que nos encontremos; sin embargo, describir la naturaleza de su constitución como campo jurídico es un trabajo un poco difícil y difuso que dependerá del enfoque que uno empieza a observar a las empresas como personas jurídicas.

Es así que, en cuanto a su definición dependerá de la época y su avance empresarial, pero en cuanto a su naturaleza dependerá de cómo es que queremos ver a la empresa desde su constitución hasta su comportamiento final en el mercado; de esta manera Hundskopf desarrolla a la empresa desde tres perspectivas (i) como empresa; (ii) como persona jurídica; y (iii) como contrato. Es importante tener en cuenta que estas formas de ver a la empresa están sujetas íntegramente a la regulación societaria que tenga cada país para orientar el comportamiento empresarial propio.

Someramente vamos a definir la primera perspectiva ya que su concepto es sumamente fácil de entenderlo, no necesitando mayor análisis para el enfoque de mi investigación; sin embargo, me detendré en las dos últimas visiones de sociedad – como persona jurídica y como contrato – las cuales desarrollaré para tratar de armonizarlos con la estructura empresarial reconocida en nuestra Ley General de Sociedades o legislación especial, para así darnos cuenta la base que tendrían los grupos económicos en nuestro marco jurídico societario.

Desde la primera perspectiva es claro que una sociedad nace a raíz de la combinación del capital y trabajo de un sujeto o conjunto de sujetos, los cuales son llamados empresarios, quienes según su idea y fin empresarial pueden conformarse como una sociedad de tipo grupal o si en caso es individual puede adoptar la figura de la E.I.R.L. o incluso seguir desarrollando sus actividades sin ninguna forma

societaria. Con lo cual podemos decir que la empresa es el género y la sociedad la especie.

Pero, de lo antes indicado puedo señalar que la figura de sociedad como empresa, radica íntegramente en las labores emprendedoras que un sujeto puede desarrollar de manera individual y conjunta con otros sujetos; su mención en cuanto a su naturaleza no es de mayor complejidad ya que lo que se pretende explicar cómo idea de empresa es el esfuerzo que un sujeto o conjunto de ellos pueden hacer para lograr su rentabilidad y utilidad a través de una persona jurídica independiente a ellas.

En torno a la sociedad como persona jurídica y como contrato, su estudio es mucho más complejo que el que acabo de ver, estas dos presentan diferentes teorías en las cuales se desarrollan su marco doctrinario y jurídico frente a la naturaleza de las sociedades en torno al régimen legal en el que nos encontremos; cada uno de estas teorías íntegramente se abocan al análisis constitutivo de una sociedad.

Ello se debe a que estas teorías son la base conceptual para determinar cómo y en qué momento se puede decir que nace una persona jurídica, y desde cuando estas empresas adquieren su individualidad jurídica; con lo cual, desde mi perspectiva, merecen atenderlos con cuidado ya que su utilidad es necesaria para determinar si es posible la adhesión de los grupos económicos en nuestro marco jurídico societario, o si es que la práctica de estas agrupaciones puede ser amoldable a nuestro sistema jurídico, tal cual se encuentra reconocido en otros países.

Estas teorías se presentan de dos maneras: (i) por un lado desde el análisis de la sociedad como persona jurídica de tres maneras 1. Teoría del Acto Constitutivo, 2. Teoría del Acto Complejo, y 3. Teoría Institucionalista; y (ii) por otro lado desde el análisis de la sociedad como contrato, también llamado Teoría Contractualista se presentan de dos maneras: 1. Contrato Sinalagmático; y 2. Contrato Bilateral o Plurilateral Especial.

Cada una de estas peculiaridades citadas las analizaré únicamente de forma doctrinaria, para con ello poder identificar en cuál de estos se encuentra ubicado nuestro sistema jurídico económico, y cuál es la que adopta nuestra Ley General de Sociedades.

2.2.1. Teoría del acto constitutivo

Bajo esta teoría, tal cual lo señala Hundskopf, existen dos directrices en las cuales se puede perfilar a la empresa, la primera de ellas es “aquellas que dan lugar a operaciones económicas de las cuales surgen obligaciones cuyo cumplimiento produce la extinción del acuerdo”. (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 30)

De lo antes mencionado podemos descartar que el motivo de la agrupación bajo esta perspectiva sea por un plazo determinado cuyo cumplimiento del objetivo inicial materia de constitución da origen a la extinción de la figura “empresarial”.

Por otro lado, tal cual lo menciona el mismo autor, el acto constitutivo se presenta “(...) en virtud de las cuales aparece la constitución de una colectividad o grupo para la realización de actos de comercio”, (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 30) sin mencionar la temporalidad del negocio que se formule, perfilando íntegramente al lucro y provecho que se puede sacar del desarrollo empresarial.

Desde esta última base doctrinaria hay algunas ideas que debo abocar, entre ellas, es el análisis comparado que hay entre la teoría contractualista y la del acto constitutivo. Algunos autores aceptan esta última teoría ya que el acuerdo de voluntades, manifestadas por las personas que generaron la constitución de una empresa, no acaba con la sola firma de un documento, sino que esta tiene muchas más consecuencias y facultades en torno al giro del mercado, legislación y en general todo lo que puede estar conectada una empresa.

Al respecto, Georges Ripert señala algunas complejidades que suelen surgir con la opinión de otros doctrinarios, al señalar:

“En las grandes sociedades que cuentan con centenares y millares de accionistas, la persona moral domina poderosamente las voluntades individuales que se han manifestado en el acto creador. Los socios pueden por mayoría de votos modificar el pacto primitivo en todas sus disposiciones, mientras que la modificación de un contrato exigiría el consentimiento unánime de las partes. Los administradores y directores ya no son considerados como mandatarios de los socios; son órganos de la sociedad. La sociedad nace sin duda de un acto jurídico voluntario, pero es dudoso que ese acto sea un contrato. El legislador determina de manera obligatoria las formalidades de la constitución; los socios aportan sus capitales sin discutir las cláusulas; la mayoría hace la ley. La agrupación se crea y se organiza según las reglas que no dependen de la voluntad de los interesados. (...)”. (Ripert, 1954, pág. 17)

En otras palabras, para algunos autores, el documento que origina la constitución de una empresa es el instrumento inicial, mas no permanente en el desarrollo de una persona jurídica autónoma sujeta a derecho y obligaciones, vinculada a normas generales y especiales y susceptible de ser modificado por la manifestación de voluntades de aquellas personas que lo integran, siendo en ese sentido un acto jurídico especial y no íntegramente contractual, ya que lo que va a primar y perdurar en el transcurso de vida de la empresa es esta voluntad continua que exista entre los integrantes.

Como podemos darnos cuenta, esta perspectiva no solo analiza la formalidad inicial para la constitución de una empresa, sino que va más allá en su actuar permanente, sobre el particular Hundskopf menciona que “La base de esta teoría radica en que el acto que da origen a un nuevo sujeto de derecho, es un acto constitutivo social

unilateral que no se configura como contrato, sino como una nueva categoría de acto jurídico” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 30), visión que versa en la posición que la empresa es una persona individual distinta a las que lo conforman, formando de esta manera el acto constitutivo social unilateral.

2.2.2. Teoría del acto complejo

Al igual que la teoría antes analizada, ésta descarta por completo la teoría contractualista, Hundskopf desarrolla esta teoría mencionado que es “(...) el acto que da origen a la sociedad es una declaración por la cual los contratantes pierden sus voluntades individuales para quedar sujetos a la voluntad del ente creado. Cabe señalar que esta declaración solo surte efectos entre los contratantes originales.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 31)

Ambas teorías hasta aquí estudiadas, perfilan a la empresa como una persona individual sujeta a derecho constituida por la voluntad de las partes que lo integran; sin embargo, la peculiaridad de esta teoría es la manera restrictiva en la que se define al acto que dio origen a la constitución de la empresa, vinculando únicamente a las personas inicialmente firmantes.

2.2.3. Teoría institucionalista

La piedra angular de esta teoría es el interés social sobre el interés de quienes constituyen una empresa; tal cual mencionamos, este primer interés no se enfoca en la voluntad de las partes que integran una empresa, sino que su enfoque versa en el interés del pueblo a través de algún Estado y las normas vigentes societarias en donde se constituya a la persona jurídica.

Para analizar esta teoría es indispensable tener en cuenta los tres sistemas económicos que rigen un determinado mercado, los cuales puedo mencionar los siguientes: (i) Economía Planificadora; (ii) Economía Social de Mercado; y (iii) Economía libre de mercado o liberalismo. Velasco Pérez desarrolla estas dos últimas en el marco de la salvedad de las fallas de mercado, al señalar lo siguiente:

“(…) los fallo de mercado es un punto trascendente que marca distancia entre la economía social de mercado y la economía de libre mercado o liberalismo, pues la primera admite la intervención del estatal, como excepción a la regla, para la corrección de estas anomalías; mientras que los seguidores del liberalismo sostienen que los efectos de las intervenciones estatales en la economía suelen ser más perjudiciales que el fallo que se intenta corregir, por lo que propinen un aparato estatal reducido y que en lo económico se limite a garantizar la libertad de las transacciones mercantiles, a manera de una mero árbitro de las actividades económicas.” (Velasco Pérez Velasco, pág. 159)

De esta manera, si queremos enfocar a la Teoría Institucionalista en un país que se rige bajo estos dos últimos sistemas económicos, habría una incompatibilidad inmensa en su aplicación; sin embargo, en el Sistema Económicos Planificar sucede todo lo contrario, ya que bajo ésta perspectiva el Estado es quien interviene de manera directa en la regulación y actividad de las empresas sujetas a su régimen económicos y legislativo, siendo este ente quien determine las reglas para su desarrollo general.

Es así que, esta teoría puede acoplarse al ordenamiento jurídica de algún determinado Estado siempre y cuando su marco económico esté sometido al sistema planificador o centralizado, en el cual el Estado es quien controla el mercado y con ello la funcionalidad empresarial de su determinado país.

Al respecto, Hundskopf desarrolla esta idea mencionando que “La voluntad de las partes que suscriben el acto social originario quedará relegada a un segundo plano, prevaleciendo la voluntad del Estado, como creador de las reglas de juego.”; (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 31) con lo cual las directrices y el marco empresarial queda sujeta íntegramente al Estado en el que se encuentra la empresa y no a los socios integrantes de la empresa.

Esta teoría también se desprende de la idea contractualista, ya que, tal cual lo he citado, su enfoque se basa en la institucionalidad del ente jurídico creado, siendo el documento inicial de constitución algo secundario, primando de esta manera las normativas vigentes y parámetros legales promulgados por el Estado; al respecto Ripert señala lo siguiente:

“Al no querer ver la sociedad un contrato, una teoría moderna la considera como una institución. La expresión está de moda y si bien no tiene un sentido muy preciso, su misma imprecisión permite que se emplee para denominar situaciones jurídicas bastante diferentes. La institución aquí se opone al contrato; implica una subordinación de derecho y de intereses privados a los fines que se trata de realizar (...). No es posible analizar aquí ni la teoría de la institución, que es por otra parte bastante imprecisa, ni todas las consecuencias que pueden deducirse de una concepción institucional de la sociedad (...). Es necesario únicamente observar que a concepción institucional sirve para justificar las numerosas intervenciones legislativas que se han inspirado en el deseo de vigilar la acción de las sociedades en la vida económica.” (Ripert, 1954, pág. 17)

2.2.4. Teoría contractualista

Como su mismo nombre lo indica la base de esta teoría se encuentra en torno al documento en el cual los fundadores de una empresa manifiestan sus voluntades

para constituirla; sin embargo, bajo esta teoría no solo se va a estudiar este documento desde su formalidad de constituir una empresa, sino también los derechos y obligaciones que genera este acuerdo, para ello existen dos modalidades de contratos: (i) Contrato Sinalagmático; y (ii) Contrato Bilateral o Plurilateral especial.

Ambos contratos se desarrollan en el marco de las obligaciones inicialmente planteadas entre las partes que constituyen una empresa, denotando el vínculo que ha entre ellas, la primera ellas se enfoca en vínculos cerrados que obligan únicamente a las partes inicialmente contratantes y la otra es abierta a las obligaciones de las partes futuras que lo pueden contraer.

2.2.4.1. Contrato sinalagmático

En cuanto a su aplicación el concepto de este primer tipo de contrato se asemeja mucho al de la Teoría del Acto Complejo; al respecto, Hundskopf señala que “los efectos de un contrato de este tipo se agotarían entre los socios suscriptores de este y no serían aplicables para los futuros adherentes al mismo”. (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 32)

Tal cual he advertido, el fin de esta teoría, aparte del análisis del instrumento base para la constitución de una empresa, es estudiar desde la perspectiva de las obligaciones contraídas entre las partes contratantes, que como podemos darnos cuenta la vertiente de este contrato se encuentra limitada únicamente a las partes inicialmente contratantes; es aquí una característica similar al señala en la Teoría del Acto Complejo.

La diferencia que hay entre este contrato con la teoría antes mencionada, es que en esta primera se reconoce al contrato como el instrumento base que refleja los intereses de la empresa, así como su relación entre las personas que lo integran señalando explícitamente en este documento las obligaciones y derechos que cada

uno asumiría, a diferencia de la teoría del acto constitutivo que adopta la posición que la empresa es constituida por la voluntad de partes, la cual queda relegada cuando nace la persona jurídica, asumiendo cada uno de los fundadores obligaciones frente a este nuevo ente creado.

2.2.4.2. Contrato bilateral o plurilateral especial

A diferencia del contrato antes analizado, con esta clase de contrato no se cierra la opción que solo entre las primeras personas contratantes exista un vínculo obligacional, bajo este documento no existe tal restricción. La finalidad de este instrumento es la celebración de un contrato para alcanzar un fin común, sin importar la adhesión de nuevos socios futuros.

Varios autores rescatan estas modalidades de contrato en miras de definir la naturaleza de las sociedades, ya que son de la idea que en este instrumento se manifiesta la voluntad de las partes para constituir una persona jurídica siendo ello la base primordial de la empresa creada, así mismo en este documento se encuentra expresamente señaladas las características de la empresa, como por ejemplo, el objeto social, el domicilio, las personas fundadoras, los derechos y obligaciones, entre otros requisitos exigidos por la ley.

Esta teoría es respaldada por varios autores ya que la filosofía de ellos es que nace la empresa a partir de un contrato, indicando dentro de la misma todos los derechos y obligaciones que rigen para el funcionamiento de la misma, susceptible a ser modificado dependiendo del quórum exigido por la Ley General de Sociedades, pero que en su marco conceptual es similar al de un contrato común regulado por el Código Civil y demás leyes especializadas.

Sin embargo, autores como Francesco Messineo, rechazan esta teoría, ya que opina que dentro del documento de constitución de la empresa si bien se plasma la

voluntad de las partes para crear una persona jurídica, esta no es permanente en cuanto a la toma de decisiones futuras de este ente, ya que su modificación o estrategias empresariales precedentes bastaría la mayoría y no la totalidad de las personas firmantes, es así que indica lo siguiente:

“Por el contrario, carácter del denomina contrato plurilateral es el hecho de que, mediante él, las partes persiguen una finalidad común. Pero, así, el denominado contrato plurilateral se manifiesta, en realidad, como acto colectivo, que es desde luego tipo negocial, pero no es figura contractual. Del mismo es ejemplo eminente la sociedad, de la cual son característicos la ausencia del elemento consentimiento, la identidad del contenido de las declaraciones de voluntades de los socios y la posibilidad de la formación (y de la gestión de ella), mediante deliberación también mayoritaria. De allí su exclusión del número de los contratos”. (Messineo, 1971, pág. 437)

Esta opinión se encuentra acentuada a la constitución de una empresa como un acto colectivo, ya que el estudio del autor citado va en giro de la adopción de decisiones futuras que podrían ser tomadas con la mayoría y no la totalidad de los socios en cuyo caso desplazaría al documento inicial, básicamente igual como he analizado en la teoría del acto constitutivo.

Pero abocándonos al estudio de la teoría contractualista, esta se centra en el documento basa por el cual se condensan los derechos y obligaciones que deberían regir a la empresa desde su constitución hasta la extinción de la misma, teniendo en cuenta que desde este inicio las partes por sus propias voluntades se someten a las reglas de juego pactadas y que por ley se encuentran limitadas.

2.3. La naturaleza jurídica de las sociedades de acuerdo a la ley general de sociedades en el Perú

En nuestra Ley General de Sociedades no se menciona cual es la naturaleza jurídica de las sociedades; sin embargo, algunas de estas teorías, anteriormente estudiadas, resultan ser incompatibles con nuestra regulación societarias y empresarial e incluso una de ellas es incompatible con nuestro marco económico constitucional en el cual nos encontramos enmarcados.

De un primer análisis podemos observar que la Teoría Institucionalista no se podría aplicar en nuestro ordenamiento societario, ya que contraviene con nuestro marco económico constitucional, ello debido a que habría conflictos con nuestro sistema económico social de mercado reconocido en el artículo 58 de nuestra constitución en el cual se encuentra tipificado lo siguiente:

“Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejercer en una económica social de mercado. Bajo este régimen, el estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”

La economía social de mercado, recordando lo señalado por Velasco y citado en el análisis de la teoría institucionalista de la presente investigación, es un sistema por el cual el Estado interviene de manera subsidiaria en la actividad empresarial, teniendo facultad para prevalecer derechos reconocidos y señalado al final del citado párrafo, dejando cierta libertad al manejo de la oferta y la demanda que el mismo mercado brinda y prevaleciendo la competencia justa y equilibrada.

Es así que, en mi consideración, la aplicación de la teoría institucionalista en nuestro sistema jurídico societario no podría ser aplicable, ya que el Estado es quien promueve la libertad de empresa, dejando fluir el negocio con las mismas reglas del

mercado, sin regular las actividades y situaciones de las empresas que no le sean competentes a defender derechos de terceros.

Al respecto, haciendo un análisis corto pero preciso respecto del sistema social de mercado en el cual nos enmarcamos constitucionalmente, Velasco señala lo siguiente:

“(…) podemos afirmar que para la economía social de mercado el modelo más eficiente es el de un libre mercado en el que puedan interactuar todos los agentes económicos sin restricciones, pero ante la potencial existencia de fallos, el Estado debe intervenir para cautelar que se mantengan los niveles mínimos de competencia, pues cuando los monopolios, los oligopolios o los monopsonios abusan de su posición dominante, se quiebran automáticamente los estándares competitivos y dicha distorsión genera una pérdida de bienestar para todos los demás agentes que interactúan en el mercado. Ello implica que la economía social de mercado solo admite una intervención reducida y selectiva del Estado en la economía cuando se presentan estas distorsiones o fallos, con el fin de regularlos y corregirlos.

Cabe agregar que la economía social de mercado no solo admite un intervencionismo limitado y selectivo del estado en la económica, sino que además asume que el ente estatal tiene una obligación social con los grupos más desfavorecidos y vulnerables, por lo que considera que una función prioritaria del gobierno consiste en brindar las condiciones para que estos sectores se inserten progresivamente en el mercado.” (Velasco Pérez Velasco, págs. 159-160)

Desde la perspectiva de la Teoría del Acto Complejo existen algunos conflictos por los cuales no podríamos afirmar que este se aplicaría a nuestra legislación societaria como parte de su naturaleza empresarial; entre los conflictos que puedo mencionar

sobre esta teoría, puedo destacar que estos acuerdos son vinculantes únicamente con los socios fundadores, no admitiendo la posibilidad de futuros contratantes.

Es así que se presenta el primer conflicto que limita derechos de terceros e incluso de los mismos fundadores iniciales para poder incorporando a nuevos socios o contratar de manera futura con los diversos contratos típicos y/o atípicos que exijan su sometimiento a otra empresa.

Asimismo, en torno a nuestro marco jurídico societario, también se estaría ignorando algunos derechos reconocidos en nuestra Ley General de Sociedades, como por ejemplo los artículos 8 y 438, en los cuales se reconocen los vínculos futuros que las empresas pueden celebrar al tipificarse lo siguiente:

“Artículo 8.- Convenios entre socios o entre éstos y terceros

Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre éstos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados. (...)”

“Artículo 438.- Contratos Asociativos.

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.”

Si reconociéramos la naturaleza jurídica de las sociedades bajo la teoría del acto complejo se estaría ignorando estos artículo antes mencionados e incluso demás leyes semejantes que regulan el derechos de una persona e incluso de la misma sociedad para vincularse a otros negocios, como por ejemplo puedo mencionar al contrato de *Management*, *Joint Venture* e incluso no se podría reconocer a los grupos económicos como una figura empresarial, ya que bajo esta figura las

empresas partes se someten al control de la empresa matriz, tal cual lo analizamos más adelante, siendo contradictoria estas figuras a la Teoría del Acto Complejo.

Hasta aquí puedo descartar dos teorías de cuatro para definir la naturaleza jurídica de las sociedades reconocidas en nuestra Ley General de Sociedades y demás leyes pertinentes. Cabe precisar que no es porque en nuestras normas se encuentre tipificado como tal, sino que de acuerdo a nuestra regulación y práctica en el mercado nos encontramos impedidos de asimilar alguna de estas dos teorías antes estudiadas.

Paralelamente a este estudio existen dos teorías restantes que debemos de observar de acuerdo a la interpretación histórica de nuestra antigua y actual Ley General de Sociedades y, asimismo, con normas supletorias a fines, para con ello definir en cuál de estas dos naturalezas se puede ver perfilada nuestra normativa.

Por un lado, varios autores reconocen la naturaleza jurídica de las sociedades en base a la teoría contractualista indicando que la empresa nace a partir de un contrato en el cual las partes manifiestan su voluntad y conformidad para constituirlo, siendo este documento elevado a registros públicos. Al respecto, Hundskopf señala lo siguiente:

“La sociedad nace de un contrato producto del acuerdo de voluntades desinada a crear una relación jurídica de carácter patrimonial, siendo el único contrato del cual nace una persona jurídica, luego de la inscripción en el registro, distinta a los sujetos participantes de dicho contrato, convirtiéndola en un sujeto de derecho y obligaciones, dotadas de una composición orgánica con voluntad propia y con un patrimonio autónomo.”
(Hundskopf Exebio, 2012, pág. 53)

Otros autores afirman que si bien no se encuentra regulado de manera directa la naturaleza jurídica de las sociedades en nuestra Ley General de Sociedades este se

puede dejar a la interpretación al señalarse como un contrato al “Pacto Social”, el mismo que da inicio a la constitución de una empresa. Es así que Doris Palmadera definiendo a la sociedad señala que:

“En el acto funcional la sociedad es un contrato con prestaciones plurilaterales autónomas en el que las declaraciones de voluntad formulada por los socios (los contratantes) tienen un objeto común (la constitución de una sociedad), aun cuando las prestaciones a su cargo (la entrega de aportes, como principal), no son recíprocas sino autónomas, de modo que el cumplimiento de uno de los socios no está condicionado a de los otros. La expresión utilizada por la norma societaria para referir al contrato de sociedad es ‘pacto social’.” (Palmadera Romero, 2011, pág. 17)

Como podemos ver, nada enerva la posibilidad de perfilar a las sociedades desde la perspectiva de la teoría contractualista, incluso si queremos verlo desde nuestra regulación contractual reconocido a partir del artículo 1351 y siguientes de nuestro Código Civil, puedo afirmar como primera idea que nos encontramos ante un contrato típico y nominado por diferentes tipos societarios reconocidos en nuestra Ley General de Sociedades.

Sin embargo, existe una forma societaria reconocida en nuestra legislación que escapa del concepto contractual, ya que para su constitución no es necesaria la pluralidad de socios, el cual se reconoce como la figura de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, regulada en la Ley 21621, en el cual define a este tipo empresa de la siguiente manera:

“Artículo 1.- La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su Titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de Pequeña Empresa, al amparo del Decreto Ley N° 21435.”

Es así que no podemos ignorar la teoría constitucionalista, por la cual se prevalece el acto de manifestación de la voluntad del socio o de los socios fundadores en un documento que no implica la forma contractual, sino simplemente un acto jurídico especial que orienta a la empresa a desarrollar sus actividades desde su constitución hasta su extinción.

A mi parecer, no solo estos son los fundamentos para poder afirmar que la naturaleza jurídica de la empresa hoy en día en nuestro marco legislativo y en general algunas legislaciones extranjeras presentan un marco híbrido – encerrando la teoría contractualista y la teoría institucionalista –, ya que por un lado, estamos de acuerdo con que el pacto social podría asociarse como un tipo de contrato que da inicio a la constitución de una empresa y que es en torno a este documento que se toman decisiones; pero por otro lado, no podemos ignorar las diferentes actuaciones de la empresa que adoptan decisiones por diferentes medios, como por ejemplo las acciones cruzadas, que dan de alguna manera control de una empresa a favor de otra u otros instrumentos jurídicos.

Entre estos diferentes medios podemos señalar uno de los que por la presente investigación daré un estudio, el cual se desarrolla en la constitución de los grupos económicos; lo cuales en principio se desarrollan a través del control de las acciones que tiene una empresa sobre otra, prevaleciendo de esta manera la situación económica sobre su constitución para su manejo administrativo.

Considero que la naturaleza jurídica no debería de estar solo enfocado en el instrumento de constitución de la empresa, sino en su desarrollo como empresa para permanecer en el mercado, ya que como mencionaré más adelante si dejamos únicamente la visión contractualista, se podrían presentar algunos conflictos que se van a generar cuando existe un Grupo Económico, ya que las empresas vinculadas de esta agrupación deben de someterse a la dirección unificada de la empresa matriz o al menos seguir con el fin común del grupo, ignorando de alguna manera la voluntad individual primigenia de sus constituciones.

Desarrollar la naturaleza jurídica de las sociedades es un punto primordial para mi investigación ya que es aquí en donde parto para la definición de los Grupos Económicos en torno al impacto societario en nuestras leyes vigentes sobre la materia. Los diferentes cambios estratégicos empresariales que genera a partir de este fenómeno de grupo podrían dar un giro enorme al concepto tradicional de empresa y sobre todo a su estructura.

2.4. Las acciones y participaciones de acuerdo a la ley general de sociedades

Las participaciones y las acciones son instrumentos jurídicos similares en cuanto a su concepto; al respecto, Díez Estella nos brinda una definición precisa que respalda esta observación al señalar que “Las participaciones sociales (...) y las acciones en la sociedad anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social, y confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta ley y en los estatutos”. (Díez Estella, 2016, pág. 46)

De lo antes mencionado podemos darnos cuenta que en cuanto a su definición se puede compartir un mismo concepto para ambas figuras jurídicas, sin embargo guardan una total distinción en la práctica societaria, una de las primeras diferencias que encontramos marcadas radica en el análisis de los dos bloques de sociedades que existen a nivel mundial las llamadas sociedades de personas y sociedades de capitales.

Como el mismo nombre lo indica las participaciones son enmarcadas en base a la participación personal de un sujeto, con lo cual su vinculación será en el perfil de las sociedades de personas, a diferencia de las acciones que por su valor económico dependerá el peso jurídico que tiene una persona frente a la sociedad, con lo cual su vínculo se perfila a las sociedades de capitales.

Para la presente investigación será de utilidad analizar estas últimas clases de sociedades con más detenimiento que las personales, ya que por su estructura societaria abierta a cambios estatuarios y modificaciones administrativas adversas, se puede ver más viable y un poco más compleja la opción de constituir un grupo económico con tales empresas.

Asimismo, sin perjuicio de lo antes indicado, como adelanto de algunas de mis ideas podemos decir que las sociedades de personas se excluyen por su naturaleza para conformar un Grupo Económico ya que en cuanto a su comportamiento estructural cerrado y su forma ilimitada de obtener responsabilidad se vuelve difícil su manejo en una agrupación; al respecto, Reyes Villamizar señala que:

“Las denominadas sociedades de personas, (...), se conciben como estructuras cerradas en las que prevalecen las calidades de personas de los asociados. El elemento intuitu personae se refleja en los diversos aspectos de su regulación normativa. Desde el momento de su constitución, cualquier elemento que pueda afectar las condiciones personales de la asociación tiene implicación sobre los vínculos de los asociados o, inclusive, respecto de la misma viabilidad jurídica de la sociedad. Desde luego, esta misma connotación personalista da lugar a sistemas de administración y representación legal compartidos entre los socios, y repercute, entre otras consecuencias, en causas de disolución relacionadas con esos mismos aspectos personales.” (Reyes Villamizar, 2011, pág. 21)

Esta cualidad de socio en una sociedad de personas comprende un problema de regulación en nuestra Ley General de Sociedades, ya que si tomamos de forma literal la norma escrita respecto de las participaciones, se puede analizar claramente que únicamente lo pueden aportar las personas naturaleza, más no las personas jurídica, ya que estas últimas son únicamente ficciones legales creadas por las

necesidades económicas y demandas del mercado. Incluso este tipo de regulación contravendría lo previsto por el artículo 4 de la mencionada ley cuando se tipifica que las empresas pueden ser conformadas por personas naturales y/o jurídicas; razón por la cual para el presente trabajo debemos de romper esta idea para que tengamos un horizonte más abierto a interpretación con la finalidad de analizar cada una de los tipos societarios reconocidas nuestra ley de sociedades, en paralelo a los grupos económicos, incluso poder transformar la idea tradicional de sociedades de personas que manejamos.

No soy de la idea que debamos de interpretar la norma desde la forma literal de su tipificación, ya que considero que las empresas también podrían aportar mediante el desarrollo de su giro empresarial en beneficio de una agrupación de empresas, incluso considero apropiado que debería de evolucionarse esta idea de participaciones para también incluir a las labores que a través de empresas se puede realizar.

Sin embargo, pueden existir algunos otros elementos que dificulten ambas figuras de sociedades, ya que por un lado, los grupos económicos, tal cual lo voy a analizar en la siguiente sección de la presente investigación, pueden formarse a raíz de un control interno de hecho o de derecho, en cuyo caso dependerá de la calidad y peso jerárquico que tiene el voto de una persona para dirigir a las demás empresas; a diferencia de las acciones, las participaciones difieren un poco de esta cualidad, ya que su derecho a pertenecer a una sociedad con este instrumento jurídico es personalísimo e individual; al respecto, haciendo un comparado de sus efectos jurídicos de voto – desde los marcos de las sociedades de personas y capitales – el mismo autor antes citado señala lo siguiente:

“La participación de cada asociado en las determinaciones referentes a la dirección de la sociedad también se regula en forma diferente, según el carácter más o menos personalista de la forma asociativa. En el esquema típico de las sociedades de personas cada socio tiene derecho a un voto,

sin importar la proporción de su aporte. Esta consecuencia se relaciona con la posibilidad que cada socio tiene de participar en la gestión de los negocios sociales y de la correlativa responsabilidad solidaria que encierra la vinculación a estas formas asociativas. Por el contrario, en las sociedades de capitales los asociados tiene tantos votos cuantas acciones o cuotas posean en el capital social, y, por ello, la capacidad de decisión sobre los asuntos referentes a la sociedad, guarda una proporción directa con la inversión realizada. Esta consecuencia se infiere, como es lógico, de la diversidad de riesgos asumidos por los asociados. (...). Así las cosas, parece razonable que la ley les reconozca a los accionistas una capacidad de decisión también proporcional a su esfuerzo económico, medido en términos de su respectivo aporte de capital.” (Reyes Villamizar, 2011, págs. 29-30)

Incluso el mismo autor da una orientación de cómo es que usualmente las sociedades de capitales son más propensas a formar Grupos Económicos al señalar que:

“(...) la economía contemporánea, el esquema asociativo de mayor auge corresponde al sistema de las sociedades de capitales. Así, una parte significativa de la actividad empresarial se cumple por medio del prototipo de estas formas asociativas, que es la sociedad anónima. Este tipo social es utilizado, con frecuencia, para integrar verdaderas constelaciones societarias estructuradas bajo la forma de los grupos económicos. La consideración capitalista, por cuyo efecto los asociados restringen su riesgo al monto de lo portado, constituye una configuración idónea para estructurar negocios a gran escala. El elemento *intuito pecuniae* se convierte así en la más sobresaliente característica de las sociedades de capital.” (Reyes Villamizar, 2011, pág. 21)

Las razones antes fundamentadas han sido parte de la actividad empresarial que vemos cada día, incluso si queremos ser más críticos en el estudio de los grupos económicos, podemos mencionar que en estas agrupaciones la empresa matriz desarrolla un rol muy importante en la dirección de estos grupos, a tal punto que podría llegar a modificar las reglas impuestas en el estatuto de cada empresa, lo cual hace que por ejemplo en una sociedad de personas se dificulte este actuar, ya que en calidad de personas cada uno tiene una participación individual y no masiva de votos volviendo difícil la toma de decisiones solo con una persona en un tipo de sociedad de esta clase.

Por ejemplo en la sociedad colectiva para la modificación estatutaria se requiere la mayoría absoluta para llegar a alcanzar tal fin, tal cual se encuentra desarrollado en el Artículo 268 de nuestra Ley General de Sociedades vigente, al tipificarse que “Toda modificación del pacto social se adopta por acuerdo unánime de los socios y se inscribe en el Registro, sin cuyo requisito no es oponible a terceros”, lo cual hace difícil promulgaciones de decisiones de un grupo económico, a menos que existe un acuerdo previo que facilite esta tarea.

Con ello no descarto la posibilidad de que una sociedad de personas que cuenten con participaciones pueda ser parte de un grupo económico; pero si vemos que existen algunas dificultades para que estas sean parte de una agrupación, tal cual lo vamos a desarrollar más adelante en el análisis del control y como es que se pueden relacionar las empresas integrantes de una agrupación.

Es así que para la presente investigación será de utilidad analizar la definición, naturalezas, clases y derechos que pueden adquirir los accionistas al ser propietarios de las acciones, a diferencia de las participaciones que no presentan mayor análisis a las que ya he mencionado, y así nos daremos cuenta por qué su facilidad para conformar un grupo económico con estos instrumentos jurídicos.

En cuanto a la definición de las acciones nuestra Ley General de Sociedades es muy clara al señalarse en su artículo 82 lo siguiente: “Las acciones representan partes alícuotas del capital, todas tienen el mismo valor nominal y dan derecho a un voto, (...).”

Si analizamos de forma conjunta este concepto con los diferentes artículos de nuestra Ley General de Sociedades, nos podremos dar cuenta que situarnos en acciones nos estaríamos refiriendo, en gran parte, a las sociedades anónimas y sus diferentes modalidades, incluso su presencia histórica en las empresas no ha sido conformada para todos los tipos societarios reconocidos en nuestra legislación; al respecto, Rodrigo Uría señala lo siguiente:

“La acción ha sido en todo tiempo el concepto central de la sociedad anónima, hasta el punto de que en buen número de países este tipo social se conoce con la denominación de sociedad por acciones. La sociedad anónima nació con el capital dividido en acciones (...) la acción continúa representando invariablemente una determinada parte del capital social, confiriendo a su titular la condición de socio y sirviendo de modelo de los derechos correspondientes al accionista.” (Uria & otros, 1979, pág. 15)

Es por dicha razón, que en esta parte de mi investigación abordaré algunos artículos concurrentes a estos tipos societarios para analizar como es el comportamiento de las acciones y que derechos otorga; aclarando que no quiero decir que solo las sociedades de capitales pueden ser partes de grupos económicos, incluso, en el hipotético caso que a estas agrupaciones sean consideradas como empresas, tampoco descarto la idea que pueden ser sociedades de personas, claro está que primero deberíamos de ajustar los conceptos de participaciones para ser más abiertos en nuestras ideas pero no saliendo del marco jurídico que nos encontramos o incluso del mercado globalizado.

Para ello, es indispensable tener en cuenta la naturaleza jurídica de estos instrumentos societarios que, a diferencia de las clases de naturalezas que explicamos respecto de las empresas, estas pertenecen en conjunto y no excluyentes al enfoque de lo significa una acción. Con lo que podríamos afirmar que estas naturalezas son el complemento conceptual que se refiere el artículo 82 antes citado.

2.4.1. Naturaleza jurídica de las acciones

Algunos juristas, como por ejemplo Elías Laroza, Jesús Rubio, entre otros, desarrollan este estudio desde el análisis conceptual de las acciones y no como parte accesoria, especificando que las acciones en cuanto a su desenvolvimiento societario se expanden en una vertiente tridimensional, tal cual lo menciona Jesús Rubio:

“Es ya tradicional en la mejor doctrina, desde Renaud, en 1875, y Vivante, en 1894, considerar la acción desde un triple punto de vista: a) como parte del capital; b) como fundamento de la condición de socio; c) como título. Punto de vista metodológico que resulta conveniente aceptar, tanto para continuar una acreditada corriente doctrinal como porque, en efecto, toda legislación sobre sociedad anónima, y concretamente nuestra Ley de 1951, al mencionar la palabra acción y al disponer su disciplina jurídica, enfoca está más directamente, según los casos, hacia una u otro de los tres aspectos mencionados.” (Rubio, 1974, pág. 99)

Esta idea tridimensional ha sido consolidada por varios doctrinarios, por no decir la totalidad; sin embargo, la única diferencia podría decirse ha sido la forma en como lo tratan. Como lo he señalado, algunos lo han enfocado desde su desarrollo conceptual, otros como parte de su naturaleza jurídica de desarrollando y

perspectiva que cada rama del derecho puede enfocar a la acción, por ejemplo Hundskopf señala desde un análisis de la naturaleza, al mencionar lo siguiente:

“En la doctrina del Derecho societario se explica la naturaleza jurídica de las acciones, aceptando la necesaria concurrencia de tres diferentes acepciones o conceptos que se confunden en uno solo, produciéndose una suerte de simbiosis. A veces, de manera distorsionada, se inciden en solo una de esas acepciones. Tales acepciones son: 1.1 Acción como parte alícuota del capital social; 1.2. Acción como expresión de la calidad o estatus de socio; y 1.3. Acción como título valor.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 111 y ss)

Comparto la idea tridimensional como parte de la naturaleza de las acciones, ya que considero que dependerá del enfoque y utilidad en el que se encuentre este instrumento jurídico para poder determinar en cuál de estos tres visiones calza el concepto desde su desarrollo en el marco de alguna determinada rama del derecho – con ello no quiero decir que si se aplicase una de ellas a una situación determinada, las demás se descartan –, a diferencia de las naturalezas de la empresa antes analizadas ya que entre ellas se sobrepone uno sobre la otra.

Esta parte de la investigación es vital de analizar ya que de aquí voy a partir para estudiar las diferentes dimensiones en los que se puede presentar una acción y con ello observar las implicancias legales que estas pueden alcanzar, ejerciendo los derechos consagrados legalmente para con este instrumento jurídico poder control otra empresa o al menos tener el dominio administrativo de la empresa matriz sobre otra o en general cual es el impacto que la misma Ley General de Sociedades otorga al ejercer las facultades jurídicas propias de las acciones desarrollas en la idea tridimensional antes mencionada.

2.4.1.1. Acciones como parte alícuota del capital social

Este primer enfoque de acción es sumamente importante analizar ya que desde esta perspectiva lo observaré como el instrumento esencial para el funcionamiento de una sociedad de capital. Como concepto básico de este tipo de naturaleza, tenemos lo previsto en el artículo 82 de nuestra Ley General de Sociedades antes citada; sin embargo, esta tipificación guarda aún más conceptos que debemos desmenuzarlos, tal como lo desarrolla Doris Palmadera:

“Al referirnos a las menciones que deben contar obligatoriamente en el estatuto de una sociedad anónima se indicó, entre otros, el monto del capital social, el número de acciones en que está dividido y el valor nominal de cada una de ellas. Cuando el artículo 82 de la ley dice que las acciones representan parte alícuotas del capital y que todas tienen el mismo valor nominal quiere significar que cada acción constituye la porción individual u de menor valor en que se divide el capital social, siendo el valor nominal la expresión numérica que define el importe que corresponde a todas y a cada una de las acciones.” (Palmadera Romero, 2011, pág. 147)

De lo antes mencionado podemos señalar que, cuando hablamos de valor nominal de las acciones me refiero al enfoque económico homogéneo que deben de tener cada una de ellas – no siendo posible que existan valores distintos entre ellas, tal cual se encuentra regulado en el artículo 82 citado –; sin embargo, las acciones no solo se presentan en valores económicos, estas también pueden reflejarse en un peso jurídico jerárquico que lo otorgan los mismos accionistas, siendo esta un innovación propuesta recién con nuestra Ley General de Sociedades vigente.

Hundskopf desarrolla esta idea de la siguiente manera:

“Según el mencionado artículo, las acciones tiene el mismo valor nominal a diferencia de la Ley N° 16123, modificada por el Decreto Legislativo 311, la

cual en su artículo 105 permitía que existan diferentes clases de acciones que se diferencien por su valor nominal, por el contenido de derechos, o por ambos criterios a la vez. La explicación del cambio introducido en la LGS estriba en el hecho de que en un país en el cual los estados financieros de las empresas se reajustan anualmente, los reajustes de la cuenta capital crean problemas de saldos por distribuirse. En cambio, si todas las acciones tienen el mismo valor nominal, la cifra del ajuste se prorratea y el valor nominal de todas las acciones sube por igual.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 112)

De esta manera la acción además de representar una parte alícuota del capital social de una empresa – enfocada en el lado económico del patrimonio total de una sociedad -, también simboliza los derechos y obligaciones que tiene un accionista frente a la sociedad – siendo también susceptible de ser enfocado en el lado político de la sociedad –, pudiendo incluso ser diferentes entre los socios si es que en el caso dentro de la empresa los socios hayan acordada que existan diferentes clases de acciones; esta pequeña introducción que he planteado respecto de las clases de acciones, ha sido porque consideramos importante aclararlo ya que su naturaleza como parte alícuota del capital social no es la única forma de ver una acción, siendo este tema materia de análisis más adelante para con ello profundizarlo un poco su significado y utilidad para la aplicación en los Grupos Económicos.

Retomando mi análisis respecto de la naturaleza de la acción como parte alícuota del capital social, esta también generan ciertos efectos a raíz de la obtención de las acciones; al respecto, Elías Laroza señala los siguientes:

- “Las acciones se encuentran inseparablemente vinculada al pasivo ‘capital social’. En tal virtud, no son concebibles sino en la medida en que responden a un aporte efectivo en favor de una sociedad que, como la anónima, es fundamentalmente una sociedad de capital. (...)

- El capital está dividido en fracciones ideales, que son las acciones. (...)”
De este último efecto en mención reposa la homogeneidad económica que deben de tener todas las acciones.
- “La división del capital en fracciones y su adjudicación a los socios, de acuerdo a sus respectivos aportes, permite la asignación correcta de los derechos sobre el capital a cada socio y facilita las votaciones, los repartos de utilidades y, en general, el ejercicio de los derechos de cada socio. (...)”(Elías Laroza, 2015, pág. 299)

Apartando la posibilidad que un accionista tenga más o menos derechos que otros dependiendo de la clase de acción que tenga en su poder, también se puede dar la posibilidad que un sujeto tenga más peso económico y político dentro de una sociedad si su número de acciones obtenidas sea mayor a lo de los demás – al cual se suele llamar “socio mayoritario” – o también puede ser menor su peso económico y político si tiene un número reducido de acciones a comparación de otros – al cual se le conoce como “socio minoritario” –.

- “Siendo cada acción la porción mínima en que se divide el derecho al capital social, las legislaciones societarias establecen que cada acción es indivisible. Con ello se salvaguarda también la igualdad del valor nominal de todas las acciones de la sociedad. (...)” (Elías Laroza, 2015, pág. 299)

Abordando el enfoque que me interesa para mi investigación puedo mencionar que, desde el enfoque de las acciones como parte alícuota del capital social, ser accionista es ser acreedor de una parte proporcional de una sociedad, reflejando además los derechos que una persona tiene para participar en el manejo de la empresa, beneficios y en general todo lo concerniente de la sociedad, dependiendo de las aportaciones efectuadas y la cantidad de acciones que uno posea.

2.4.1.2. Acciones como expresión de la calidad o estatus de socio

Bajo esta naturaleza, a mi parecer, existen dos formas de observar a un accionista, una de ellas es desde un enfoque externo, reconociendo la calidad de socio que tiene un sujeto en una empresa; y un enfoque interno, diferenciando el peso económico político que tiene un socio en comparación de otro en una misma empresa.

Cuando menciono el enfoque externo, me estoy refiriendo al simple reconocimiento de una persona frente a terceros para ser llamado socio de una empresa, el cual desde un análisis legislativo se encuentra reconocido; al respecto, Doris Palmadera señala lo siguiente:

“La Ley General de Sociedades ordena que en el estatuto se indique el número de acciones en que se divide el capital social. Ese mandato legal tiene por objeto dar a conocer el número máximo depuestos de socio que ofrece la sociedad anónima, en tanto cada una de las acciones es capaz de conferir, por su sola, autonomías participaciones sociales que atribuyen a su titular la condición de socio.” (Palmadera Romero, 2011, pág. 149)

Es claro entonces que una persona al ser propietario o poseer acciones de una empresa obtiene un estatus corporativo, siendo acreedor de un abanico de derechos y obligaciones frente a la empresa, es así que Nicolás Gasperoni desarrolla este enfoque de la siguiente manera:

“El status es una relación, una situación jurídica que constituye, sintéticamente considerada, el presupuesto de un complejo de derechos, de facultades, de obligaciones que se derivan de ella. Así como el ciudadano (...), no es tal por tener determinados derechos y deberes, sino que tiene esos derechos y deberes porque es ciudadano; así el socio no es tal en cuanto puede alegar un complejo de derechos rente a la sociedad,

sino al contrario: disfruta de una serie de derechos frente a la sociedad en cuanto que es socio. El status, concebido como presupuesto de una serie de relaciones (derechos y obligaciones), permite el considerar en sentido unitario los derechos, las obligaciones y las facultades de carácter personal que se derivan de una determinada situación jurídica; así, el *status socii* se presenta como el punto de origen y de unificación de las sucesivas relaciones que se producen entre el socio y el ente jurídico sociedad.” (Gasperoni, 1950, pág. 51)

Sin embargo, este status no acaba con el reconocimiento externo de un sujeto para ser llamado socio de una empresa frente a terceros; como lo he mencionado anteriormente, los derechos, obligaciones y facultades no siempre serán iguales entre los socios de una misma empresa, es así que consideramos existe un segundo enfoque de las acciones en el marco de su naturaleza como expresión de calidad de socio el cual se desarrolla de manera interna reconociendo la posibilidad que en una misma empresa puedan haber diferencias económicas y políticas entre los socios, Elías Lazora señala lo siguiente:

“En la doctrina existen numerosas clasificaciones de los derechos que la acción confiere al socio. En nuestra opinión, son básicamente dos las categorías de derechos: los de carácter económico, tales como el dividendo, el derecho al remanente de la liquidación, la suscripción preferente; y los de carácter político, entre los que se encuentra el voto, la separación y los derechos de control.” (Elías Laroza, 2015, pág. 300)

El enfoque económico de la acción es la visión que se encuentra situada en su naturaleza como parte alícuota del capital social – mencionado en el subcapítulo pasado –; y el enfoque político es una de las partes de análisis del presente subcapítulo, ya que su desenvolvimiento en una sociedad hace la diferencia entre los mismos accionistas forjando así su status dentro de la empresa.

Este último enfoque se desarrolla a través de las diferentes clases de acciones que pueden existir dentro de una sociedad, reflejando de esta manera la calidad o status jerárquico que puede haber entre los socios (excluyendo la diferencia que puede haber por la cantidad de acciones que una persona pueda poseer en comparación de otro), esta clasificación dependerá de lo previsto por el estatuto de la empresa ya que es ahí en donde se desarrollará las diferencias de derechos, obligaciones y facultades que se obtiene dependiendo de la clase de acciones que una persona posea. Punto que, por su amplitud lo analizaré más adelante.

Es así que, desde un enfoque externo, la acción hace que una persona natural se diferencie del resto por ser accionista de una empresa, cualidad que otorga derechos y obligaciones para y frente a la sociedad; y desde un enfoque interno, dependiendo de las clases y/o cantidad de acciones que uno tenga en comparación de otro accionista, podremos observar las diferentes clases de accionistas que pueden existir dentro de una misma sociedad, reflejando de esta manera el peso jurídico-económico que una persona tiene sobre otra.

Esta última es la naturaleza de la acción es la que más me voy a apoyar en mi presente investigación, ya que como analizaré más adelante, el control que se ejercer en un Grupo Económico en algunas ocasiones puede efectuarse a raíz del peso económico y/o político que tiene una empresa o varias empresas sobre otras, siendo esta perspectiva vital para la dirección unificada para el manejo de cada empresa integrante del grupo y sobre todo para el grupo mismo.

2.4.1.3. Acciones como título valor

Existen algunas discrepancias doctrinarias respecto de la denominación de las acciones como títulos valores, ya que como bien sabemos una característica de estos últimos instrumentos jurídicos es que son títulos de créditos, lo cual resulta ser insuficiente para enmarcar a una acción.

La acción es mucho más que el valor nominal que señala el artículo 82 de nuestra Ley General de Sociedades vigente, como lo he desarrollado anteriormente, esta también representa derechos, obligaciones y facultades que tiene un accionista frente a la empresa; al respecto, Joaquín y Uría señalan que:

“Esa incorporación de los derechos al título, esa permanente función dispositiva del documento-acción, ha llevado lógicamente a la doctrina a incluirle en el sistema general de los títulos valores, si bien las características especiales de la acción le confieren una fisonomía y un puesto especial dentro de ese sistema. La más acusada peculiaridad de la acción es la de ser un título valor que no incorpora derechos de crédito, (...), ni derechos reales, (...), sino un conjunto de derechos corporativos que integran el estado de socio. Las acciones son sencillamente títulos de participación social.” (Garrigues & Uría, 1976, págs. 391-392)

Otros doctrinarios desarrollan esta misma idea pero aceptando que la acción puede reconocerse como un tipo de título especial y no únicamente de crédito como los son los títulos valores enfocándolos como instrumento circulatorio que los caracteriza, es así que Hundskopf señala que:

“Como instrumento circulatorio que acredita la condición de accionista, en el caso de la LGS, en la que solo puede haber acciones nominativas, representadas en certificados o en anotaciones en cuenta, vienen a ser títulos valores sui generis o especiales, a los cuales se les incorpora los derechos de carácter corporativo, siendo títulos de participación social. Las acciones no son simples títulos, son mucho más que eso. (...)” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 113)

Sin embargo, al margen de las discusiones doctrinarias que se pueden presentar, debemos de analizar el trasfondo de esta naturaleza jurídica de las acciones, ya que

no solo es el reconocimiento de estos como un título valor o corporativo, sino que a raíz de este enfoque y de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico civil las acciones son bienes muebles, al respecto, Elías Laroza señala que:

“(…) sobre la naturaleza jurídica del título de acciones, nuestro Código Civil los califica como bienes muebles en el inciso 8 del artículo 886. De esta manera los títulos de acciones son bienes muebles o valores mobiliarios que no tienen un valor económico intrínseco pero que, incuestionablemente, representan un valor derivado de su relación con la sociedad emisora y del conjunto de derechos políticos y económicos incorporados al título. Esto es lo que la doctrina califica como ‘el principio de la incorporación’. En otras palabras, los derechos incorporados al título son los que otorgan el valor de la acción.” (Elías Laroza, 2015, pág. 302)

Esto quiere decir que, al ser reconocido como un bien mueble o en si como un título este es susceptible de ser afectado por todo tipo de derechos reales, gravámenes, entre otros que diversas normas reconocen, con lo cual una consecuencia de ello es que la titularidad y, con ello, los derechos de uso y disfrute pueden ser transferidos a otros sujetos a diferencia de las participaciones que son intrínsecas a la persona que los adquiere.

2.4.2. Clases de acciones

Tal cual lo he mencionado anteriormente las acciones tienen dos valores asignadas, una de ellas de carácter nominal – que es el enfoque económico designado por igual a todas y cada una de las acciones –; y por otro lado, de carácter político – que es el enfoque distintivo de derechos y obligaciones entre los socios dependiendo de la clase de acciones que una persona tenga o sea posesionario de ellas.

Estas dos cualidades han sido reguladas desde antes de nuestra actual Ley General de Sociedades; en esta regulación se ha precisado con mayor análisis dicha clasificación y desigualdad que podría existir. Al respecto, debemos de recordar que las acciones nominativamente debe ser homogéneas con las demás acciones sin ninguna diferencia de valor económico alguno, tal cual se encuentra regulada en el Artículo 82 de nuestra ley vigente, a diferencia de la antigua regulación societaria - Decreto Legislativo 311 -, que en su artículo 105 se encontraba regulado la posibilidad que el valor nominal y político podían ser tomados de manera diferente, según se establezca en el estatuto de las empresas.

Sin embargo, en nuestra Ley General de Sociedades vigente se permite que exista diferentes clases de acciones que únicamente se diferencien entre ellas en su enfoque político más no nominal; al respecto, en el artículo 88 se señala que:

“Artículo 88.- Clases de acciones

Pueden existir diversas clases de acciones. La diferencia puede consistir en los derechos que corresponden a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez. Todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones.

La creación de clases de acciones puede darse en el pacto social o por acuerdo de la junta general.

(...) El estatuto puede establecer supuestos para la conversión de acciones de una clase en acciones de otra, sin que se requiera de acuerdo de la junta general, ni de juntas especiales ni de la modificación del estatuto. Sólo será necesaria la modificación del estatuto si como consecuencia de ello desaparece una clase de acciones.”

En atención a antes citado por nuestra misma normativa societaria, cuando me refiero al carácter político de las acciones me estoy abocando a las clases de acciones que pueden existir dentro de una sociedad, las cuales según se encuentren señaladas en el estatuto de la empresa, representan los diferentes derechos y

obligaciones que tiene cada uno de los accioneros en comparación de otros que sean propietarios o poseedores de otras clases de acciones, dejando de lado el carácter económico.

De lo antes analizado, Hundskopf resalta una idea muy importante que no puedo ignorar, que a su vez resulta ser muy significativo para nuestra actual regulación societaria a diferencia de la anterior:

“La LGS, en su artículo 88, permite que dentro de una sociedad anónima puedan coexistir clases de acciones que se diferencien por los derechos que correspondan a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez, pudiendo crearse estas clases de acciones en la escritura pública de constitución o, posteriormente, por acuerdo de la junta general. Sin embargo, todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones. Advirtiéndose al respecto la diferencia con la Ley anterior que permitía la diferenciación de una clase con otra, ya sea en el monto del valor nominal o en el contenido de derechos.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 116)

Asimismo, Elías Laroza haciendo una comparación legislativa de la anterior Ley General de Sociedades con nuestra actual, señala lo siguiente:

“El Artículo 105 de la LGS anterior establecía que las diferencias podían consistir en el valor nominal o en el contenido de derechos de las distintas clases, o en ambas cosas a la vez. La nueva Ley, con acierto, ha establecido dos diferencias sustanciales. La primera, (...), consiste en que todas las acciones de la sociedad deben tener el mismo valor nominal, inclusive la de distintas clases. La segunda responde a la importante innovación introducida por el artículo 86, (...), sobre las obligaciones adicionales que recaen sobre las acciones. Por ello, en la nueva Ley las diferencias pueden consistir “en los derechos que corresponden a sus

titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez”. (Elías Laroza, 2015, pág. 326)

Esto quiere decir que en una sociedad puede haber accionistas que tengan diferentes derechos y obligaciones en comparación de otros, si y solo si estos sean propietarios de diferentes clases o bloques de acciones; resaltando que en una misma clase de acciones no pueden haber distinciones de derechos y/u obligaciones.

2.4.2.1. Derechos de los accionistas

Hundskopf, nos da un primer análisis respecto de la clasificación del derecho que se genera a través de las acciones de acuerdo a su naturaleza tripartida vista en capítulos anteriores y además haciendo una comparación jurídica con las demás ramas del derecho cuando señala que “La doctrina del Derecho Societario considera que los derechos del accionista constituyen una tercera categoría de derechos, distinta de los derechos reales o de los derechos de crédito, constituyendo una especie de derechos personales corporativos.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 119)

Tal cual lo he mencionado, los derechos y obligaciones de los accionistas va a variar dependiendo de la clase de acciones que una persona sea propietario, nuestra legislación reconoce, desde una perspectiva básica pero esencial, dos clases de acciones con la finalidad de poder velar los derechos mínimos de los accionistas para que no existan ningún tipo de vulneración de derechos, entre ellos se encuentra: (i) las acciones con derecho a voto; y (ii) las acciones sin derecho a voto.

Este enfoque es base para entender qué clase de accionistas (que pueden ser empresas como personas naturales) pueden ser parte del grupo matriz en una agrupación de empresas; ya que, como veremos más adelante, aquellas personas

que tienen acciones con derecho voto son los que participan en el manejo empresarial a diferencia de los que no lo son.

Sin embargo, pese a sus diferencias en cuanto a su participación frente a la sociedad, en nuestra legislación societaria se ampara derechos mínimos que deben de tener cada uno de los accionistas, situación jurídica que pensamos es estratégica y que podemos utilizar con la finalidad de también regular a los grupos económicos. Es así que analizaré ambos enfoques, porque aquí veré la importancia de regular de manera preventiva derechos mínimos que debemos rescatar para conformar un grupo económico y así estudiar las estrategias que se pueden plantear para conformar un grupo económico de manera indirecta o directa.

2.4.2.1.1. Acciones con derecho a voto

Antes de analizar doctrinariamente esta clase de acciones, es indispensable observar lo previsto por nuestra Ley General de Sociedades sobre este instrumento jurídico, en el cual se encuentra tipificado en su artículo 95 lo siguiente:

“Artículo 95.- Acciones con derecho a voto

La acción con derecho a voto confiere a su titular la calidad de accionista y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos:

1. Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio neto resultante de la liquidación;
2. Intervenir y votar en las juntas generales o especiales, según corresponda;
3. Fiscalizar en la forma establecida en la ley y el estatuto, la gestión de los negocios sociales;
4. Ser preferido, con las excepciones y en la forma prevista en esta ley, para:
 - a. La suscripción de acciones en caso de aumento del capital social y en los demás casos de colocación de acciones; y

- b. La suscripción de obligaciones u otros títulos convertibles o con derecho a ser convertidos en acciones; y,
- 5. Separarse de la sociedad en los casos previstos en la ley y en el estatuto.”

Tal cual se observa del artículo citado, nuestra normativa societaria confiere al titular de esta clase de acciones derechos políticos y patrimoniales; entre estos dos bloques de derecho el que más nos importa para nuestra presente investigación son los que reposan en el marco político, ya que de ahí es donde se justifica la facultad que tiene el accionista para controlar o tomar decisiones administrativas de una sociedad.

Elías Laroza nos brinda una primera idea para darnos un enfoque claro de los derechos políticos que se le confiere un accionista con derecho a voto, al mencionar lo siguiente:

“Ellos son denominados también como derechos administrativos. En la medida en que el accionista persigue un rendimiento efectivo de su capital, necesita los mecanismos que le aseguren que la actividad social está efectivamente encaminada a obtener beneficios económicos adecuados. En otras palabras, el objetivo del accionista podría ser obstaculizado o impedido si no tiene injerencia alguna en la gestión social. De nada serviría asegurar los derechos patrimoniales si el accionista no puede controlar la adopción de las decisiones orientadas a una eficiente conducción de los negocios sociales y a la cautela de sus intereses de socio.” (Elías Laroza, 2015, pág. 350)

Sin embargo, esta conducción no siempre se ejerce de manera directa, ya que también se puede realizar a través de órganos administrativos que toman constantemente las decisiones de las actividades de la empresa, los cuales están compuestos por: el directorio y la gerencia, quienes son escogido por los accionistas

con derecho a voto; sobre el particular el mencionado autor antes citado señala lo siguiente:

“Téngase presente que si bien la conducción de la sociedad recae en sus órganos de administración –directorio y gerencia–, los accionistas reunidos en junta están facultados para plantear los lineamientos generales que deben observar dichos órganos para conseguir las metas propuestas. Adicionalmente, el derecho a voto del accionista se refleja en la elección de quienes conforman el directorio.

En suma, toda decisión de trascendencia puede ser tomada por los accionistas, en la medida en que tengan la capacidad de intervenir y votar en la junta general, que es donde se forma la voluntad social.” (Elías Laroza, 2015, pág. 350)

Con lo cual, debo de precisar que cuando me refiero a los derechos políticos me estoy abocando a las facultades que se les confiere a los accionistas con derecho a voto para tomar decisiones que influyan en el manejo de la empresa así como la selección del órgano administrativo para el manejo continuo; sin embargo, tal cual lo he mencionado anteriormente no basta con la obtención de acciones con derecho a voto si es que el accionista no tiene el suficiente número de estos instrumentos jurídicos para poder alcanzar el quórum mínimo para tomar el control de la empresa, en el amparo del artículo 124 de nuestra Ley General de Sociedades.

Como idea base, el control de la empresa se ejerce por los que tienen la mayor cantidad de acciones en una empresa; sin embargo, en la práctica empresarial, y a su vez de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico societario según se puede interpretar de manera conjunta los artículos 115, 125 y 126, este control se puede asumir por la minoría a través del llamado por unanimidad por varios doctrinarios como el “Fenómeno del ausentismo”, el cual se puede ejercer a través de las acciones sin derecho a voto, tal cual lo explicaré a continuación.

2.4.2.1.2. Acciones sin derecho a voto

A diferencia de las acciones con derecho a voto, en esta parte de mi investigación me abocaré a analizar las consecuencias que aconteció la creación de las acciones sin derecho a voto, ya que por el lado político el accionista no recibe facultades para direccionar a la empresa, lo que se le otorga en reemplazo de ello son derechos patrimoniales preferenciales tal cual se encuentra comprendido en el artículo 96 y 97 de nuestra Ley General de Sociedades

Al respecto, Hundskopf señala que “(...) el accionista que opta por las acciones sin voto está dispuesto a cambiar sus derechos políticos por un derecho económico especial y para eso se ha establecido un dividendo preferencial y además una preferencia en la distribución del haber social.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 121)

Es por dicha razón que, lo que me interesa de esta clase de acciones son las estrategias que se utilizan por los accionistas que tienen derecho a voto y que además representan una parte minoritaria del total de las acciones en comparación del basto número de estas emitas, que pese a su cantidad mínima de acciones pueden direccionar el manejo empresarial y/o escoger al órgano administrativo de la empresa para la ejecución de la actividad empresarial de manera continua.

Algunos autores como Echaiz desarrollan al fenómeno del ausentismo con algunas conjeturas: (i) se presenta en aquellas empresas que cuentan con gran número de titulares – esto quiere decir que no solo se verifica la cantidad masiva de acciones sino de personas jurídicas o naturales que son titulares de estas acciones -; (ii) se presenta un socio de mando, según el autor con ánimo de permanencia y dispuesto a dirigir la marcha social; y (iii) los socios especuladores, cuyo propósito no es involucrarse en la dirección de la empresa, sino obtener el plus de diferencia al revender sus acciones.

Para el mismo autor, la manifestación de este fenómeno se desarrolla de la siguiente manera “se mantienen generalmente al margen de la gestión empresarial (por decisión propia) y, consecuentemente, son ausentes a las juntas que se celebran” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 181), con lo cual hace que la junta general de accionistas por más que existan un gran número de personas, solo se contabilice las personas que se presenten en la segunda o en la tercera convocatoria dependiendo de cuál sea el tipo societario de la empresa, con lo cual bajo esta figura nos estamos abocando a los acuerdos que por estatuto se encuentren aprobados y que únicamente se necesite la validación de un quórum simple, tal cual se encuentra regulado en los artículos 115, 125 y 126 de nuestra Ley General de Sociedades de manera general para las sociedades anónimas y de manera especial para las sociedades anónimas abierta en el artículo 257.

Para mi investigación, nos conviene definir que este fenómeno del ausentismo ocupa un rol muy importante en la selección del personal que integre los órganos administrativos, ya que desde ahí viene la ejecución directa de las actividades para salvaguardar el interés de la sociedad – tal cual lo desarrollaré a continuación -; en nuestra normativa societaria se señala que para remover y reemplazar algún miembro del directorio es necesaria la presencia de un quórum simple al interpretar de manera conjunta los artículos 126 y seguidamente el artículo 115 de la ley en mención.

Es así que esta teoría se vuelve una estrategia útil para el control administrativo de empresas, formándose de hecho la suerte de conformar un grupo económico con tan solo obtener un número reducido de acciones de una empresa en comparación del total de acciones emitidas; de esta manera se puede verificar la importancia de la emisión de acciones sin derecho a voto.

2.4.3. Control indirecto a través de acciones

Esta maniobra es una estrategia empresarial acoplada recién nuestra vigente Ley General de Sociedades en su artículo 105, su tipicidad fue por motivos de los llamados fraudes de control en la utilización de acciones emitidas por la misma empresa emisora y dirigida para hacer adquiridas por sucursales, filiales, o subsidiarias de esta misma empresa

Elías Laroza brinda la definición, el motivo de su regulación y la utilización en los grupos económicos de este fraude de control al mencionar lo siguiente:

“(…) existen métodos indirectos para lograr que, con los recursos de la propia sociedad, se adquieran acciones emitidas por ella y que, violando las disposiciones legales sobre suspensión de sus derechos, dichas acciones terminen asistiendo a las juntas generales y votando por los directores y accionistas que conforman el grupo dominante en la sociedad. El sistema que muchas veces se ha utilizado es creando filiales o subsidiarias de la propia sociedad emisora, u otras sociedades con testaferros, a las cuales la sociedad provee de recursos a través de préstamos o aportes de capital. Posteriormente, dichas filiales o subsidiarias adquieren acciones en el mercado de la propia sociedad emisora y las hacen concurrir a las juntas generales de accionistas de esta última, votando a favor de los directores o accionistas del grupo dominante.” (Elías Laroza, 2015, pág. 385)

Autores como Daniel Echaiz tienen otras perspectivas de esta estrategia empresarial desarrollándolo como el único artículo de nuestra ley societaria que señala de manera indirecta una de las formas de constitución de los grupos económicos, al respecto el autor señala que “Este es el único artículo de las cerca de 500 normas contenidas en la Ley General de Sociedades que se refiere específicamente a los

grupos de sociedades. Aunque incorrectamente utilice el título “control indirecto de acciones.” (Echaiz Moreno, 2010, pág. 233)

Sin embargo, este título utilizado no deberá de ser influyente en la descripción del artículo, es así como la primera disposición final de la Ley General de Sociedades lo desarrolla al tipificar que “Los títulos de los artículos de esta ley son meramente indicativos, por lo que no deben ser tomados en cuenta para la interpretación del texto legal”.

Lo antes mencionado es una de las razones por las cuales no compartimos lo señalado por Daniel Echaiz al indicar que el artículo 105 de la ley en mención se refiera a los grupos económicos, además porque el motivo de regulación de este artículo ha sido en aras de evitar los fraudes de control que puede haberse ocasionado a raíz de la emisión de nuevas acciones y con ello la elección del directorio de manera fraudulenta por los mismos accionistas, lo cual hace una diferencia sustancial en nuestro motivo de investigación del presente trabajo, ya que el fin es que se incentive la regulación de un tipo societario legalmente aceptado a nivel mundial con los parámetros jurídicos respectivos del fenómeno de grupo señalado.

Otra razón por la cual considero que no es compatible la teoría de Echaiz es porque para la constitución de un grupo económico es necesaria la concurrencia de tres elementos, entre los cuales se encuentra el llamado “La Preexistencia de la Autonomía Jurídica”, dicho elemento – como le explicaré en el siguiente capítulo – es uno de los pilares para darnos cuenta si es que estamos frente a un grupo económico, exigiendo que sea una persona jurídica la que sea integrante o accionista del grupo, descartando las filiales o sucursales de la o las empresas.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, considero que este artículo en comentario tiene un rol positivo muy importante para las estrategias empresariales que, por su paralelo análisis respecto los grupos económicos, debería de ser amoldado para que

no exista ningún tipo de conflicto a la futura regulación de este fenómeno de grupo, para que de esta manera se pueda evitar también los fraudes legales de control de las demás empresas integrantes de un grupo.

2.5. Órganos sociales

La empresa siendo una ficción constituida por personas y dotada de personalidad jurídica que lo distingue como un sujeto de derecho, necesita de la concurrencia de representantes administrativos y/o agrupaciones que orienten a la empresa a cumplir sus intereses a la cual fue su creación; al respecto, Doris Palmadera señala lo siguiente:

“Como entidad dotada de personalidad jurídica, (...) necesita de una estructura organizativa para el despliegue de su actividad interna y externa, que le permita definir la voluntad social y realizar los actos de gestión y representación indispensables para sus fines. A grandes rasgos este es el postulado que sirve de base a la teoría organicista, que reputa a la junta general de accionistas, el directorio y a la gerencia órganos sociales, con un contenido funcional mínimo al que se vincula un conjunto de facultades y deberes específicos.” (Palmadera Romero, 2011, pág. 181)

De lo antes mencionado debo aclarar algunas pautas que legal y doctrinariamente se encuentran establecidas y es en cuanto a su clasificación, Mario A. Rivarola agrupa de manera general a estos tres (03) órganos como organizaciones jurídicas, distribuyendo internamente de la siguiente manera como: (i) Órgano de propiedad a la Junta General de Accionistas; y (ii) Órgano de Administración y Gerencia al Directorio y a la Gerencia.

Esta clasificación, en mi opinión, es importante tenerla en cuenta, ya que nos va a ayudar para estudiar cual es el impacto que generaría cada organización de la

empresa y de esta manera como es que los accionistas pueden controlar a una empresa o a un grupo económico, o en si – con la explicación que haré a continuación – las estrategias que pueden utilizarse de manera indirecta con la elección del directorio o la gerencia a través de ello se pueda realizar la voluntad de estos accionistas, respetando los intereses societarios.

Cabe resaltar que para fines de mi investigación, no haré un estudio profundo de estas organizaciones ya que, lo que me ocupa de estos tres órganos es cuál es su impacto y utilidad en un empresa y con ello la importancia que tendría en un grupo económico, desplazando de esta manera sus clases, las condiciones e impedimentos para el ejercicio de los cargos, entre otras informaciones que no me servirá para llegar a mi punto de investigación que es el fenómeno de grupos.

2.5.1. Junta general de accionistas

La Junta General de Accionistas, no se encuentra clasificado como un órgano de administración sino como un órgano superior u órgano de propiedad de toda sociedad, encargada de la toma de decisiones para lograr el fin por la cual fue constituida la empresa y con ello cumplir con los intereses sociales, su clasificación y labor en una sociedad se encuentra claramente tipificada en el artículo 111 de nuestra ley societaria, en el cual se señala lo siguiente:

“Artículo 111.- Concepto

La junta general de accionistas es el órgano supremo de la sociedad. Los accionistas constituidos en junta general debidamente convocada, y con el quórum correspondiente, deciden por la mayoría que establece esta ley los asuntos propios de su competencia. Todos los accionistas, incluso los disidentes y los que no hubieren participado en la reunión, están sometidos a los acuerdos adoptados por la junta general.”

En atención al artículo antes citado, Doris Palmadera menciona ciertas precisiones resaltantes que debemos de observar:

“La junta general es el órgano supremo de la sociedad, pero no porque cuente con poderes absolutos sino porque está en la ley que deba pronunciarse sobre los asuntos fundamentales de la vida social (disolución y liquidación, reorganización de la sociedad, modificación del estatuto) y decidir sobre el nombramiento y destitución de los integrantes de los demás órganos (directorio y gerencia). El poder y composición de la junta no emana ni deriva de ningún otro órgano. (...).” (Palmadera Romero, 2011, pág. 185)

Podemos darnos cuenta entonces, además de lo señalado en el primer párrafo del presente sub-capítulo, que la junta general es la primera instancia y la más importante en la cual se toman decisiones en aras de cuidar y prevalecer los intereses de la sociedad, siendo este órgano el encargado de establecer los parámetros necesarios para poder dirigir el andar del giro empresarial, siendo su labor enmarcado por el interés colectivo y no individual de cada accionista.

Así mismo, las tareas fundamentales de la Junta General de Accionistas se encuentran enmarcadas en los artículos 114 y 115 de nuestra Ley General de Sociedades, en donde podemos encontrar una serie de atribuciones que únicamente es responsable la junta, entre estas tareas, lo que más nos interesa para la presente investigación es el derecho que tienen para delimitar las facultades de los órganos administrativos ya que de esta manera se pueden armar estrategias de control en un grupo económico; ya que por el poder que los enviste por ser accionistas resulta claro su comportamiento en la sociedad, dependiente de la cantidad de acciones que tuviese en la empresa.

La ley societaria, deja la libertad para que la junta general de accionistas pueda deliberar sobre las facultades que pueden tener los órganos administrativos, dando el

campo para que estos puedan ejercer decisiones en el manejo de la empresa, así como armar políticas internas que les permita movilizarse empresarialmente dentro de la sociedad, como también diseñar procedimientos para el correcto funcionar de la empresa; lo cual hace esta regulación un medio estratégico para que se formen grupos económicos de hecho, con tan solo la elección del directorio o la gerencia. Ya que, como lo desarrollaré más adelante, los órganos encargados de cumplir las metas del día a día de una sociedad son los directores proponiendo políticas generales, y siendo la labor de los gerentes la ejecución de los mandatos.

Por otro lado, cabe precisar que, estos artículos citados no son limitativos, sino todo lo contrario contienen una parte que deja claro que estamos hablando de normativas clasificadas como *números apertus*, dejando que por medio del estatuto, la misma junta regule más derechos y/u obligaciones; al respecto la misma autora señala lo siguiente:

“Los artículos 114 y 115 de la ley se ocupa de dar contenido a la competencia de la junta general de accionistas, ofreciendo una relación de asuntos sobre los que está facultada para deliberar y decidir. El ultimo inciso del artículo 114 señala que la junta es competente para resolver, además de los señalados en incisos anteriores, “los demás asuntos que le sean propios conforme el estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria”. El último inciso del artículo 115 contiene una disposición similar al afirmar que este órgano societario es competente para “resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social”. (Palmadera Romero, 2011, pág. 186)

De esta manera, englobando el análisis de los artículos citado, existen algunas atribuciones especiales que Elías Laroza señala como características especiales de la junta general, al enumerar las siguientes afirmaciones como manera de conclusión básica respecto de la definición e importancia de este órgano de propiedad:

- La Junta general es el órgano más auténtico de expresión de la voluntad social. (...)
- La junta es un órgano de expresión inmediata de la voluntad social, pues sus manifestaciones no se producen debido a delegaciones ni a través de otros órganos sociales. (...)
- (...) la junta se identifica con la sociedad toda entera, no siendo concebible la separación entre sociedad y junta general.
- La junta general es un órgano colegiado y deliberante. (...)
- La junta general no es un órgano permanente de la sociedad, en el sentido de no tener una función estable y reunirse solamente aquellas veces en que es expresamente convocado. (...)
- (...) la junta general es un órgano necesario y de funciones indelegables. (Elías Laroza, 2015, pág. 431)

Es preciso recordar que la adopción de decisiones y las atribuciones de más derechos y/u obligaciones a las que pueden acordar en la junta general, no pueden vulnerar derechos mínimos que se encuentra regulados en la Ley General de Sociedades, como por ejemplo los que se encuentra establecidos en los artículos 38, 95, 96, 139, entre otros; caso contrario estos acuerdos serían nulos.

Sin perjuicio de lo antes indicado, en atención a que la junta es el órgano supremo y la que dirige a la empresa en torno a las decisiones adoptadas, no siempre la junta desde la perspectiva administrativa mantiene la fuerza necesaria para las decisiones en el manejo de la empresa, como por ejemplo ocurre en las sociedades donde el número de accionistas es alto, con lo cual la toma de decisiones son mucho más difíciles de tomar, siendo en estos casos más factible que la dirección lo asuma el directorio – con los parámetros previamente señalados y aprobados por la Junta General -; al respecto, Hundskopf señala lo siguiente:

“(…) la participación de las juntas generales en la adopción de decisiones trascendentales de sociedades anónimas, se ve reducida en compañía de accionariado difundido como las sociedades anónimas abiertas, en las que ostenta gran poder el directorio, como encargado de su administración. Un fenómeno totalmente opuesto se observa en la marcha de las sociedades anónimas cerradas de carácter familiar, o en aquellas que resaltan el carácter personalista y el vínculo que mantienen los accionistas, en cuyos casos estos comúnmente participan en la gestión.” (Hundskopf Exebio, Law&luris, 2008)

Esta misma idea, se aplica en los grupos económicos, ya que las reglas de dirección en algunas ocasiones se encuentra enmarcadas por el control indirecto que tiene una empresa sobre las otras, de tal manera que al escoger los directores de estas empresas subordinadas toman el control de estas, es por esta razón que mencionamos que nos interesa de manera especial el análisis de la función de la junta en delimitar las obligaciones y derechos de los órganos administrativos, ya que dependerá de ello para ver hasta qué punto los directores o gerentes pueden tomar decisiones para el manejo empresarial de una sociedad, llamado a este control como dominación interna – punto que desarrollaré con más precisión en el segundo capítulo cuando entre a detallar al fenómeno de grupos en mención.

Finalmente, a raíz de lo antes mencionado debemos de tener claro que, la junta general no es un órgano administrativo propio – tal cual se encuentra clasificado por nuestra ley general de sociedad y por diversas doctrinas al respecto – ya que por ejemplo su conformación y labor es orientada a la toma de decisiones puntualmente establecidas, careciendo de la perpetuidad para supervisar la ejecución de estas o en cuanto a la representación de la sociedad que es tarea del órgano administrativo entre otros labores que están dentro de sus funciones, tal cual lo señalamos a referirnos las características especiales de este órgano citando por Elías Laroza, pero con mayor precisión sobre el tema Doris Palmadera desarrolla lo siguiente:

“En nuestro sistema de normas, la administración directa y permanente de la sociedad está confiada a los administradores. La administración de la anónima es una función reservada al directorio y a la gerencia, salvo excepciones muy puntuales (...), o supuestos ampliados por el estatuto que sean más que simples actos de gestión empresarial (...), práctica esta última extendida y aceptada por los tribunales.

La junta tampoco puede asumir la representación de la sociedad ante terceros. La ley atribuye la representación de la sociedad a los órganos de administración quedando la actividad de la junta general de accionistas reducida al ámbito interno. Ella puede aprobar que se celebren determinados contratos, que las operaciones sociales se conduzcan de una y otra forma, pero la directa realización de las operaciones de tráfico con terceros, la ejecución material de los acuerdos a través de contratos corresponde a los administradores y a sus apoderados” (Palmadera Romero, 2011, pág. 187)

De esta manera se puede advertir que la dirección directa diaria de una empresa lo asumen los órganos administrativos, ya que por mandato directo de la junta general de accionistas plasmado en el respectivo estatuto, dicho órgano está investido de varias facultades que ayudan al manejo empresarial; en tal sentido, analizaré teóricamente cuál es la importancia que asumen los directores y gerentes.

2.5.2. Órganos administrativos

En nuestra Ley General de sociedades se ha desarrollado al Directorio y a la Gerencia como órganos administradores excluyendo a la junta general de accionista de estas funciones al tipificarse en su artículo 152 lo siguiente: “la administración de la sociedad está a cargo del directorio y de uno o más gerentes, (...)”. Cabe señalar que estos órganos se han desarrollado legalmente dentro de las Sociedades

Anónimas, sin exceptuar la posibilidad de que en otros tipos societarios pueda existir alguno de ellos.

Sobre una visión curiosa del actuar de cada órgano administrativo, Doris Palmadera desarrolla como idea general lo siguiente:

La Ley societaria peruana está dentro del sistema dualista de administración. La gestión de la anónima está confiada a dos órganos: el directorio y la gerencia. Dogmáticamente existe una división original de funciones y competencias entre ambos órganos, aunque en los hechos pueda resultar difícil diferenciar cuales corresponden al directorio y cuales son propias de la gerencia. Esta confusión de roles se debe en parte al propio ordenamiento legal, que no define con exactitud las fronteras de actuación de uno y de otra, y por el lado de la autonomía de la voluntad, a la superposición de funciones en que puede derivar la libertad de configurar organizacional practicada por cada sociedad. (Palmadera Romero, 2011, pág. 273)

A diferencia de la junta general, estos órganos tienen una función más ejecutoria y representativa para la sociedad como para terceros que se involucren con la empresa. Como se desarrolló en el sub capítulo anterior la junta general si bien es el órgano supremo de la sociedad esta carece de perpetuidad en el control de la sociedad, dicha labor es derivada a los órganos administrativos; al respecto, Hundskopf, citando a otros autores especialistas en la materia societaria, señala como es que se desarrolla estas facultades administrativas al mencionar lo siguiente:

Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Javier García de Enterría refieren al respecto que el órgano de administración en las sociedades anónimas, entendido como un órgano ejecutivo y representativo a la vez, es necesario, tanto para constituir la sociedad, como para su ulterior funcionamiento; y, debe ser permanente, porque despliega una actividad

gestora dirigida a la consecución del objeto social, que no puede sufrir solución de continuidad.

Asimismo, sostiene que el órgano administrativo desempeña la más importante función en el seno de la sociedad, al ejecutar los acuerdos de la junta general y adoptar diariamente otras muchas decisiones en la esfera de su propia competencia, siendo su actuación acertada o desacertada, crucial para la prosperidad o fracaso y ruina de la sociedad. (Hundskopf Exebio, 2012, págs. 469-470)

Con ello no quiero decir que estos órganos administrativos pueden sustituir o puedan tener el mismo peso societario que la junta general, pero tampoco podemos dejar de lado las estrategias empresariales que se utilizan en los grupos económicos, como por ejemplo, en una agrupación la empresa matriz escoja a los miembros del directorio con la finalidad de que de manera indirecta puedan controlar a las otras empresas partes, claro está que ligado a las órdenes y facultades que la misma junta general a determinado para estos órganos, dicha estrategia se ha nombrado doctrinariamente como “Dominación Interna de Hecho”, punto que desarrollaré con más precisión en el siguiente capítulo.

Para poder tener una idea mucho más clara de lo que acabo de mencionar pasaré a desarrollar doctrinaria y legalmente la definición e importancia de estos dos órganos administrativos, para así analizar cómo es que mediante el directorio y/o la gerencia se pueden tener el control de una o más empresas, siendo esta estrategia utilizada para formar grupos económicos de hecho, y así darnos cuenta si es necesario ajustar nuestra regulación societaria respecto de estos órganos en la aplicación del fenómeno de grupo:

2.5.2.1. Directorio

Tal cual lo he descrito anteriormente, el Directorio se encuentra encabezando los órganos administrativos de una sociedad, pero que a su vez se encuentra subordinado a la Junta General de Accionistas – recordando que este último órgano según nuestra Ley General de Sociedades y doctrina no se considera como un órgano administrativo propio –, un primer significado de este órgano, se encuentra tipificado en el artículo 153 de nuestra Ley societaria, al tipificarse lo siguiente:

“Artículo 153: Órgano Colegiado y Elección

El directorio es órgano colegiado elegido por la junta general. Cuando una o más clases de accionistas tengan derecho a elegir un determinado número de directores, la elección de dichos directores se hará en junta especial.”

Respecto del directorio como un órgano colegiado Doris Palmadera aclara esta característica al mencionar que “(...), lo que implica que está conformado por una pluralidad de personas, en número no menor de tres, quienes individualmente consideradas carecen de poderes y facultades de administración y representación. Estas funciones pertenecen al directorio debidamente constituido.” (Palmadera Romero, 2011, pág. 274)

La pluralidad de personas que conforman el Directorio obedece a la albergadora que representa las decisiones tomadas de este órgano, ya que estas juegan un rol muy importante en las políticas y comportamientos que se aplican a la sociedad con la finalidad de seguir en el mercado.

Para tener un concepto claro de lo que es un directorio es necesario observarlo desde su naturaleza, para que de esta manera podamos darnos cuenta en qué nivel jerárquico se encuentra el directorio en atención a todos los órganos jurídicos que

pueden existir en una sociedad; al respecto, Hundskop define claramente a este órgano administrativo de la siguiente manera:

Por su propia naturaleza, debemos entender al directorio como un órgano subordinado a la junta general, que cumple un rol fundamental en la marcha de la sociedad, toda vez que guarda directa relación con la aprobación de los actos y contratos relacionados con la actividad económica de la sociedad, fija las políticas generales que deben ser ejecutadas a través de la gerencia y, en suma, es el órgano de administración de la sociedad. (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 473)

De esta manera podemos determinar que el Directorio es el órgano encargado de dirigir a la empresa en su comportamiento diario a diferencia de la junta general, que si bien este último es el órgano máximo de una sociedad esta solo otorga las pautas necesarias para que se puedan ejecutar a través de los órganos administrativos todas aquellas decisiones que se tomen en las juntas respectivas, claro que las acciones y/o decisiones del Directorio deben de estar subordinadas a lo que decida la junta; al igual que los límites de su representación, que se encuentra sujetas a lo acordado mediante el Estatuto de la empresa

Sin perjuicio de lo antes mencionado, el Directorio tiene a su vez a cargo otras funciones que de manera especial ayudan a la empresa a seguir manteniéndose en el mercado con miras a mejorar, pero para el presente trabajo de investigación conviene solo estudiar los que han sido señalados en el presente subcapítulo, resaltando que no son todas las funciones que este órgano ocupa en la empresa.

Dicho esto, debemos de analizar que en un grupo empresarial la ejecución de las decisiones que se tomen en una agrupación no deberían de estar a cargo de un directorio propio de este nuevo ente jurídico, ya que de esta manera podemos advertir un problema de identificación en cuanto a la junta general de cada una de las

empresas partes así como los órganos administrativos, confundiendo la funcionalidad de estas con el directorio nuevo que se instaura.

Abocándonos a los grupos económicos, y en atención a lo antes mencionado resulta comprensible entender que una empresa puede asumir el control de otro si este primero selecciona al Directorio de esta otra, ya que a través de este órgano administrativo se podría implementar políticas y decisiones que ayuden al manejo empresarial de la empresa que ha seleccionado a este órgano, claro está que sin alejarse de su giro empresarial a la cual fue constituida la empresa, y que a su vez no afecte su estatuto ni contravengan estas decisiones a las normas vigentes o derechos de terceros.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar las demás funciones del Directorio que hacen que este órgano sea importante para la empresa, los cuales de manera enunciativa señalaré: (i) proporcionar información fidedigna a los accionistas y al público – Artículo 175 de L.G.S. –; (ii) hacer cumplir los acuerdos de la Junta General – Artículo 177 de L.G.S. –; (iii) celebrar contratos y ceder créditos, préstamos o garantías dependiendo de lo previsto por el estatuto – Artículo 179 de L.G.S. –; y (iv) demás funciones que se encuentren previstos en el respectivo estatuto.

Dichas funciones hacen que un Directorio sea importante para una sociedad, que si bien para algunos tipos societarios no es obligatorio tenerlo, como por ejemplo la Sociedad Anónima Cerrada – de acuerdo a lo señala por el artículo 247 de L.G.S. – pero para otros, además de las funciones señaladas, resulta ser muy útil tenerlo para que se puedan ejecutar algunas estrategias empresariales de control para luego desembocar en el buen manejo corporativo de la(s) sociedad(es) vinculada(s).

2.5.2.2. Gerencia

Al igual que el Directorio, la Gerencia es un órgano administrativo que se encarga de la representación y ejecución de actos para asegurar los intereses de la empresa de acuerdo a su giro empresarial, conformada por uno o más gerentes los cuales pueden actuar de manera individual o conjunta, de acuerdo a los límites previstos en el estatuto de la sociedad; al respecto, Elías Laroza haciendo una diferencia clara de ambos órganos administrativos señala lo siguiente:

La naturaleza de las decisiones y actos de administración que corresponden al directorio determinan que estas funciones como un órgano colegiado, mientras que la rapidez necesaria para la ejecución de los actos reservados a la gerencia hace que sus miembros actúen individualmente, tomando cada uno las decisiones que correspondan al ámbito ejecutivo que se les asigne. (Elías Laroza, 2015, pág. 652)

Dejando de lado la autorregulación de la sociedad ejercida mediante el estatuto, hay ciertas diferencias que podemos advertir, haciendo una comparación de ambos órganos administrativos, por ejemplo doctrinariamente y haciendo una lectura rápida de nuestra Ley General de Sociedades se ha llegado a definir el orden jerárquico que ocupan cada uno de estos órganos, al respecto y haciendo una precisión más exacta a lo que he señalado y lo citado por Elías Laroza, Miguel Sasot Betes y Miguel P. Sasot afirman que:

(...) cada día mayor complejidad de la conducción societaria, obliga a separar las funciones de decisión de las de ejecución, reservándose el directorio las primeras – definición de las grandes políticas de la sociedad en producción, comercialización, relaciones industriales, financieras, etc. – y confiando las segundas a profesionales en las distintas actividades que diariamente deben de cumplirse para mantener el funcionamiento regular

de la sociedad, en relación con el objeto social y dentro de las políticas definidas por el directorio. (Sasot Betes & Sasot, 1986, pág. 466)

De aquí se puede deducir que el Directorio encabeza los órganos administrativos de la empresa, quien tiene a su cargo trabajar de manera directa con la junta general y ejecutar las ordenes que en ella se hayan tomado; y en segundo orden jerárquico encontramos a la gerencia quien trabaja de manera directa con el Directorio ayudándolo en sus labores de ejecución bajo su fiscalización, pero a su vez también hace frente en algunas ocasiones a la Junta. Al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

La administración de la sociedad anónima está confiada al directorio a la gerencia. Mientras el primero se ocupa de delinear las políticas generales de administración, la gerencia realiza los actos de ejecución y gestión cotidiana de la sociedad. Así, mientras la labor del directorio se relaciona con la adopción de las decisiones políticas y administrativas más importantes, el trabajo de la gerencia se circunscribe a la ejecución de los actos que exige la correcta conducta de los negocios. (Elías Laroza, 2015, pág. 652)

Por otro lado, en esta misma lógica de la inexistencia del estatuto, legalmente se encuentra previsto las diferencias de representación que cada órgano administrativo tiene a su cargo, mientras que el Directorio tiene la representación general de la sociedad – de acuerdo a lo tipificado en el artículo 172 de la L.G.S. –, la gerencia tiene a su cargo la representación procesal de la empresa – de acuerdo a lo tipificado en el artículo 188 de la L.G.S. –.

Por último, resalando las características más importantes de ambos órganos administrativos, según nuestra ley de sociedades, el directorio cumple un rol general en el desarrollo de las tareas de la sociedad, mientras que la gerencia en merito a lo

previsto en el artículo 190 su responsabilidad recae en el sistema contable y en el lado financiero de la empresa.

Sin embargo, recordando la mencionada ley, solo tipifica derechos mínimos, existe una brecha muy fina que diferencia a la Gerencia del Directorio, ya que sus funciones frente a la sociedad pueden variar si es que se encuentra señalado en el Estatuto de la empresa, incluso en este instrumento jurídico se puede tipificar que el directorio o la misma Junta General pueda nombrar a los miembros de la Gerencia.

De aquí nos podemos dar cuenta que ambos órganos administrativos cumplen un rol muy importante en las labores empresariales y decisiones corporativas de cada sociedad, volviéndolos a ambos órganos administrativos instrumentos claves para lograr ejecutar alguna estrategia de control que tenga una empresa con la finalidad de obtener el dominio de otra empresa con tan solo designar a uno o a ambos órganos, siendo de esta manera una forma de constituir un grupo económico..

Asimismo, debo de mencionar que el análisis de las funciones de ambos órganos administrativos es sumamente importante ya que con ello y el estudio sistemático que haré respecto de los grupos económicos como empresa, podemos determinar si es necesario ajustar las funciones de estos órganos administrativos, ya que al concientizarnos sobre sus labores que ejercen en una sociedad podemos advertir la necesidad de regular en nuestra ley societaria a este fenómeno de grupo con sus características especiales de control y manejo empresarial, que en definitiva recaen en los órganos jurídicos estudiados.

2.6. Tipos societarios

Además de haber analizado *grosso modo* algunas características y elementos comunes de todas las sociedades, no siendo todas ni alcanzado por completo el nivel de profundidad de su estudio que han alcanzado hasta la fecha – pero que para

el presente trabajo resulta suficiente lo hasta aquí desarrollado – es importante tener en cuenta que estas no son los requisitos bases para la correcta constitución de una empresa y por ende adquirente de personalidad jurídica; de acuerdo al artículo 2 de nuestra Ley General de Sociedades para que se constituya adecuadamente una empresa es necesario que esta adopte una de las formas societarias prevista en este instrumento jurídico o por alguna norma especial, al regularse que “Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. Las sociedades sujetas a un régimen legal especial son reguladas supletoriamente por las disposiciones de la presente ley. (...)”

Como podemos darnos cuenta, no basta con tan solo desear o tener como idea constituir una empresa, ya que previamente para su correcto surgimiento es necesario adoptar dicho negocio o idea en una forma especial societaria reconocida en nuestra Ley General de Sociedades; sin excluir que los socios fundadores sean personas naturales o jurídicas de acuerdo al artículo 4 de la ley societaria en mención.

La importancia de tipificar a las sociedades en diferentes formas societarias tiene como base brindar seguridad y transparencia en el mercado y, con ello determinar, cual es el mejor tipo societario que calzaría para que persona natural o jurídica pueda satisfacer sus necesidades económicas y jurídicas; al respecto Elías Laroza señala lo siguiente:

“Legislar en materia de Derecho Societario es crear distintos instrumentos para que las personas puedan llevar a cabo actividades económicas con seguridad y celeridad, favoreciendo así el tráfico económico. Es finalmente la persona que realiza tales actividades la llamada a evaluar las posibilidades que el ordenamiento legal le otorga y decidir la más conveniente para sus intereses.” (Elías Laroza, 2015, pág. 215)

Como podemos darnos cuenta, la finalidad de regular diferentes tipos societarios es brindar la suficiente seguridad y protección a todas personas que desee realizar actividades económicas, ya que al regular las características esenciales de cada una de las formas especiales societarias se enmarcaría los derechos y obligaciones de cada sociedad.

La tipicidad de estas formas societaria se ha vuelto indispensable para el mercado, si bien nuestro sistema económico es social de mercado – dejando la participación de los sujetos en su libre desarrollo con algunos parámetros necesarios y especiales que el Estado impone de forma subsidiaria para el buen desenvolvimiento de estos mediante regulaciones -, esta tipicidad societaria lo que hace es brindar seguridad en nuestro país para enmarcar de alguna manera los derechos y obligaciones (con trascendencia civil, penal, labora, entre otras áreas conectadas) mínimas de cada empresa; al respecto Elías Loroza señala que:

La actividad económica requiere, es cierto, de mucha libertad, pero no es en nada menos necesaria su seguridad. Los tipos societarios han sido perfeccionados durante siglos y son conocidos por los personajes e instituciones que intervienen en la actividad económica. El que cada grupo pueda formar una sociedad mezclando las formas, creando nuevas, regulando de manera distinta las instituciones conocidas, o todo ello a la vez, nos aproximaría al caos y a la inseguridad de lidiar diariamente con sociedades de forma desconocidas. (Elías Loroza, 2015, págs. 47-48)

Estas diferentes formas reguladas a las que me estoy refiriendo son las siguientes: Sociedad Anónima, Sociedad Anónima Cerrada, Sociedad Anónima Abierta, Sociedad en Comandita Simple, Sociedad en Comandita por Acciones, Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada y las Sociedades Civiles, las cuales, como he mencionado anteriormente, tienen que ser adoptados por las empresas para su correcta constitución, dependiendo del fin economía a la cual se esté encaminando. Es imposible ignorar la importancia de estos tipos societarias para el manejo

económico, ya que este es el primer vértice para fijar un mercado óptimo, ya que en base a cada uno de ellos se puede ordenar el mercado.

Es por dicha razón que con el análisis de cada uno de estos tipos societarios nos podremos dar cuenta si alguno puede calzar con las necesidades y características de los grupos económicos, si es que concluimos que estas agrupaciones son personas jurídicas independientes. Aclarando que para el presente trabajo no analizaré a profundidad cada uno de estas formas societarias, sino únicamente las características esenciales que los diferencian.

Pero para poder analizar estos tipos societarios, es necesario desarrollar previamente los conceptos y elementos de los grupos económicos para así tener un mejor panorama y poder determinar si estas agrupaciones pueden ser consideradas como personas jurídicas independientes a las personas vinculadas, que necesiten un tipo societario especial para su óptimo comportamiento empresarial, corporativo, económico, laboral entre otras materias frente al mercado globalizado en el que nos encontramos; o determinar si solo es necesario reconocerlos como un contrato asociativo especial distinto a las que actualmente reconocemos en la práctica, doctrina e incluso en algunos instrumentos legales, regulando los elementos y comportamientos especiales de este fenómeno de grupo, tal cual ocurre en la legislación Alemana.

CAPÍTULO III: GRUPOS ECONÓMICOS

3.1. Noción y definición de los grupos económicos

Para poder analizar jurídicamente a los grupos económicos es importante delimitar su noción en el ámbito societario, empresarial y corporativos, ya que sin ello sería difícil estudiarlo con la regulación actual y tradicional de empresa así como otras figuras afines e incluso a las que ni siquiera tienen relación con el fenómeno de grupo, dejando la posibilidad de que algunos empresarios constituyan grupos o empresas ficticias que perjudiquen a las empresas vinculadas al grupo, a los socios minoritarios, derechos de terceros, a los trabajadores, entre otras vulneraciones que pueden traer estos grupos o empresas fantasmas.

Habiendo definido en el segundo capítulo del presente trabajo a la empresa en su forma tradicional y su evolución conceptual, me toca ahora delimitar la noción de los grupos económicos, ya que con ello tendría la base suficiente para enfocar su correcto perfil jurídico, así como también empezar a armonizarlo y, con ello, aceptar la idea que la definición tradicional de empresa debería evolucionar acoplado a los grupos económicos; sobre el particular Girgado Perandones señala que:

“(…) la delimitación de una noción de grupo revela el interés del legislador por la figura y, simultáneamente, por la protección de los diversos intereses afectados en su manifestación en el mercado. En la concurrencia de estos intereses y en la delimitación que el propio legislador hace del fenómeno del grupo puede observarse (…) no solo intereses ajenos o externos al propio grupo sino también la presencia de los intereses que lo integran.”
(Girgado Perandones, Julio 2014, pág. 79)

De lo antes citado podemos afirmar que la idea de estudiar a los grupos económicos es facilitar una noción sólida para así llegar a un perfil jurídico propio que sea acorde al ámbito societario y que a su vez enmarquen todos los elementos, responsabilidades y derechos que lo envisten; con la finalidad de no caer en el albur de que dicho concepto cambie de acuerdo al área del derecho que nos encontremos, sea su aplicación nacional o internacional, ello debido a que cada país define este a esta agrupación en sus respectivas legislaciones, reflejando su o sus elementos más marcados y también otorgándoles derechos y obligaciones como cualquier otro tipo societario.

Esta noción no solo se va avocar a la definición conceptual de los grupos económicos, sino también determinar cuáles son sus elementos básicos, como es que mediante estos elementos se pueden conformar agrupaciones de empresas, entre otras situaciones relevantes; ello con la finalidad de que nos ayuden a corroborar las diferencias con los tipos societarios reconocidos en nuestra Ley General de Sociedades analizadas cada una en el precedente capítulo, como también con otras figuras empresariales como por ejemplo las fusiones, escisiones, filiales o como un contrato asociativo, para así entender que el fenómeno de grupo debe de tener una regulación especial en el campo del derecho societario.

El primer vértice que debemos de analizar es el concepto que manejamos a nivel nacional como internacional de los grupos económicos, con la finalidad de poder diferenciarlos con las demás figuras empresariales que podrían asemejarse a su funcionamiento y actividad empresarial, dejando de lado el concepto que se maneja económicamente –, a mi parecer, la definición de los grupos económicos debería de estar tipificado como un primer artículo de este fenómeno empresarial, ya que con ello podríamos sustentar cuando estamos frente a un grupo económico o no, para así aplicar la respectiva legislación que se subsuma a los hechos concretos y a lo regulado en nuestra ley de sociedades.

En nuestra doctrina Hundskopf define a los grupos económicos como:

“(…) uniones de empresas que conservan por si solas su individualidad, es decir, su independencia por lo menos formal, aunque en algunas ocasiones no en el aspecto funcional, en donde prima una relación de subordinación-dependencia, que se ejerce sometiendo a las mismas a una dirección unificada”. (Hundskopf Exebio, 1999, págs. xviii-xix)

Dicho concepto enmarca una posición general de lo que es el grupo económico, en el cual podemos identificar algunos elementos que nos pueden ayudar para determinar si nos encontramos frente a un grupo económico o no; sin embargo, considero necesaria ajustar ciertos conceptos que podrían prestarse a malas interpretaciones. Como por ejemplo, no se puede hablar de la conformación de un grupo económico si alguno de las empresas vinculadas pierde su personalidad jurídica ya que en ese momento estaríamos frente a una fusión empresarial y no a un grupo económico.

Incluso el mismo autor, explicando los elementos de los grupos económicos, menciona que la dependencia surge cuando las empresas vinculadas se encuentra sometidas a la dirección ejercida por la empresa matriz o en si a la misma agrupación, siendo necesaria la preexistencia de la personalidad jurídica de cada empresa parte para el correcto desarrollo de la subordinación y que además la finalidad de dicha dirección satisfaga el interés grupal que generó la unión de dos o más personas jurídicas. Es así que no podemos decir que la definición del mencionado autor enmarco por completo la actuación de los grupos económicos.

De esta manera dicho concepto fue precisado por Daniel Echaiz al señalar que:

“Grupo de sociedades es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más sociedades jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se

establecen relaciones de dominación dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las sociedades) sobre la sociedad o sociedades dominadas.” (Echaiz Moreno, Noviembre de 2007, pág. 5)

De lo antes citado, podemos darnos cuenta cual fue el origen y con ello la razón que en el primer capítulo mencioné sobre las concentraciones empresariales, así como también la definición concreta de los grupos económicos en comparación de la tradicional visión de empresa y sus elementos; sin embargo, ello solo se puede verificar en nuestra doctrina mas no en nuestra legislación societaria.

Incluso apoyando la idea que los grupos económicos pueden y, a mi parecer, deben ser consideradas como empresas y con ello tipificarlos con un tipo societario especial dentro de nuestra Ley General de Sociedades, es que en este mismo cuerpo jurídico no se descarta la idea que las empresas pueden ser constituidas con únicamente empresas. Al respecto, en el artículo 4 de la mencionada legislación se señala que “La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas (...)”.

Sin embargo, a pesar que en nuestra ley de sociedades en mención no se encuentre tipificado en ningún artículo sobre los grupos económicos, existe en nuestro ordenamiento jurídico financiero un reglamento vigente llamado “Reglamento Sobre Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos” en donde de alguna manera define a los grupos económicos rescatando algo de lo que nos menciona Daniel Echaiz al tipificar en su artículo 7 lo siguiente “Grupo económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad y objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de una mismo conjunto de personas naturales (...)”.

Del articulo antes citado podemos analizar que, la definición que se encuentra tipificada en dicho reglamento no llega a alcanzar el suficiente nivel de profundidad

para poder diferenciar a los grupos económicos de otras figuras societarias existentes, incluso tampoco lo clasifican como una persona jurídica. Asimismo dicho reglamento tampoco define cuales son los elementos claves para poder identificar a un grupo económico, o cual es el marco jurídico que debería de tener para poder impartir derecho y obligaciones al grupo y/o a las empresas vinculadas, entre otros problemas que suelen aparecer en los grupos económicos pero que lastimosamente al no ser un instrumento jurídico propio del derecho societario carece de supuestos legales, sobre todo por la espacialidad del campo. A mi parecer, estos problemas aparecen porque no estamos frente a un instrumento jurídico con rango de ley para que los pueda clasificar como personas jurídicas sujetas de derecho.

En otros países la definición de los grupos económicos varía dependiendo del enfoque del elemento más resaltante o el origen de surgimiento de este fenómeno de grupo, ello con la finalidad de diferenciarlo de otras figuras societarias; incluso podría decirse que la definición que adopta cada país sobre esta materia tiene mucha relación con el factor más débil en la protección de los derechos de cada empresa parte.

A diferencia con nuestro país, en nuestra doctrina pretendemos definir a los grupos con cada uno de los elementos que se encuentra enmarcado, lo cual a mi parecer es importante desarrollarlo de esta manera ya que con ello podemos lograr que la regulación de los grupos económicos en el marco del derecho societario pueda extenderse para otras disciplinas del derecho, tal como se desarrolla en Argentina, España o Alemania – punto que desarrollaré más adelante –.

Una de las definiciones que considero más importante a nivel internacional se encuentra en la doctrina argentina desarrollado por Cabanellas quien cita Miguens de la siguiente manera:

“(…) un grupo de sociedades es una estructura empresarial multiarticulada constituida por dos o más sujetos de derecho (de cualquier tipo, pero

generalmente sociedades) en el que hay una política empresarial unificada o unitaria al servicio de un interés social del grupo, política que se ejerce mediante un conjunto de relaciones de subordinación o control jurídico-económico de los sujetos dominantes (o madres o incorporantes) respecto de la existencia y funcionamiento de otros sujetos denominados dependientes (o subordinados o subsidiarios o incorporados o filiales o hijos), interés social que prima sobre los demás intereses sociales de todos los integrantes del grupo, sean dominantes o dominados, con una vocación empresarial común”. (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 515)

Esta definición, a mi parecer, merece ser acoplada a nuestra regulación y doctrina societaria, ya que enmarca la noción de los grupos económicos acobijando varios supuestos que lo integran, como por ejemplo:

- (i) en principio podemos analizar un claro vértice novedoso que rompe el esquema tradicional de lo que conocemos como empresa, al señalarse que el grupo económico es una estructura multiarticulada, ello con la finalidad de darnos la idea que dicho grupo guarda una estructura mucho más compleja que la de una empresa común.
- (ii) Por otro lado, en dicha definición, se mencionan los elementos básicos que diferencia a un grupo económico de otras figuras societarias, lo cual a mi parecer satisface nuestra doctrina en el manejo de su definición.
- (iii) Y finalmente, se señala el interés social que enmarca la actuación de los grupos económicos y delimita la actuación del grupo matriz en torno a su facultad de dirección dirigida a las empresas partes del grupo, surgiendo de allí la base para regular las responsabilidades civiles, penales, administrativas, entre otros que asumirían el grupo económico.

En otros países de distinto continente como por ejemplo principalmente en España, Alemania y la Unión Europea el fenómeno de grupos se encuentra claramente avanzado en su estudio y regulación, a tal punto que la definición de estos se encuentra ya tipificado en sus respectivos instrumentos jurídicos societarios o como también lo nombran tradicionalmente como comerciales.

Por ejemplo, en España la definición de los grupos económicos se encuentra tipificada en el artículo 42 del Código de Comercio, señalando lo siguiente:

“Artículo 42.-

(...) Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, (...)”

De lo antes citado podemos darnos cuenta de dos conceptos básicos que en España se utilizan para identificar cuándo estamos frente a un grupo económico, el primero de ellos es el elemento clave de control, el cual se ejerce de una empresa hacia una o varias empresas integrantes de una agrupación; y, como segundo elemento es la presunción en su conjunto con el control, podemos determinar si estamos frente a una agrupación empresarial. Al respecto, Girgado Perandones señala que:

“El juego de las presunciones puede referenciarse a la existencia o no del grupo, o bien a la concurrencia o no de uno de sus elementos. Por lo que respecta a nuestro ordenamiento, se recurre a las presunciones de control en una serie de supuestos determinados.” (Girgado Perandones, Julio 2014, pág. 81)

Por otro lado, en Alemania la figura de los grupos económicos se desarrolla bajo la figura de los *Konzerns*, el cual también como en la regulación española se encuentra

tipificado dentro de una regulación especializada en temas societarios – o como lo refieren en estos países en el marco del Derecho comercial – reconocido en su Artículo 18 de la Ley de Sociedades por Acciones:

“Artículo 18.- Grupos y miembros del grupo

Si una controladora y una o más empresas controladas están sujetas a la dirección común de la empresa controladora, tales empresas constituirán un grupo y las empresas individuales constituirán a los miembros de tal grupo (...)”

Como podemos apreciar, en los países europeos la regulación de los grupos de empresa tiene como principal vértice el elemento de control o dirección unificada, basándose principalmente en la dependencia de las empresas parte frente al grupo matriz o madre; sin embargo, no considero que las definiciones antes citadas sean modelos que podamos seguir para nuestra regulación ya que por ejemplo no comparto la idea que el elemento base sea el de control, esta terminología de “Control” se recogió en países regidos bajo el sistema *common law*, utilizándola en el contexto del dominio que tiene una empresa o persona frente a las demás integrantes del grupo, siendo esta figura muy reducida al verdadero panorama en donde se maneja los grupos de empresas, ya que la dirección del grupo puede ser adoptada en forma colectiva por todos los integrantes de la agrupación – tal como lo analizaré más adelante –.

Por otro lado, considero necesario que se encuentre claramente tipificado, la forma en cómo se pueden constituir, su marco estructural, los derechos y obligaciones del grupo así como de cada empresa vinculada en el marco del interés grupal, ya que de aquí partiríamos en las delimitaciones de responsabilidades y deberes que asumirían cada una de estas, así como definir el marco jurídico de las agrupaciones en paralelo a otras ramas del derecho.

En Norteamérica los grupos económicos se desarrollan bajo la figura de los *holdings companies*, en su legislación no se encuentra enmarcada una regulación exacta que defina a este fenómeno, ya que en estos países la economía se encuentra subsumida en un mercado libre sin barreras, dejando a las empresas libres para hacer crecer su negocio, claro está que con algunos parámetros jurisprudenciales y actas que delimitan de alguna manera su actuación, tal como lo desarrollaré más adelante en el análisis comparado.

Algunos juristas como De Casso y Romero desarrollan esta figura de los holdings como una “(...) sociedad que se dedica a la adquisición y conservación (...) de participaciones en empresas extrañas con el fin de ejercer una influencia permanente en la dirección de estas empresas” (De Casso y Romero, 1950, pág. 2175).

Echaiz hace una precisión de este concepto, citando a Ernesto Pinto-Bazurco y Rodrigo Uría, que el propósito fundamental de la holding company es conseguir el control y no el realizar inversiones con otros fines; como lo he mencionado previamente conseguir el control significa obtener la administración del grupo a favor de una empresa o persona capaz de direccionar todo el grupo y no como una junta de accionistas o miembros del grupo.

De esta manera Romero Villalobos desarrolla el concepto de Holding de la siguiente manera:

“Holding, es una sociedad mercantil controladora de la mayoría de las acciones de empresas comerciales e industriales que tienen entre ellos un común elemento, el ser parte de un grupo de negocios, aunque individualmente pueden tener un distinto giro, con apoyo financiero y operacional mutuo, que ejerce control no únicamente legal y contable, sino operacional y financieramente, recibe fondos de todas sus subsidiarias, los distribuye entre las mismas conforme al mejor interés a corto, mediano y

largo plazo del grupo que encabeza. Cuyo objetivo es la obtención y reinversión de utilidades.” (Romero Villalobos, 2009, pág. 29)

Como podemos darnos cuenta de las definiciones antes mencionadas de los grupos económicos a nivel nacional como internacional, la noción de estas agrupaciones se basa principalmente en analizar los elementos básicos que lo identifican y diferencian de otras figuras y tipos societarios. Soy de la idea de que antes de poder dar una definición completa de esta agrupación es indispensable tener claro cuáles y como son estos elementos ya que con ello podemos diferenciarlos de otras figuras empresariales como por ejemplo, la fusión, la escisión, entre otras figuras que se encuentran reconocidas en nuestra regulación, y dar el primer paso de reconocerlos como personas jurídicas sujetos de derecho susceptibles de estar tipificado en nuestra Ley General de Sociedades; pero que sin desmerecer las definiciones extranjeras yo me inclino más con lo desarrollado por Daniel Echaiz para que se encuentre dentro de nuestra regulación societaria.

3.2. Elementos de los grupos económicos

Es así que, para determinar adecuadamente la noción, límites y definición de los grupos económicos, es indispensable analizar cada uno de sus elementos que lo caracterizan como tal, con la finalidad de obtener una mejor idea de estas agrupaciones y con ello alcanzar una regulación óptima que permita reconocerlos como una figura societaria especial o de ser el caso reconocerlos como personas jurídicas sujetas a derechos y deberes.

Como idea general Lozano, citando a Hundskopf, menciona tres principales elementos que caracterizan a los grupos económicos, los cuales son: (i) Autonomía jurídica de cada empresa; (ii) Relación de dominio dependencia entre ellas; y (iii) Dirección unificada. Es preciso indicar que, de acuerdo a nuestra legislación y doctrina, para reconocer al conjunto de empresas como un grupo económico es

necesario que estos tres elementos incurran de manera conjunta, caso contrario, faltase alguna de ellas, podría cambiar esta estrategia empresarial a una fusión por absorción, o crear una ficción legal o cualquier otra figura reconocida en nuestra legislación vigente pero distante a la figura del fenómeno de grupo.

No podemos decir que a nivel mundial estos elementos se encuentran reconocidos de manera unánime, ya que estos varían dependiendo de cómo se perfila su regulación o actividad empresarial en cada país; por ejemplo en España tal como lo menciona Girgado los elementos son: (i) la pluralidad de sujetos que lo integran y la ausencia de personalidad jurídica; (ii) el medio o instrumento empleado como nexo de unión; y (iii) la dirección unitaria.

Por otro lado, en Alemania tal como se puede desprender del análisis efectuado por Sacristán Represa de acuerdo a su legislación y doctrina del mencionado país, el elemento central que caracteriza a los grupos económicos es la “Dirección unificada”. Como podemos observar, a nivel mundial, el reconocimiento de los elementos del fenómeno de grupo puede variar dependiendo de cómo se desenvuelven estas agrupaciones en el mercado y legislación de cada país; es así que en nuestra regulación y doctrina varios juristas han determinado a los elementos citados por Hundskopf como aquellos pilares que diferencia a los grupos económicos de otras figuras societarias.

Sin embargo, de estos elementos citados por Hundskopf discrepo en la denominación del primero, ya que, como lo explicaré en el subcapítulo siguiente, su nombre como tal podría entrar en controversias con nuestra Ley General de Sociedades para reconocer a este fenómeno de grupo como una figura societaria – empresarial distinta a las demás tipificadas, considero más apropiado llamarlo a dicho elemento como “Preexistencia de la Personalidad Jurídica de Cada Empresa”.

Tal cual lo he mencionado, estos elementos en distinta forma han ayudado para que otros países puedan regular a los grupos económicos como una forma societaria,

pudiendo incluso constituirse mediante un documento, como por ejemplo en Alemania, tal cual se encuentra tipificado en el Artículo 17 y 18 de su Ley de Sociedades Anónimas de fecha 6 de Setiembre de 1965, algunos de estos Grupos económicos pueden formarse bajo la figura del “Contrato de Dominación”, priorizando así el elemento de la dirección unificada; por otra lado, en el mencionado país también se reconoce a los grupos económicos de hecho los cuales se constituyen sin que exista este contrato de dominación, bastando únicamente la concurrencia del elemento de control para su reconocimiento como una figura jurídica empresarial; de esta manera resulta imperativo tipificar, en la legislación societaria alemana, el elemento de control para individualizar a los grupos económicos como sujetos de derechos y deberes.

En ese orden de idea, analizaré cada uno de los tres elementos característicos de los grupos económicos que hemos recogido de nuestra doctrina nacional, haciendo un estudio comparado de su desenvolvimiento societario con la Ley General de Sociedades, con la finalidad de determinar si el desarrollo corporativo de estas agrupaciones son compatibles con nuestra legislación y con ello evaluar si es factible reconocerlos como personas jurídicas susceptibles de enmarcarlos en un tipo societario especial.

3.2.1. La preexistencia de la personalidad jurídica de las empresas vinculadas

Considero este elemento como uno de los principales identificadores para poder advertir que estamos frente a un grupo económico, ya que sin la preexistencia de la personalidad jurídica de cada empresa integrante ya no podríamos hablar de una agrupación de empresas, sino que se estaría produciendo una fusión empresarial o confundir cada una de estas empresas como sucursales, o incluso prestarse para crear empresas o grupos ficciones para pagar menos tributos, menos “utilidades” a los trabajadores, entre otros problemas y figuras legales reconocidas y procesadas.

Tal como lo he mencionado previamente, este primer elemento es conocido por varios autores como “autonomía jurídica”, por ejemplo Girón Tena menciona que “se habla de uniones de empresas (...) porque estas conservan su individualidad, es decir; una independencia por lo menos formal, aunque (...) la autonomía de su conducta se comprometa en mayor o menor medida”. (Girón Tena, 1965, pág. 105) Bajo esta premisa Daniel Echaiz, sin rectificar el nombramiento de este elemento, sino ajustando su delimitación señala que “no se trata de simple autonomía (concepto per se amplió), sino de una clase especial de ella.” (Echaiz Moreno, 2010, pág. 170)

Sin embargo, a mi parecer no se puede denominar a este primer elemento como preexistencia de la autonomía jurídica, ya que estaríamos haciendo caso omiso a otro elemento característico de los grupos económicos denominado “Dirección Unificada”; mi posición se basa en que la autonomía de las personas jurídicas se desarrolla cuando una empresa se auto direcciona por sí sola, esto quiere decir que ellos mismos a través de sus órganos jurídicos, controlando su actuar corporativo, societario, empresarial, financiero, entre otras campos que ayuden a cumplir el fin a la cual fueron constituidas; sin embargo, este actuar autónomo la pierden al ingresarse a un grupo económico, ya que en esta situación las empresas vinculadas pierden su autonomía al someterse a la dirección de la empresa matriz o del mismo grupo, quien tiene la facultad de controlar a todas estas con la finalidad de cumplir con los intereses de la agrupación – cabe resaltar que esta dirección no puede ser arbitraria ni escaparse de los intereses del grupo –.

Respaldando mi argumento, Hundskopf señala que “(...) la empresa controlada presente una pérdida de autonomía económica debido al sometimiento a la dirección unificada.” (Hundskopf Exebio, 1998, pág. 178); cuya situación se encuentra perfilado a la subordinación que deben de tener todas las empresas integrantes cuando son partes de un grupo económico ya que en estas agrupaciones se prefiere cumplir con los intereses del grupo.

Incluso en otros países, por ejemplo en Colombia estas diferencias de conceptos se encuentran reconocidas en su legislación y jurisprudencia societaria o comercial; al respecto, Reyes Villamizar citando la Sentencia C-510 del año 1997 señala lo siguientes:

“La Corte Constitucional, al declarar exequible el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 (...), en los siguientes términos: ‘como se observa, pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la practica la unidad de intereses y propósitos’ (Sent. C-510 de 1997)”.
(Reyes Villamizar, 2011, pág. 278)

Son por esas razones que, denominar autonomía jurídica a este primer elemento, podría no definir con exactitud la práctica empresarial de los Grupos Económicos, ya que lo que preexiste en estas agrupaciones es la individualidad jurídica formal de sus integrantes, el cual calza con el concepto tradicional de personalidad jurídica regulado en el artículo 6 de nuestra Ley General de Sociedades; por otro lado, la autonomía de cada empresa, entendida como la facultad de cada empresa para ejercer sus actividades independientemente se encuentra sujeta al control ejercido por la dirección unificada del grupo matriz, siendo esta facultad parte de las características esenciales del fenómeno de grupo.

De esta misma manera, pudiendo sonar un poco contradictorio, Daniel Echaiz menciona que:

“(…) los grupos de empresas importa la existencia de una pluralidad de empresas independientes. Por lo tanto, cada empresa continua siendo un sujeto de derecho individualizado; en tal sentido, conservan su propio objeto, denominación, titular o titulares, plantel de trabajadores, personal administrativo (directores o gerentes), cartera de clientes, cuentas bancarias y la titularidad de todo derecho que legal o contractualmente les corresponda (como el ser mutuataria, arrendadora o comodataria); pero, en contrapartida, también mantienen las obligaciones contraídas, bien sean contractuales, laborales, fiscales, societarias o de otra índole.” (Echaiz Moreno, 2010, págs. 171-172)

Incluso Hundskopf , en su análisis respecto de los grupos económicos, clasifica a estas agrupaciones como uniones de empresa sin pérdida de su personalidad jurídica, desarrollando que si en caso esta característica no preexistiera esta situación se vería reflejado bajo otra figura societaria, al respecto señala lo siguiente:

“Éste sería el caso de la fusión de empresas que en su modalidad de consolidación significa la pérdida de la personalidad jurídica de todas las empresas intervinientes y que, en su modalidad de fusión por absorción, significa la pérdida de personalidad jurídica de las empresas absorbidas”. (Hundskopf Exebio, 2003, pág. 151)

La personalidad jurídica, entonces, es el nombre que se le da cuando una empresa adquiere individualidad volviéndose una persona jurídica sujeta de derechos y deberes; al respecto, Elías Laroza menciona que “Se entiende que la personalidad jurídica es la que detentan entes jurídicos distintos de las personas físicas que tienen una voluntad propia, están dotadas de una organización estable y son sujetos de derecho diferentes a sus socios, administradores o representantes.” (Elías Laroza, 2015, pág. 67)

Más puntual a nuestro tema de investigación, este mismo autor menciona algunos efectos de la personalidad jurídica respecto de la idea tradicional de empresa, al señalar que:

“Otros efectos de la personalidad jurídica son el parentesco y la nacionalidad. El primero es admitido por la doctrina y consiste en las relaciones de las sociedades como otras personas jurídicas en calidad de socios, de filiales o subsidiarias y de grupos de sociedades o empresas. El segundo, o sea la nacionalidad, es sumamente discutible en la doctrina moderna. (...)” (Elías Laroza, 2015, págs. 70-71)

De esta manera se enfoca mi argumento para nombrar a este primer elemento como “Preexistencia de la Personalidad Jurídica” excluyendo la autonomía del actuar de cada empresa, ya que en la práctica empresarial a nivel mundial las empresas vinculadas a un grupo económicos pierden esta facultad para poder desarrollarse libremente en sus actividades societarias, empresariales, financieras, entre otros.

De esta manera puedo advertir una primera idea para reconocer a los grupos económicos dentro de nuestro marco societario, toda vez que dicha situación es compatible con la pluralidad de socios para constituir una sociedad de acuerdo al artículo 4 de nuestra Ley General de Sociedades cuando se menciona lo siguiente:

“Artículo 4°.- Pluralidad de socios.-

La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas. Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye en un plazo de seis meses, se disuelve de pleno derecho al término de ese plazo. (...)”

Es así que, del artículo antes citado, podemos analizar que nuestra ley de sociedades no excluye la posibilidad que las empresas puedan ser formadas únicamente por personas naturales, sino que además deja abierta la posibilidad que

las empresas debidamente constituidas puedan constituir las, o incluso de manera mixta entre personas naturales y jurídicas., siendo esta exigencia compatible con el elemento que llamamos preexistencia de la autonomía jurídica para conformar un grupo económico.

Desde esta premisa podemos advertir el primer indicio para decir que los grupos económicos pueden ser considerados como personas jurídicas autónomas y diferentes a las empresas integrantes de la agrupación, ya que cumple con el elemento esencial de la pluralidad de socios; sin embargo, lo que no podemos tomar a la ligera es mencionar que estos grupos deban estar conformados bajo algún tipo societario reconocido en nuestra legislación, ya que, además de lo explicado en el primer capítulo sobre sus incompatibilidades generales, estas agrupaciones son mucho más complejas que una empresa tradicional conformada por personas naturales, por ejemplo estas agrupaciones puede estar conformadas por empresas cuyo tipo societario sean distintos enmarcadas con derechos y obligaciones especiales y que pueden colisionar con el grupo, sin dejar de lado la inclusión de los tres elementos citados y que explicaré más adelante, además de encontrarse de manera permanente el control de la empresa matriz hacia las empresas vinculadas siendo como una exigencia el marco del interés del grupo, entre otras características de los grupos económicos, que los diferencian de otras figuras societarias reguladas.

Como he analizado en el capítulo precedente, la estructura de los tipos societarios reconocido en nuestra legislación se diferencia en comparación de las agrupaciones de empresas, ya que su base de actuación de estas últimas son mucho más complejas y demandan muchos más elementos y estudios para su regulación dentro de nuestra Ley General de Sociedades; sin embargo, desde la perspectiva de su constitución como empresa no difiere en nada, incluso dentro de nuestra normativa se advierte que es posible formar personas jurídicas con otras empresas. El problema de esta situación es que en nuestra ley no se encuentra ningún artículo que tipifique supuestos de hecho de los grupos económicos.

En ese sentido, bajo el supuesto que los grupos económicos sean reconocidos como empresas el artículo en análisis presenta otro supuesto que en definitiva se debe de desarrollar para este fenómeno de grupo, y es en cuanto a la pérdida de la pluralidad de socios del grupo lo cual podría significar, a mi parecer, o bien la disolución de éste o bien podríamos estar frente a una fusión empresarial de la empresa matriz y de la única empresa que quería, este enfoque, es indispensable que se regule para poder tener claro el correcto actuar de un grupo, sin afectar el derecho de terceros o incluso de las mismas empresas integrantes del grupo (incluyendo todo el pasivo y el activo de estos).

Del análisis antes mencionado, debemos de tener en cuenta que el grupo empresarial y cualquier empresa integrante son entes completamente distintos, incluso esta distinción se presenta cuando la empresa matriz es a su vez parte de las empresas integrantes.

El problema del artículo en análisis versa sobre la naturaleza de su tipificación, ya que cuando se reguló societariamente a las empresas no se tenía en cuenta la existencia de los grupos económicos, y su compleja estructura; es así que soy de la idea que se debería de regular, incluyendo los supuestos de hecho que se podrían generar en los grupos económicos de la siguiente manera: “Si la sociedad pierde la pluralidad mínima de socios y ella no se reconstituye o no se llega a un acuerdo de fusión entre la empresa matriz y la empresa única vinculada, en un plazo de seis meses, se disuelve la sociedad o en su caso el grupo económico de pleno derecho al término de ese plazo.” De esta manera se estaría protegiendo el interés del grupo.

Esta posibilidad de fusión, se podría dar cuando el grupo económico está conformado por acuerdo de dos o más empresas, que en su conjunto buscan el control grupal, lo cual en su enfoque más técnico se daría pase a la dirección unificada por acuerdo consolidado, que es una modalidad de agrupación sin que una empresa tenga dominio, o por acciones o por contrato, sobre la o las demás empresas

integrantes llamadas dominadas – ya que en buena cuenta se puede dar la figura que una empresa sea parte y a su vez matriz del grupo.

Como se puede apreciar, con el apogeo del fenómeno societario de los Grupos Económicos, se abren nuevos horizontes al marco jurídico que actualmente se viene estudiando de las empresas que comúnmente conocemos, con lo cual consideramos que uno de las ventajas de regular societariamente este fenómeno empresarial sería establecer los parámetros legales para la constitución de un grupo económico, tipificando el requisito esencial de la preexistencia de las personalidades jurídicas de cada una de las empresas partes; asimismo, se complementaría con los efectos de la direccionalidad unificada en el marco de la autonomía jurídica, ya que sin estos elementos se podría confundir la figura de la agrupación económica con la fusión empresarial, si es que se pierde la condición vértice de una empresa llamada “pluralidad de socios”; dando de esta manera transparencia en el marco económico de nuestro mercado, otorgado seguridad a todas las empresas vinculadas y en general.

Además, desde el marco de la regulación de la pérdida de la pluralidad de socios, mi idea es dar protección adecuada al grupo y sus intereses por los cuales fue constituida dicha agrupación, ya que si dejamos de lado esta situación se perdería la esencia de desarrollo este nuevo ente frente a terceros e incluso a sí mismo, sin contar con la afectación de la imagen de nuestro mercado nacional

3.2.2. La relación de dominio – dependencia

Este segundo elemento, nombrado doctrinariamente de esta manera por el vínculo formal que puede verse reflejado en la adquisición de acciones o por medio de un contrato entre la empresa matriz y las empresas vinculadas hace que este elemento sea esencial para identificar a un grupo económico; sin embargo, no basta con demostrar la conexión que hay entre ellas, sino que su relación de dominio debe de

ser real y no ficticia a través de la dirección ejercida, cuya función radica en el tercer elemento característico del fenómeno de grupo llamado “Dirección Unificada”; al respecto, Lozano menciona lo siguiente:

“(…) esta relación no está referido al simple hecho de que una persona jurídica pueda tener acciones o ser propietaria de alícuotas de capital de cualquier otra, sea ésta en minoría o en mayoría, lo que de por sí la convertiría en una empresa “dominada” o “dependiente”. Esto en la realidad no necesariamente ocurre; debe verificarse que esta relación de dependencia sea una de orden tangencial real y no solo desde un aspecto formal, como podría ocurrir en el primer caso”. (Lozano Hernández, 2006, pág. 150)

Haciendo una comparación del concepto doctrinario citado y nuestra legislación societaria vigente, podríamos decir que este elemento se encuentra de alguna manera reflejado en el Artículo 105 de la Ley General de Sociedades, en el cual se menciona lo siguiente:

“Artículo 105.- Control Indirecto de acciones

Las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho de voto ni se computan para formar quórum. Se entiende por sociedad controlada aquella en la que, directa o indirectamente, la propiedad de más del cincuenta por ciento de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones”

Podemos decir que la segunda premisa del artículo antes citado respalda lo mencionado por Lozano respecto de la situación de control que tiene la empresa matriz; sin embargo, esta no es la única forma empresarial que se adquiere el control de una o varias empresas, ya que como lo he mencionado previamente, la facultad

de control que ejerce una empresa a otra puede estar señalada por acuerdo de partes en un documento, situación que en la actualidad se acepta a nivel mundial. Ésta situación no se prevé en nuestra Ley General de Sociedades ni en ninguna otra ley sobre el fenómeno de grupos que calce a satisfacer el comportamiento societario de estas agrupaciones, pero no podemos ignorar que en este artículo antes citado se menciona a grandes rasgos una estrategia corporativa para tener dominio de otras empresas y con ello constituir un grupo económico, con lo cual incorporar a nuestra legislación este fenómeno de grupo no significaría transformar la idea societaria tradicional que tenemos, sino únicamente evolucionarla para armonizar los avances empresariales en nuestra legislación nacional, como en otros países lo han hecho.

Es así que, Echaiz menciona cinco subelementos que de manera conjunta deben estar presentes para advertir la presencia del dominio dependencia en los grupos económicos los cuales son: (i) dominación; (ii) intensidad; (iii) duración; (iv) control; y (v) dependencia. Hundskopf reúne estos elementos y los define de la siguiente manera “(...) esta relación debe de ser duradera y estar dotada de una particular intensidad que posibilite la imposición de conductas económicas, aun en contra de la voluntad de la empresa controlada.” (Hundskopf Exebio, 1998, pág. 178).

Puntualmente Echaiz desarrolla esta idea de la siguiente manera:

“Esa dominación tendrá que revertir particular intensidad, a efectos de que pueda influir decisivamente en la organización interna de una empresa. Pero, además, deberá extenderse en el tiempo, puesto que una dominación efímera, así sea intensa, no posibilitará incidir efectivamente en la conducción de una empresa al no haberse logrado el control (punto máximo al cual se aspira dentro de esta temática y que es la forma de ejercicio de dominación). La contrapartida obvia del control obtenido es la dependencia de la empresa ahora subordinada.” (Echaiz Moreno, 2010, págs. 174-175)

Recordando el primer elemento explicado desde la perspectiva de nuestra idea de llamarlo preexistencia de la personalidad jurídica, una de las explicaciones de su denominación radica en que con la facultad de control ejercida por la empresa matriz a las empresas vinculadas, significar para estas últimas la pérdida parcial de sus respectivas autonomías jurídicas en cuanto a su actividad empresarial económica, la cual siguiendo lo señalado en los dos párrafos precedentes esta conexión debería ser duradera y fuerte; pero, de ninguna manera esto podría significar la pérdida de las personalidades jurídicas de las empresas integrantes de la agrupación, ya que sin ella no existiría la relación dominio dependencia, incluso ni siquiera podríamos advertir la presencia de una grupo económico.

Sin perjuicio de lo hasta aquí explicado y con harás de continuar con el estudio de los elementos de los grupos económicos, cabe advertir que este segundo elemento se puede confundir mucho con el tercer elemento llamado “Dirección Unificada”, si es que no se analiza a profundidad su funcionalidad frente a la agrupación, ya que de manera escueta viendo sus respectivas definiciones puedes advertir ciertas igualdades que confundirían al lector. Es por ello que debo de resaltar que la relación de dominio dependencia se aboca a determinar la conexión que existe entre la empresa matriz con las demás empresas vinculadas, pudiéndose efectuarse mediante un documento o con cualquier instrumento jurídico reconocido por nuestras leyes vigentes, estrategias que lo explicaré a continuación; y mediante la dirección unificada, se hace reflexión al ejercicio de la facultad de dirección que tiene la empresa matriz sobre las demás empresas vinculadas.

Doctrinariamente la relación de dominio dependencia se puede desarrollar de dos maneras: (i) dominio interna o tácita, en cuyo caso la relación depende de las acciones o participaciones obtenidas de las empresas vinculadas; y (ii) dominio externa o expresa, el cual existe cuando se celebra algún documento que otorgue a una empresa, llamada matriz, la facultad de dirección sobre las empresas vinculadas o en su defecto que este control se ejerza a nivel conjunto entre todos los participantes del grupo, pero en cualquier caso debe de existir la voluntad de las

partes de transferir su autonomía jurídica, tal cual ha sido reconocido en la legislación alemana mediante el llamado “contrato de dominación”.

3.2.2.1. Dominación interna o tácita

Como su nombre lo indica la dominación interna o tácita es la que se desarrolla desde la propia empresa, esto quiere decir que el vínculo que hay entre el grupo económico y las empresas vinculadas se desarrollan a través de las acciones, pudiendo ser también las participaciones, obtenidas, lo cual hace que la empresa matriz tenga poder de decisión sobre cada una de estas, recordando que a través de estos instrumentos jurídicos se le otorga al propietario una parte de la empresa y con ello el derecho de control dependiendo del porcentaje que signifique su participación económica en la empresa; es por dicha razón que considero que si bien doctrinariamente se denomina a este sub-elemento como dominación interna, también es factible llamarlo dominación tácita ya que el vínculo entre el sujeto dominante y la(s) empresa(s) dominada(s) se induce por la cantidad de acciones o participaciones necesarias para su respectivo control empresarial.

Hundskopf desarrolla esta teoría de la siguiente manera:

“Este modelo se basa en el control que se ejerce por y mediante las participaciones societarias (por ejemplo: acciones) que una sociedad posee en otra.

Esta modalidad consiste en un control interno, dado por la posibilidad de disponer de la mayoría en la junta general de accionistas de la sociedad controlada, que resolverá sobre la designación de los órganos de administración y el destino de las utilidades. Esto implica controlar la voluntad social de dicha sociedad.” (Hundskopf Exebio, 2003, pág. 157)

Es decir, el instrumento clave para advertir que estamos bajo un dominio interno es mediante las acciones o participaciones que el sujeto dominante tenga de la empresa dominada, para que de esta manera estratégica la empresa matriz – cabe resaltar que en estos casos la agrupación no asume el control, en la mayoría de casos es solo una empresa quien compra o adquiere acciones o participaciones de las empresas vinculadas – pueda direccionar administrativamente a las demás.

Sin embargo, en algunas casos no solo depende de la cantidad de acciones que tengamos en una empresa para que podamos controlarla, ya que como lo he explicado pueden existir en una empresa diferentes clases de acciones que marcan una radical diferencia entre los mismos socios, pudiendo incluso significar que algunas acciones tenga derecho a voto como otras que no. Para ello es indispensable verificar los estatutos de cada empresa, ya que es ahí en donde se reconocen los derechos que las mismas empresas otorgan por cada acción emitida, tal cual se señala en el artículo 55 inciso 6 de la Ley General de Sociedades al tipificar:

“Artículo 55.- Contenido del estatuto

El estatuto contiene obligatoriamente:

(...) 6.-Cuando corresponda, las clases de acciones en que está dividido el capital, el número de acciones de cada clase, las características, derechos especiales o preferencias que se establezcan a su favor y el régimen de prestaciones accesorias o de obligaciones adicionales.”

Asimismo, haciendo una lectura e interpretación conjunta, en la misma LGS se encuentra tipificado la posibilidad que el peso jurídico que tiene cada acción dependerá de lo acordado mediante el estatuto de cada empresa, tal cual se menciona en el artículo 88, al señalarse lo siguiente:

“Artículo 88.- Clases de acciones:

Pueden existir diversas clases de acciones. La diferencia puede consistir en los derechos que corresponden a sus titulares, en las obligaciones a su cargo o en ambas cosas a la vez. Todas las acciones de una clase gozarán de los mismos derechos y tendrán a su cargo las mismas obligaciones.

La creación de clases de acciones puede darse en el pacto social o por acuerdo de la junta general.

La eliminación de cualquier clase de acciones y la modificación de los derechos u obligaciones de las acciones de cualquier clase se acuerda con los requisitos exigidos para la modificación del estatuto, sin perjuicio de requerirse la aprobación previa por junta especial de los titulares de acciones de la clase que se elimine o cuyos derechos u obligaciones se modifiquen. (...)"

Como podemos analizar, pese a que este fenómeno de grupo no se encuentre previsto en nuestra Ley General de Sociedades, es indispensable verificar su contenido para advertir la presencia de un grupo económico, ya que por ejemplo para identificar el vínculo que existe entre la empresa matriz y las empresas vinculadas y con ello saber si pueden ser controladas por medio de las acciones, es importante verificar los alcances que nuestra misma ley otorga a las empresas en mérito de su autorregulación plasmada en su estatuto pudiendo existir diferentes clases de acciones que le otorguen a un accionista el derecho a voto o no, o incluso otorgarle un peso jurídico diferente dependiendo de la clase de acción que uno sea propietario.

Es así que nuestra ley de sociedades juega un rol muy importante para identificar quien puede ser la empresa matriz y quienes son las empresas vinculadas, lo cual a mi parecer esta situación es vital para la buena constitución de una agrupación así como la correcta actuación de la misma en el mercado, o sobre todo identificar la responsabilidad que se le puede imputar al sujeto o sujetos responsables por los daños ocasionados en mérito de las malas dediciones que se tomen en una agrupación, tal cual lo analizare en el desarrollo del elemento de dirección unifica,

entre otros supuesto que podemos prevenir para no afectar derechos ajenos, si se encontrase tipificado en nuestra ley societaria.

Con lo cual, esta es una de las razones por la cual considero que los grupos económicos deberían de estar reconocidos en la Ley General de Sociedades, ya que su actuación empresarial y su reconocimiento como agrupación de manera indirecta se encuentra reconocido en el mencionado cuerpo jurídico, pero al reconocerlo como una figura independiente a otros tipos societarios tendríamos mayor transparencia y seguridad en su comportamiento societario empresarial de estas agrupaciones de empresas frente al mercado globalizado en el que nos encontramos.

Volviendo al estudio de este segundo elemento, debemos advertir que lo antes explicado refleja la idea general de la dominación interna o tacita ya esta se puede presentarse de dos maneras (i) dominación tacita de derecho; y (ii) dominación tacita de hecho; las cuales advierten una gama de estrategias empresariales que definen a un sujeto como empresa matriz, cuando por ejemplo tiene la mayoría de acciones o una empresa o si en su defecto tuviese las correspondientes clases acciones con suficiente peso jurídico para elegir a los órganos administrativos, o incluso teniendo la minoría de acciones igual ejerce control sobre una empresa, entre otros ejemplos. Sin importar ello, la idea de este sub-elemento es la relación que tiene una empresa sobre otra, para definir su relación como grupo económico

3.2.2.1.1. Dominación interna o tacita de derecho

Echaiz define a este sub-elemento al referirse que “Estamos ante la dominación accionaria o participaciones, dependiendo del modelo empresarial adoptado; es la influencia dominante que se ejerce en razón de la titularidad de la empresa dominada.” (Echaiz Moreno, 2010, págs. 176-177), incluso para graficar su definición, el mismo autor trae como ejemplo el desenvolvimiento de los *holding company* al señalar que “Una antigua definición de *holding company* señala que es la

‘sociedad que se dedica a la adquisición y conservación (...) de participaciones en empresas extrañas con el fin de ejercer una influencia permanente en la dirección de estas empresas.’ (Echaiz Moreno, 2010, pág. 177)

Sin embargo, este es un caso particular desarrollado en conformidad a otro sistema jurídico llamado *common law*, el cual difiere con el nuestro desde la perspectiva legal como en la práctica empresarial ya que este sub-elemento, en nuestra situación no solo se desarrolla por la cantidad de acciones que tiene la empresa dominante o matriz sobre las empresas partes debido a que si las acciones obtenidas no tienen el suficiente peso para ejercer el control, por lo menos, administrativo de las empresas integrantes no va a importar cuantas acciones tenga; incluso esta estrategia societaria no es solo vista en nuestro país, sino también en casi todos aquellos que guardan similitud con el sistema jurídico romano germánico, como por ejemplo Alemania, España, Argentina, entre otros.

Es así que Hundskopf desarrolla esta situación de la siguiente manera “El control interno de derecho consiste en la posición de votos que representen la mayoría absoluta de la totalidad de las acciones emitidas.” (Hundskopf Exebio, 2003, pág. 158) De un modo explicativo Cabanellas desarrolla esta teoría de la siguiente manera:

“Para que el control de derecho efectivamente permita incidir sobre el comportamiento de la sociedad controlada es preciso un término suficiente como para reestructurar la administración de la sociedad y ajustar el funcionamiento de esta a su participación en un grupo empresarial.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 557)

Estas definiciones son muy importantes analizarlas porque, debemos de entender que, no basta con adquirir una gran cantidad de acciones dentro de una empresa para controlar a una o varias empresas y con ello constituir un grupo económicos, ya que estas pueden o no tener el peso jurídico suficiente para llegar a obtener el derecho de dirección – sin contar que pueden existir acciones sin derecho a voto que

son emitidos con un fin íntegramente inversionista mas no de control –, el mismo autor antes citado desarrolla un ejemplo para poder entender mejor esta posición:

“Supóngase, por ejemplo, que un socio A tiene la mayoría de los votos de la clase 1, que elige dos directores, que un socio B tiene la mayoría de la clase 2, que elige un director, y que un socio C tiene a mayoría de la clase 3, que elige también un director. No necesariamente tendrá A, en esta estructura, el control efectivo de la sociedad. Ello dependerá de sus relaciones con B y con C, y de las reglas aplicables al funcionamiento del directorio.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 556)

Lo antes citado es una estrategia empresarial reconocida y aceptada en nuestra legislación societaria, debido a la autorregulación que se permite en las empresas a través de sus respectivos estatutos, es por ello que esta situación es sumamente importante tenerla en cuenta, ya que en nuestro país para verificar la facultad de control que tiene una empresa sobre otra y con ello la constitución de un grupo económico no basta con que una empresa tenga muchas acciones sobre otra, sino que para que exista una agrupación es necesario que la empresa dominante tenga efectivamente el control y los derechos de voto para poder direccionar a las empresas vinculadas, ya que sin esta función reconocida fehacientemente se podría prestar para crear ficciones legales que perjudiquen a terceros o incluso a la misma agrupación.

Con lo cual, como podemos darnos cuenta, una razón de la denominación de este elemento como dominio interno o tácito de derecho es porque la misma regulación interna de la empresa, a través de su estatuto, otorga esta facultad de control a los accionistas dependiendo de cuál sea la clase de acciones que uno sea propietario, sin contar la cantidad de acciones que uno posea en una empresa, con lo cual una de las maneras de constituir un grupo económico es a través de la verificación previa de los estatutos de una empresa para determinar si existe un control fehaciente y con ello identificar a la empresa matriz dominante; situación que sería importante tenerla

en cuenta para regular a los grupos económicos y a las empresas que se encuentran vinculadas.

Por otro lado, existe otra razón de su denominación de este elemento, y esta recae a atreves de lo reconocido por nuestra Ley General de Sociedades respecto de las acciones con y sin derecho a voto, siendo únicamente aceptada la idea que a través de las acciones con derecho a voto se pueda controlar una empresa y con ello la constituir de hecho de un grupo económico; al respecto, Daniel Echaiz menciona que:

“Cabe acotar que, como quiera que la legislación societaria vigente regula las acciones con derecho a voto o sin derecho a él, debe entenderse que, al referirnos a los diversos supuestos de la dominación interna de derecho, estamos aludiendo a las primeras.” (Echaiz Moreno, 2010, pág. 180)

Otra razón de su denominación es porque en nuestra misma legislación societaria existe una forma indirecta de poseer el dominio tácito de derecho en otra empresa y con ello constituir un grupo económico de hecho y es mediante la figura de la escisión. Castellanos hace mención de cómo se desenvuelve la escisión y con ello proyectarse a adquirir el control de una empresa cuando hace mención a lo siguiente:

“(…) esta es una forma de adquirir empresas, ya que al desmembrar una empresa en bloques patrimoniales, los activos y pasivos que son negociados, son incorporados a la empresa absorbente. Ahora, debemos tener en cuenta que esta figura jurídica, nos permite incorporar solo activos o solo pasivos a la empresa absorbente, lo cual hace muy sencilla la compra de activos sin asumir los pasivos de la empresa y, por tanto, sin asumir los riesgos propios de las cargas sociales, tributarias y legales pendientes. Esta modalidad de adquisición de empresas, es muy usada en el ámbito empresarial, ya que sirve para vender unidades de negocios,

inutilizadas o con gran proyección pero que economía de escalas no son lo suficientemente productivas. Por esta razón, la empresa adquiriente en un giro estratégico decide adquirir esta unidad de negocio, para desarrollar sus actividades productivas.” (Castellanos Fernandez, 2014, págs. 16-17)

Con lo cual nos podemos dar cuenta que si bien una empresa divide su patrimonio y lo reparte a otras empresas, ello no quiere decir que esta primera pierde su personalidad jurídica, sino que lo hace para que otro asuma su control con la finalidad de su reestructuración y mantenimiento en el mercado; siendo de esta manera compatible con lo reconocido en el artículo 4 de nuestra ley de sociedades respecto de la pluralidad de socios para la constituir una empresa, incluso si entramos en una análisis escueto sobre el tema nos daríamos cuenta que estamos frente a una agrupación de empresas ya que es una empresa quien direcciona el negocio de dos personas jurídicas con personalidad jurídicas distintas.

Del análisis antes citado, podemos deducir que una de las formas de constitución indirecta de un grupo económico es mediante la escisión; sin embargo, como analizaré más adelante, hay algunas características que debemos de observar que diferencian esta estrategia empresarial con los grupos económicos, tal cual se encuentra tipificado en nuestra ley de sociedades; siendo esta estrategia un medio para constituirla mas no la figura de los grupos económicos.

Es así que debemos de tener claro que el marco de ejercicio de este dominio es porque nuestra misma regulación permite el control de una empresa a través de las acciones o alguna otra figura societaria y/o porque el mismo estatuto de una empresa lo determina así mediante: (i) la obtención de la mayoría de acciones; (ii) la adquisición de una determinada clase de acciones; entre otras situaciones que deben estar previstas de manera escrita para reconocer el control fehaciente que ejercer una empresa sobre otra mediante los instrumentos societarios mencionados.

Como vemos una vez más, la aplicación de la Ley General de Sociedades a los grupos económicos, es totalmente compatible e indispensable para el buen funcionamiento del fenómeno de grupos que estamos avocando estudiar. Su reconocimiento en la legislación societaria facilitaría su libre actuar en el mercado y con ello su participación para el crecimiento del país, salvaguardando derechos y obligaciones de la agrupación y ello otorgar seguridad jurídica para que agentes ajenos a la agrupación, e incluso a las mismas empresas vinculadas, puedan trabajar con este fenómeno de grupo con tranquilidad.

3.2.2.1.2. Dominación interna o tacita de hecho

La dominación interna de hecho, al igual que la de derecho, se presenta en el ejercicio de los derechos que tiene una empresa sobre sus acciones adquiridas u otras participaciones societarias en otra, pero a diferencia de esta segunda la dominación de hecho no alcanza a tener la magnitud suficiente de acciones para que una empresa tenga la mayoría de acciones sobre otra y con ello de forma individual pueda escoger al órgano de administrativo y/o tomar decisiones de la empresa dependiente, incluso en esta clase de dominación se presenta en conjunto con el fenómeno del ausentismo, recordando que este opera en atención a la ausencia de la mayoría de accionistas con derecho a voto, volviendo a los accionistas minoritarios con derecho a voto los responsables de tomar las decisiones y/o en la elección de los órganos administrativos, constituyendo de esta manera un grupo económico de hecho.

Sobre el particular, Cabanellas desarrolla esta idea de la siguiente manera:

“Mediante la figura del control interno de hecho, (...) el control efectivo sobre una sociedad puede alcanzarse aun sin tener la mayoría del capital de tal sociedad, si se cuenta con participaciones suficientes como para predominar sistemáticamente en los órganos de gobierno de tal sociedad.

La hipótesis típica de control interno de hecho es aquella de una sociedad cuyo capital se encuentre fragmentado entre un elevado número de socios – particularmente adquirentes de acciones en mercados sujetos al régimen de oferta pública – de manera tal que con un porcentaje inferior a la mayoría del capital es posible predominar en las asambleas debido a la ausencia, pasividad, ignorancia o desinterés de la masa de accionistas dispersos.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 559)

Incluso Hundskopf señala en síntesis que “El control interno de hecho significa poseer la mayoría absoluta de los votos de las acciones que usualmente concurren a las juntas generales de accionistas, atendiendo al ausentismo común en los grandes grupos.” (Hundskopf Exebio, 2003, pág. 158)

En el marco de nuestra Ley General de Sociedades vigente podemos analizar que una de las formas que surja el control mediante esta modalidad de dominación es si estamos frente a una junta general de accionistas cuyo acuerdo se necesita solo un quórum simple, ya que es aquí en donde en la segunda convocatoria se requiere cualquier cantidad de número de acciones suscritas con derecho a voto, tal cual se encuentra reconocida en el párrafo dos del Artículo 125 de la mencionada ley societaria.

Es preciso señalar que no podríamos estar frente a decisiones que sean tomadas obligatoriamente con un quorum calificado, ya que en este sentido estaríamos frente a una dominación interna de derecho ya que nuestra misma ley de sociedades en su artículo 126 se encuentra tipificado que basta la concurrencia de al menos tres quintas partes de las acciones suscritas con derecho a voto, volviendo de esta manera el accionista sujeto a derecho para tomar decisiones en la empresa; a diferencia de la situación de una dominación interna de hecho, ya que esta se presenta no por derecho integro que tiene por sí solo un accionista de tomar decisiones o seleccionar al órgano administrativo, sino por la ausencia de la mayoría

de accionistas que lo vuelve a este sujeto minoritario sujeto de derecho para que por su cuenta pueda tomar estas decisiones.

En ese sentido, podemos advertir una de las maneras estratégicas que puede adoptar un accionista minoritario para tener el control de una empresa, en atención a la presencia de decisiones que se toman con tan solo un quorum simple, al escoger a los órganos administrativos de cada empresa vinculada a una agrupación – recordando cuales son las facultades y el poder de decisión que tiene los directores y la gerencia – tal cual se encuentra reconocido en nuestra Ley General de sociedades, situación que también es denominada por varios juristas como “Dominación Administrativa”; al respecto, Echaiz señala que “En cuanto a la dominación administrativa, esta se refiere a aquella que reposa en manos de los órganos encargados de la administración de la empresa, esto es, directores, gerentes y demás ejecutivos.” (Echaiz Moreno, 2010, pág. 181)

Es así que Cabanellas desarrolla esta clase de dominación al mencionar que:

“(…) el eje de la aplicación de ese concepto debe consistir en la determinación del control que por vía – es este caso – de las participaciones societarias se ejerza sobre la administración de la sociedades. De allí que la investigación deba orientarse a las asambleas o reuniones de socios en las que se procesa a la elección de los integrantes del órgano de administración (…)” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 560)

Respaldando su idea, el mismo autor señala que:

“(…) debe tenerse en cuenta que el control se ejercer y se determina a través del órgano de administración, por lo que la simple prevalencia en una asamblea no será suficiente para constituir el control interno de hecho si no se traduce en ciertos efectos sobre la administración de la sociedad, y

normalmente tales efectos tendrán lugar si la prevalencia en las asambleas se prolonga a través de varias de ellas” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 564)

Teniendo en cuenta que, para la designación de los órganos administrativos de cada empresa en nuestro país, únicamente se necesita un quórum simple, tal cual podemos analizar desde una interpretación progresiva de los artículos 115 y 126 de nuestra Ley General de Sociedades, esto hace que pese a no tener la mayoría de acciones en una empresa que tiene un vasto número de accionistas, una persona jurídica pueda tener la facultad de designar al órgano administrativo de otra empresa, esto podría ocurrir cuando la mayoría de accionistas no participan de la junta general.

Como vemos nuevamente, pese a que los grupos económicos no se encuentran regulados en nuestra Ley General de Sociedades, la actuación de este fenómeno de grupo se encuentra vinculada a lo ya tipificado en nuestro ordenamiento; pero hasta el momento esta visión solo se encuentra en doctrina.

Otra manera que incluso Echaiz menciona para conformar un grupo económico mediante esta modelo de dominación es cuando las empresas vinculadas de una agrupación de empresas cuentan con el mismo órgano administrativo sea este el directorio o la gerencia; al respecto, el autor en mención señala que “Cabe otra manifestación de la dominación administrativa que no está necesariamente ligada a las denominadas sociedades de accionariado difundido, y que se presenta cuando los órganos encargados de la administración son comunes a dos o más empresas.” (Echaiz Moreno, 2010, pág. 182)

En nuestro país, existen varios ejemplos de esta forma de manifestación de estos fenómenos de grupos, como por ejemplo el grupo económico familiar llamado SamCorp en el cual se encuentra vinculadas las empresas: Golden Gaming, Golden Investment, Newport Capital, entre otras. Si bien cada empresa tiene diferentes

gerentes generales, estas guardan una clara similitud en la composición de sus directores e incluso de sus accionistas, ya que las personas que participan dentro de estos órganos jurídicos son las mismas que participan entre ellas; que pese a que se encuentra reconocido y aceptado en las prácticas empresariales, legalmente aún no hay alguna forma societaria que pueda definir sus funciones, derecho y/u obligaciones que tendría la agrupación de empresas como las empresas vinculadas.

Como podemos darnos cuenta, las dominaciones internas de derecho y de hecho, son ejercidas a través de la facultad que tiene cada titular de derecho sobre las acciones adquiridas de otra empresa, que a su vez se presta para la incorporación de otras figuras jurídicas estratégicas para su actuar, es así que Cabanellas desarrolla lo siguiente:

“En consecuencia, los derechos sobre acciones y participaciones susceptibles de ser tenidos en cuenta para determinar la existencia de control interno de hecho pueden ser derechos plenos de socio o bien derechos de copropiedad sobre las acciones o participaciones, usufructo, prenda, fideicomiso y cualquiera otros que permitan incidir sobre la conformación del órgano de administración de la sociedad. Lo esencial, en todos estos casos, es que el hipotético controlante pueda incidir sobre la forma en que se constituye el órgano de administración de la sociedad, y de tal forma tener una influencia dominante sobre ésta.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 561)

En resumen la dominación interna se ejerce utilizando las acciones y/o participaciones que tienen los socios en una empresa, pudiendo ejercerse en la elección de los órganos administrativos, o en la toma de decisiones para cada empresa vinculada de un grupo teniendo o no la mayoría de votos o si se tiene la posición mayoritaria en la junta general de accionista, estas estrategias se encuentran reconocidas en nuestra Ley General de Sociedades, sin embargo en ella

no se señala en ningún artículo alguna posición que otorgue como base la situación de los grupos económicos.

De esta manera, mi posición de tipificar a los grupos económicos en nuestra ley societaria se va fortaleciendo ya que mi ideal de regularlo es diseñar un estudio sistemático de este fenómeno de grupo para cuando sea el momento de plasmarlo en nuestra ley podamos tener claro cuando estamos frente a un grupo económico y con ello delimitar sus derechos y/u obligaciones con la finalidad de volver más transparente el mercado de nuestro país y salvaguardar derechos de terceros e incluso de la misma agrupación; los grupos económicos son estrategias empresariales aceptadas a nivel mundial, incluyéndonos, pero su presencia es muy variada que si no se reconoce como tal, ésta puede prestarse a ficciones legales que afecten derechos de trabajadores, de las mismas empresas vinculadas, entre otros sujetos susceptibles de estar conectadas con este fenómeno de grupo.

3.2.2.2. Dominación externa o expresa

A diferencia del control interno, la dominación externa no se desarrolla en base a las acciones obtenidas en otra empresa, ni en la selección del órgano administrativo de cada empresa vinculada, ni alguna otra estrategia empresarial utilizando las acciones o participaciones. Esta clase de dominación tiene su base en la manifestación de la voluntad de las partes para que una empresa se encargue administrativamente de otra, siendo esta función ejercida por la empresa dominante de manera directa o indirecta de acuerdo a lo pactado sin dejar de lado los intereses y la causa del convenio que celebren las empresas vinculadas.

En nuestro continente, esta situación está ampliamente desarrollada en la legislación Argentina, en donde en su Ley de Sociedades Comerciales, se encuentra tipificado la diferencia entre la dominación externa e interna cuando por separado se encuentra

regulado las formas de verificar cuando estamos frente a sociedades controladas, tal cual se encuentra reconocido en su artículo 33:

"Artículo 33. – Sociedades controladas.

Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

- 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;
- 2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades"

Como podemos darnos cuenta del artículo antes citado, la regulación Argentina orienta la base legal de los grupos económicos de acuerdo al dominio que ejerce una empresa a otra pudiendo ser: (i) interna, de acuerdo al inciso uno y parte del inciso dos; o (ii) externo cuando se hace mención a "especiales vínculos existentes" entre las sociedades intervinientes, de aquí que podemos encontrar una expresión vaga y extensa de obligaciones que pueden generarse entre empresas que celebren un contrato con finalidad de que una o varias empresas se sometan al control y/o dirección de otra empresa llamada "empresa dominante" o "matriz".

Es por dicha razón que de manera general algunos autores desarrollan esta idea en el marco del modelo contractual, por ejemplo Hundskopf desarrolla lo siguiente:

"Este modelo de grupo se origina en relaciones contractuales, mediante las cuales una empresa tiene el poder de mando sobre otra y otras y le impone sus directrices.

(...)

A este punto se configura un control llamado externo, ya que no acude a los mecanismos de poder internos de la controlada. Este contrato desplaza

la competencia de los órganos de administración y gobierno de la empresa controlada, que solo existen formalmente.” (Hundskopf Exebio, 2003)

Asimismo, Echaiz desarrolla esta idea de la siguiente manera:

“La génesis de la dominación externa es eminentemente contractual, y, según nos los da a entender Rodrigo Uría, conlleva a una unión no tan firme, porque el instrumento técnico del contrato siempre puede ‘romperse’ unilateralmente, sin perjuicio de la indemnización por los daños irrogados. Aquí, como en la dominación interna, caben dos vertientes: de derecho y de hecho.” (Echaiz Moreno, 2010, págs. 182-183)

En otras palabras y siguiendo el análisis de los autores antes citados puedo afirmar que la dominación externa se presenta cuando el ejercicio de dirección de una empresa llamada dominante hacia las empresas dominadas se encuentre señalado en algún documento que los vincule, siendo de esta manera indispensable algún medio de prueba que demuestre esta situación de dependencia; claro está que este control debe ser ejercicio en amparo de los intereses de cada empresa vinculada así como respetando el giro empresarial de cada una de ellas.

Es así que advierto ciertas diferencias sustanciales entre la dominación interna y externa, como por ejemplo:

- En la mayoría de casos la dominación externa resulta ser consecuencia de un contrato celebrado entre empresas en donde una de ellas direcciona admirativamente a las demás, a diferencia de la dominación interna que no se necesita un documento en donde se manifieste la voluntad de las partes, ya que el control se ejerce por tan solo el hecho de que uno es accionista con derecho a voto de alguna empresa vinculada;

- La materialización de la dominación externa se desarrolla en base a la manifestación de voluntades de las partes intervinientes de algún documento, siendo de esta manera fácil la determinación del interés del grupo y/o de cada empresa suscribiente, a diferencia de la dominación interna que el interés grupal se induce de las actividades empresariales que ejerce cada empresa, mas no porque exista algún documento que avale esta posición.
- La dominación externa, como su propio nombre lo indica, no es gira en torno al interior de la empresa seleccionando al órgano administrativo, ya que en esta modalidad la dirección se ejerce de manera directa sin importar la situación de estos órganos, primando la propia voluntad de la empresa dominada para ser direccionada por una empresa denominada dominantes;
- Entre otros ejemplos que desarrollaré más adelante.

Sin embargo, para algunos autores consideran que no siempre esta dominación externa se ejerce mediante la celebración de un contrato o documento tal como se ocurre en otros países, incluso hacen una análisis respecto lo previsto por el Artículo 33 de Ley Argentina cuando hacen mención a “especiales vínculos”; al respecto, Cabanellas citando Otaegui menciona este tema de la siguiente manera:

“Otaegui distingue entre el control externo de hecho contractual y no contractual. El primero es el que deriva indirectamente de contratos que, aunque no tienen por objeto atribuir a la controlante la administración o dirección de la controlada, tienen tal efecto que su ‘cese pone en peligro la existencia de la controlada’, como sucede, por ejemplo, en contratos de suministro y concesión. El control externo no contractual es el que resulta de relaciones distintas de contratos entre controlante y controlada, como pueden ser ciertas cláusulas estatutarias y determinadas relaciones personales, tal como el entrecruzamiento de administraciones.”
(Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 567)

Sin embargo, no comparto la idea de clasificar a este subelemento como contractual y no contractual, ya que su comportamiento versa desde el surgimiento de un documento en donde las partes de manera principal o secundaria manifiestan su voluntad de transferir a una persona jurídica distinta la facultad de dirección o gestión empresarial; en este orden de ideas el mismo autor Cabanellas señala lo siguiente:

“(…) el control externo siempre tiene, directa o indirectamente, un origen contractual, por lo que no seguiremos la distinción entre control externo de hecho contractual y no contractual. Si entendemos, no obstante, que debe formularse una distinción entre el control externo que surge de contratos específicamente dirigidos a configurar tal control – utilicen o no nombres que denoten tal intención – y el control externo que surge de contratos con otros fines inmediatos, pero que indirectamente tienen el efecto de crear relaciones de control, tales como contratos de distribución, contratos de licencia, etcétera.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 568)

Cada uno de estas sub-modalidades los analizaré a continuación; pero como idea general al elemento de dominación externa podemos decir que por la práctica empresarial e incluso por los instrumentos jurídicos existentes, el concepto que se amoldaría más al manejo de este elemento es el que mencionamos en las primeras líneas de este sub capítulo; asimismo, considero que esta parte de la investigación es uno de los vértices principales para regular a los grupos económicos en el ámbito del derecho societario siendo la base de mi sustento las diferentes clases de dominación externas:

3.2.2.2.1. Dominación externa o expresa de derecho

El control externo de derecho se presenta cuando existe de por medio un documento, en el cual expresamente una empresa manifiesta su voluntad para que

otra empresa tenga la facultad de dirigir su actividad societaria por la cual fue constituida; si analizamos el enfoque jurídico en otros países sobre este elemento, puedo decir que se encuentra claramente desarrollada en la legislación alemana con el documento llamada “Contrato de Dominación”, el cual se encuentra reconocido como uno de los instrumentos claves para la constitución de un grupo económico, punto que analizaré cuando desarrolle el estudio comparado de los grupos económicos en el mencionado país.

Sin perjuicio de lo antes indicado, analizaré en esta parte de mi investigación las ideas generales de este elemento con la finalidad de sentar bien cuáles son las formas de constitución de los grupos económicos y ver si es viable adoptarlo en nuestra LGS. En ese orden de ideas es importante tener en cuenta la definición que doctrinariamente se acepta respecto de este sub-elemento; al respecto, Echaiz menciona que “La dominación externa de derecho surge de la celebración de un contrato cuya finalidad principal, intrínseca o, ex profeso, es la dominación y, por consiguiente, en el derecho comparado se le conoce como “contrato de dominación”. (Echaiz Moreno, 2010, pág. 183)

De esta misma manera Ortaegui señala que “Hay grupo contractual de derecho cuando entre las sociedades integrantes se ha celebrado un contrato cuya causa-fin (...) es la constitución del grupo”. (Ortaegui, 1984, pág. 37)

A grandes rasgos podemos decir que en nuestro ordenamiento jurídico no existe ningún impedimento para que dos o más empresas celebren esta clase de contratos, incluso si nos remontamos al ámbito civil sobre temas contractuales, podemos darnos cuenta que siguiendo las bases de la libre contratación y la aceptación de la formación y ejecución de contratos atípicos, sería totalmente legal y compatible con nuestro ordenamiento jurídico y nuestro mercado la existencia de los “contratos de dominación” en nuestro país.

Es así que, por un lado tenemos la libre contratación reconocida en el artículo 1354 del Código Civil en el cual se encuentra regulado que “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contraria a norma legal de carácter imperativo”. Desde este primer análisis podemos darnos cuenta que celebrar un contrato de dominación en nuestro país con sus respectivas cláusulas de administración que tendría una empresa sobre otra y sin afectar el interés de cada empresa parte, sería completamente legal ya que la manifestación de las partes estarían declaradas.

Y, por otro lado, respaldando este argumento podemos encontrar que en el Artículo 1356 del mencionado Código, se encuentra reconocida la primacía de la voluntad de las partes para celebrar y ejecutar un contrato, al tipificarse que “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

Podemos analizar entonces que, de primera vista, celebrar un contrato de esta naturaleza, similar al que se encuentra regulada en la regulación societaria Alemana, sería completamente legal en base a nuestra legislación civil; sin embargo, la propia naturaleza de este contrato resulta ser mucho más compleja que aquellas amparadas y surgidas en base a normas civiles, ya que este contrato involucra la actividad societaria de las empresas vinculadas de un grupo económico, pudiendo incluso modificar su estatuto o su misma organización o afectar derechos de terceros que se encuentren involucradas con las empresas partes o el mismo grupo.

Al respecto, Orteagui, haciendo un análisis respecto del ejercicio de la facultad de dirección que tiene la empresa matriz, señala lo siguiente:

“(…) como la atribución de la dirección a la sociedad dominante o controlante implica una alteración de las funciones de los órganos de las sociedades controladas, la constitución de un grupo de derecho (...) supone la mutación del ordenamiento estatutario de las sociedades

controladas y, dado que estos ordenamientos son de origen legal, la concertación del grupo de derecho debe estar administrada por ley.” (Oteagui, 1984, pág. 37)

Si bien debemos de recordar que en nuestra legislación societaria en su artículo 126 se reconoce que para la modificación del estatuto es necesaria la concurrencia y aceptación de por lo menos dos tercios del total de accionistas, es también cierto que en ninguna parte de la ley se tipifica los cuidados que se deberían de asumir si en caso existe un contrato de dominación o si por derecho una empresa asume el control general de otra, nuestra ley de sociedades no prevé las complejidades que la conformación de un grupo económico podría alcanzar.

Esta es una de las grandes dificultades que podemos observar para aceptar la implementación del contrato de dominación como un instrumento jurídico válido para la constitución de un grupo económico; es por esta razón que, en algunos países se encuentra regulado en sus respectivas legislaciones societarias este instrumento tipificando desde el procedimiento para su constitución, su registro como agrupación, su comportamiento frente a las demás empresas, los derechos obligaciones y las responsabilidades que deberían asumir cada empresa vinculada, la empresa matriz e incluso el mismo grupo económico.

Incluso si reconocemos a este contrato de dominación en el ámbito de nuestra legislación societaria, a mi parecer, podría presentarse algunos problemas en cuanto a su desarrollo empresarial entre la actividad misma del contrato como la naturaleza y consecuencias que surgen de la constitución de un grupo económico.

El problema de esta perspectiva, podría comenzar desde la confusión de esta clase de contratos con los llamados “Contratos Asociativos”, los cuales se encuentran reconocidos en nuestra ley de sociedades en el artículo 438 en adelante; el conflicto radicaría en la similitud de sus definiciones y su finalidad que actualmente se encuentra reconocido, pudiendo decir que estamos frente a otro contrato atípico

dentro de los ya existentes. Sin embargo esto no es así, ya que como lo analizaré a continuación su estructura general, así como de otros contratos asociativos existentes, son muy distintos a aquellos contratos que tienen como fin constituir un grupo económico, estudio que respalda mi posición de regular a este fenómeno de grupo de una manera especial a otras figuras societarias que actualmente se encuentran reconocidas.

A. Contratos asociativos

Para poder analizar lo antes mencionado es preciso tener en cuenta lo tipificado por nuestra Ley General de Sociedades respecto de los contratos celebrados por empresas, denominado “Contratos Asociativos”, reconocido en el Libro Quinto desde los artículos 438 en adelante, en el cual se encuentra tipificado la definición de estos instrumentos jurídicos, aceptado a nivel doctrinario, legal y en la práctica societaria:

“Artículo 438.- Alcances:

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeta a inscripción en el Registro”.

Nuestra Ley es sumamente clara respecto de su definición y alcances que tienen estos instrumentos; sin embargo, dentro de lo citado hay algunas ideas que se deben de analizar para poder completar su evaluación e impacto dentro del mercado y con ello compararlo con el fenómeno de grupos y/o con el contrato de dominación advirtiendo ciertas incompatibilidades.

Al respecto, Elías Laroza hace un comentario respecto de estos contratos asociativos, en el ámbito de su clase como figura empresarial así como su

comportamiento societario frente a los demás contratos existentes, de naturaleza civil o entre otras, al mencionar lo siguiente:

“El contrato tiene un carácter eminentemente instrumental, ya que es un medio para regular y ordenar las relaciones jurídicas que desean establecer las partes contratantes. No es, en tal virtud, un fin en sí mismo, sino el instrumento necesario para crear, regular, modificar o extinguir obligaciones patrimoniales. Ahora bien, las partes en un contrato pueden tener una multiplicidad de intereses patrimoniales, por lo cual los contratos presentan igualmente una gran variedad de funciones de carácter económico. Por ello, es necesario analizar lo que la doctrina señala sobre las distintas clasificaciones de los contratos, de acuerdo a sus diferentes funciones en la vida económica de las personas naturales y jurídicas.”
(Elias Laroza, 2015, pág. 694)

Desde esta misma perspectiva De la Puente y Lavalle, hace una precisión respecto de la utilidad de los contratos asociativos en comparación de otros:

“(…) tan es así que algunos autores los clasifican entre los contratos de colaboración, tienen los contratos asociativos, cuya característica es que los contratantes persiguen un fin común, como ocurre en los contratos de sociedad, de asociación, de sindicación de acciones, de asociación en participación. Pienso que la diferencia entre unos y los otros radica en que en los primeros uno de los contratantes es el que persigue el fin y el otro ayuda a obtener el fin querido por el primero, mientras que en los contratos asociativos el interés de los contratantes de alcanzar la finalidad común es principal para todos ellos” (De la Puente y Lavalle, 1991, pág. 246)

Con lo cual resultar suficientemente clara cuales son las características de los contratos asociativos para poder diferenciarlo de otras figuras societarias, siendo

para mis intereses académicos analizarlos conjuntamente con algunas cualidades de los grupos económicos:

CONTRATOS ASOCIATIVOS (Elias Laroza, 2015, pág. 702)	GRUPOS ECONÓMICOS (“Contrato de dominación”)
<ol style="list-style-type: none"> 1. Tienen un fin común, de carácter principal. 2. No dan lugar a la formación de una persona jurídica; por ende, no tiene denominación o razón social. 3. Su objeto es la participación o integración en negocios o empresas determinadas. 4. Dan lugar, en nuestra Ley, a dos contratos, nominados y típicos, que son el de asociación en participaciones y el de consorcio. – sin embargo, en la Ley no se prohíbe la posibilidad de que exista contratos atípicos de esta naturaleza. 5. La Ley regula estos contratos en forma amplia, dejando un campo muy extenso a la autonomía de la voluntad privada. 6. La única formalidad exigible a los contratos asociativos es que consten por escrito. No es necesaria la escritura pública ni la inscripción en el registro 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tienen un fin común, de carácter principal; sin embargo, para la constitución de un grupo económico no siempre se presenta de manera específica la voluntad de las partes para que una sea controlada por otra. Situación llamada “Dominación Externa de Hecho”. 2. En la práctica los grupos económicos realizan actividades como empresas individuales e independientes a las empresas vinculadas, mas no como un convenio entre las empresas vinculadas. Siendo para mi perspectiva un aviso de que existe una persona jurídica distinta a las empresas conformantes; incluso las agrupaciones de empresas que existen cuenta con un denominación, por ejemplo: Grupo Romero; Grupo Telefónica; entre otros ejemplo. 3. Su objeto es la participación o integración en negocios o empresas

	<p>determinadas.</p> <ol style="list-style-type: none">4. Los contratos de dominación pueden ser plasmados como una forma contractual atípica; sin embargo como he desarrollado en el primer punto, no siempre se constituyen grupos económicos con un documento que de manera principal se señale esta intención, sino que puede darse la situación que de un contrato distinto se logre alcanzar la predominancia del dominio de una empresa a otra.5. No siempre la constitución de un grupo económico se da con la manifestación de voluntades de las empresas vinculadas, ya que se constitución puede darse mediante las acciones tomadas a través de las acciones – dominación interna.6. Debería de registrarse y hacerse pública la situación de las empresas vinculadas a un grupo económico, con la finalidad que sean transparentes frente a terceros y den la suficiente seguridad jurídica para poder insertarse en el mercado, tal cual se encuentra desarrollado en la legislación alemana en su artículo 294 en el cual se tipifica la obligatoriedad de que este tipo de
--	--

	contratos de dominación se encuentren registrados en el Registro de Comercio respectivo.
--	--

Definitivamente si encerramos la posibilidad que únicamente un grupo económico se constituya mediante un documento llamado “Contrato de Dominación”, podríamos cometer el error de ignorar otras figuras que pueden prestarse para constituir estas agrupaciones, ya que en la práctica empresarial de hoy en día, su forma societaria se da por medio de las acciones (sea minoritario o mayorista la posición del accionista en una empresa), o por otros instrumentos jurídicos que otorguen la facultad de dirección a una empresa sobre otra, tal cual lo he desarrolla y como lo seguiré haciendo en el presente capítulo.

Por otro lado, respecto de la formalidad que debería de tener esta clase de documentos para la constitución de un grupo económico, a mi parecer resultaría indispensable registrarlo y hacerse público su conformación, organización; ya que su comportamiento podría afectar a terceros. Con lo cual, de esta manera se daría mayor transparencia y seguridad en el mercado, previniendo los problemas que se presentaron cuando se efectuaron las concentraciones empresariales u otras figuras que hacen trabajosa la imputabilidad de responsabilidad.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, recordemos que no siempre los grupos económicos se constituyen por un contrato explícito o implícito que defina la voluntad de las partes de conformarla, sino que también puede darse de hecho si es que advierte en la practica la situación de subordinación de una empresa a otra. Siendo su fin constituir una persona jurídica distinta y no únicamente quedarse con un vínculo contractual.

Desde este análisis, a mi parecer, no podría reflejarse la figura de los grupos económicos, ni tampoco los contratos de dominación, bajo la perspectiva de los contratos asociativos que hoy en día manejamos, ya que su dimensión empresarial

es sumamente compleja a diferencia del contrato de consorcio o de manera general a otros contratos de esta naturaleza. Ya que, recordemos que la constitución de un grupo económicos también podría involucrar la modificación estatutario u organización de las empresas vinculadas, situación que no se permite en algunos contratos asociativos.

Además, resulta ser incompatible con el fin de este fenómeno de grupo, ya que su dirección desemboca a la constitución de una entidad distinta a las vinculadas, visión que no se comparte con los contratos asociativos. Con lo cual su reconocimiento societario debería de darse de manera independiente y especial, como manera de evolucionar nuestra visión de contrato asociativo o incluso de empresa regulada en nuestra Ley General de Sociedades.

Entre estas situaciones podremos encontrar varias otras que colisionan con el comportamiento societario de los grupos económicos en comparación a los contratos asociativos que tradicionalmente se encuentran previstos en nuestra normativa societaria; sin embargo, para poder tener un mejor panorama al respecto desarrollare algunos contratos asociativos para que de esta manera pueda descartar la posibilidad de acoplar a los grupos económicos o el contrato de dominación a esta clase de documentos que se encuentran previstos en nuestra Ley General de Sociedades y/o que se aceptan en la práctica empresarial.

a. Contrato de consorcio

Los contratos de consorcio, en principio, tienen como base las características desarrollas de los contratos asociativos, ya que son parte de esta gama de instrumentos jurídicos; sin embargo, estos tienen ciertas particularidades que lo diferencian de lo general, con lo cual para nuestro análisis comparativo frente a los grupos económicos es indispensable tener claro cuál es su definición y características desarrolladas en nuestra Ley General de Sociedades.

Respecto a su definición, nuestra Ley societaria desarrolla un concepto suficientemente claro para poder advertir cuando estamos frente a una alianza empresarial bajo esta modalidad, al tipificarse en su artículo 445 lo siguiente:

“Artículo 445.- Contrato de Consorcio

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.”

De este artículo nos podemos dar cuenta que una de las características que presenta este contrato es que las personas contratantes mantiene su autonomía para efectuar cualquier tarea que haga posible el cumplimiento de la meta grupal de los asociados; situación que no comparte con algunas organización de grupos económicos, ya que recordemos que su funcionalidad radica en la preexistencia de la personalidad jurídica, mas no de su autonomía ya que las empresas vinculadas en algunos casos se encuentra sometida a las direcciones de la empresa matriz o de la misma agrupación, pudiendo variar su estructura y/o comportamiento societario.

Asimismo, como se desprende de una interpretación simple del artículo antes citado, el contrato de consorcio está sujeta a plazo determinado o determinable, dependiendo del motivo de alianza que tiene las personas vinculadas, ya que la finalidad de este contrato es alcanzar una meta establecida – dicho plazo podría estar pactado o se podría deducir de las labores efectuadas y/o ejecutadas; a diferencia de los grupos económicos, que su fin tiene la misma naturaleza que la de

cualquier sociedad, ya que su constitución es para brindar mayor apoyo empresarial entre las empresas vinculadas.

Por otro lado, respecto de su relación con terceros y responsabilidad nuestra ley societaria lo tipifica de la siguiente manera:

Artículo 447.- Relación con terceros y responsabilidades

Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular.

Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.”

La normativa es clara al desarrollar que las personas vinculadas a un contrato de consorcio tiene responsabilidad limitada e independiente entre ellas, dejando a discrecionalidad de las partes firmantes su responsabilidad solidaria; sin embargo, esta figura no se comporte con los grupos económicos, ya que su responsabilidad se encuentra conectado por el ejercicio de la dirección unificada que ejerce la empresa matriz o el grupo en general a las demás empresas vinculadas, adoptando en todos los casos una responsabilidad solidaria si es que se llega a comprar que las acciones detonante de alguna vulneración de derechos ha sido a raíz de las labores de una empresa en aras de cumplir las órdenes o intereses de esta agrupación.

En mi opinión, en una agrupación de empresas no se podría pactar esta clase de exoneración de responsabilidad si es que en la ejecución de un determinado acto cometido por alguna empresa vinculada sea efectuado para el cumplimiento de una tarea del grupo, incluso si es que se diera esta figura, dejaríamos abierta la ventada para que se puedan cometer delitos utilizando esta figura de grupo. Claro es que si se demuestra que una empresa vinculada cometió un delito por actos propios sin que

exista conexión frente al grupo, únicamente la responsabilidad se imputaría a esta empresa y aquellas que se encuentren vinculadas dejando de lado al grupo.

Con lo cual, otra característica que diferencia esta figura de los grupos económicos es que en los contratos de consorcio cada miembro del consorcio adquiere derechos y obligaciones, a título particular, al realizar operaciones del consorcio con terceros; diferenciado del fenómeno de grupo ya que bajo esta figura los derechos y obligaciones en la mayoría de casos esta interconectado por su naturaleza jurídica de constitución y ejercicio empresarial.

Es así que, en cuanto a su desarrollo societario y doctrinario ambas figuras son diferentes en sus especificaciones empresariales; sin embargo, en cuanto a su fin de celebrarlo cumplen un rol similar para unificar fuerzas en mérito de lograr metas comunes, pero en su esencia debería de regularse como una figura distinta a los contratos asociativos.

b. Contrato de asociación por participaciones

De la misma manera que los contratos de consorcio, los contratos de asociación por participación también se encuentran reconocidos en el amparo de nuestra Ley General de Sociedades, siendo importante su definición y características para poder diferenciarlo de los grupos económicos, con la finalidad de no confundirlo ni mucho menos tratarlos de forma conjunta, con los mismos preceptos legales que desarrolla nuestra ley de sociedades, a ambas figuras.

Nuestra ley societaria desarrolla un concepto suficientemente claro para poder advertir cuando estamos frente a un contrato de asociación por participaciones, al encontrarse tipificado en su artículo 440 lo siguiente:

“Artículo 440.- Contrato de asociación en participación

Es el contrato por el cual una persona, denominada asociante concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.”

De esta definición señalada por nuestra misma ley, Elías Laroza desarrolla un análisis conjunta respecto de las sociedades en comandita con los contratos de asociación en participación, haciendo un estudio comparado de las semejanzas entre ambas figuras; claro está que, con la peculiaridad de que estos últimos pertenecen a los contrato asociativo adoptando las características desarrolladas en el artículo 438°, al respecto señala lo siguiente:

“(…) el contrato de asociación en participación, tal como señala la doctrina, apunta a objetivos similares a los de los socios de las sociedades en comandita. Hay personas interesadas en no participar en la gestión y contar con responsabilidad limitadas (los asociados en la asociación en participaciones y los socios comanditarios) mientras que otras se ocupan de administrar la empresa y asumir la responsabilidad (el asociante en la asociación en participación y los socios colectivos).” (Elias Laroza, 2015, pág. 705)

Respecto de la responsabilidad que asumen los contratantes en una asociación en participaciones se refiere a lo señalado por el artículo 444 de nuestra Ley de sociedades cuando se hace mención a:

“Artículo 444.- Participaciones y casos especiales

Salvo pacto en contrario, los asociados participan en las pérdidas en la misma medida en que participan en las utilidades y las pérdidas que los afecten no exceden el importe de su contribución. Se puede convenir en el contrato que una persona participe en las utilidades sin participación en las

pérdidas así como que se le atribuya participación en las utilidades o en las pérdidas sin que exista una determinada contribución.”

Como podemos darnos cuenta esta clase de responsabilidad se podría asemejar mucho a la idea de conformar una agrupación incluso su perfil que se encuentra señalada en nuestra ley de sociedades da un panorama interesante para que esta situación sea aplicable a la figura de los grupos económicos, ya que la finalidad de estas alianzas es compartir beneficios; sin embargo, en mi opinión, estas empresas vinculadas también deberían compartir responsabilidad para que ninguna de estas se encuentre en estado crítico o incluso en pérdidas, lo cual hace ideal la asociación en este fenómeno de grupo en mérito del buen gobierno corporativo que deberían de tener todas y cada una de las empresas.

Además de la responsabilidad solidaria que pueden tener las empresas vinculadas, en nuestra Ley General de Sociedades tenemos tipificado en un artículo en especial las características de estas asociaciones en participaciones al señalarse en su artículo 441 lo siguiente:

“Artículo 441.- Características

El asociante actúa en nombre propio y la asociación en participación no tiene razón social ni denominación.

La gestión del negocio o empresa corresponde única y exclusivamente al asociante y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados.

Los terceros no adquieren derechos ni asumen obligaciones frente a los asociados, ni éstos ante aquéllos.

El contrato puede determinar la forma de fiscalización o control a ejercerse por los asociados sobre los negocios o empresas del asociante que son objeto del contrato.

Los asociados tienen derecho a la rendición de cuentas al término del negocio realizado y al término de cada ejercicio.”

Este es uno de los artículos más resaltantes para poder diferenciar esta figura contractual con los grupos económicos, ya que los distancia una brecha marcada respecto de sus cualidades, como por ejemplo:

- En el primer párrafo del artículo antes citado se señala que los contratos asociativos en participación, al igual como lo es aplicable a cualquier contrato de asociación, no tiene razón social ni denominación ya que en su celebración no se permite la constitución de una persona jurídica; en los grupos económicos esta situación es distinta ya que como podemos apreciar en el día a día, estas agrupaciones son llamadas de una manera especial, por ejemplo: “Grupo Telefónica”; “Cencosud”; entre otros; advirtiendo que en la práctica empresarial se acepta la idea que son figuras independientes (no confundir con los elementos del grupo) a las empresas vinculadas.
- En el análisis del segundo párrafo, advertimos una marcada diferencia entre esta figura contractual con los grupos económicos, cuando se hace mención que en los contratos asociativos en participación es la empresa asociante quien actúa a nombre propio en la dirección y gestión de las actividades empresariales materia del contrato, rescatando en toda su dimensión su autonomía jurídica, excluyendo de su ejecución a terceros e incluso a los asociados (quienes invierten en estas primeras); a diferencia de esta figura, en los grupos económicos la empresa matriz que invierte o a quien le envisten la facultad de dirección, es quien dirige a las demás empresas vinculadas, siendo un trabajo conjunto entre todos, sin dejar (en su totalidad) en el libre albedrío de su autonomía jurídica de todos los intervinientes.
- Respecto del tercer párrafo se puede deducir que no puede existir ningún tipo de relación jurídica entres terceros y los asociados, ni viceversa; sin embargo, en los grupos económicos el vínculo que puede tener la empresa matriz con los terceros dependerá de la dirección que hagan hacia las demás empresas vinculadas, ya que por ejemplo si estas últimas ejecutan alguna orden dirigida

por la empresa dominante, entonces estas dos se encontrarán obligadas frente al tercero afectado, constituyendo de esta manera un vínculo de derecho y/o de hecho.

- Una de las características de los contratos asociativos en participación que podría asemejarse a la idea de constituir un grupo económico, es la desarrollada en el cuarto párrafo en donde se señala la facultad de fiscalización o control a favor de los asociantes hacia la empresa asociante con la finalidad de verificar el cumplimiento del objetivo del contrato; dicha característica se asemeja mucho a una de las labores que tiene la empresa matriz o el mismo grupo frente a sus empresas vinculadas, ya que la labor de estas primeras es supervisar el buen manejo corporativo que debe de tener todo el grupo y no solo depende de la individualidad de algunos, lo que se primea en esa figura de grupos es el bienestar e interés grupal.
- Y finalmente, respecto del último párrafo, se ha tipificado que el asociado tiene el derecho a la rendición de cuentas al termino del negocio realizado y al término de cada ejercicio, siendo en ese aspecto únicamente permisible de un lado la solicitud de información para su supervisión; en los grupos económicos, en mi consideración y aceptado en legislaciones extranjeras, se reconoce el derecho de ambas partes – tanto de la empresa matriz como la de las empresas vinculadas – solicitar información para verificar cómo va el negocio grupal y las metras alcanzadas con la finalidad de observar si los intereses grupales se están cumpliendo de acuerdo al fin de la constitución del grupo.

De esta manera podemos observar que la figura de los contratos asociativos en participación y los grupos económicos resulta en su gran mayoría incompatibles con respecto a sus alcances societarios empresariales; es por dicha razón que, no podríamos unificar sus alcances legales para regular a esta figura de grupos, siendo necesario una regulación especial para estas agrupaciones y descartando una vez

más la idea que se puedan amoldar el instrumento que tenga fin constituir un grupo económico en los contratos asociativos.

c. Contrato de *management*

El contrato de *Management* es una figura contractual atípica no reconocida en nuestra Ley General de Sociedades, pero que sin dudar alguna y aceptado en la práctica, se vincula a los contratos asociativos, siendo de forma general adaptable a las características de estos últimos; sin embargo, no escaba la idea que este instrumento, creado en el seno del *common law*, pueda asemejarse o incluso ser igual a los contratos de dominación – desarrollados en Alemania –, es por dicha razón que me es útil analizarlo en comparación de los grupos económicos, con el mismo marco que he venido desarrollando algunos contratos asociativos, con la finalidad de poder advertir sus semejanzas y con ello ver la posibilidad de acoplarlos en nuestra Ley General de Sociedades.

Es así que para comenzar debemos de saber porque es que menciono que esta clase de contratos puede asemejarse mucho al instrumento inicial que sirve para constituir un grupo económico; al respecto, y al no haber alguna regulación especial que señale la definición de los contratos de *management* Daniel Echaiz menciona lo siguiente:

“(...) el contrato de *management* es aquel contrato por el cual la empresa gerenciada otorga a la empresa gerenciante las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de su actividad empresarial, en consideración al expertise y la reputación de este último en dicha actividad empresarial, a cambio de una retribución (fija) o una comisión (porcentaje mensual o anual sobre la facturación o las utilidades) y, en algunos casos, dependiendo de la negociación, lo que los venezolanos llaman un “fondo de maniobra” para el inicio de las actividades

administrativas (...).” (Echaiz Moreno, Instituciones de Derecho Empresarial, 2010, pág. 437)

De esta definición puedo advertir las características principales que diferencian a un contrato de *management* de los demás contratos asociativos, e incluso de diferentes figuras societarias reconocidas y/o aceptadas en la práctica empresarial, al igual que en la forma general de los contratos asociativos, analizare este instrumento haciendo un cuadro comparativo de ellos con los grupos económicos, para así darnos una mejor idea de ambos concepto – claro que, que debemos de tener en la mente al ser los contratos de *management* parte de los contratos asociativos, estos primero comparten los mismo elementos que los segundos –:

CONTRATOS DE <i>MANAGEMENT</i> (Echaiz Moreno, 2010, págs. 446-447)	GRUPOS ECONÓMICOS ("Contrato de dominación")
<ol style="list-style-type: none"> 1. Es un contrato de Organización más que un contrato de colaboración empresarial, en la que se busca principalmente que una empresa gestione a otra. 2. Es un contrato de duración, en atención al tracto sucesivo de la tarea de gestión entre la empresa gerenciada y la gerenciante. 3. Es un contrato de resultado, dependiendo de lo pactado en el contrato. 4. Es un contrato principal, en el cual como causa esencial es que una empresa seda la facultad de gerenciar a otra empresa. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. En la figura de grupos, la finalidad tiene un contexto mixto, entre la forma organizacional como la de colaboración, ya que su alcance principal es cumplir con los interés del grupo. 2. Definitivamente como idea general su desarrollo como grupo es de manera constante; sin embargo, no siempre las direcciones son de manera permanente, ya que pueden haber casos que algunas empresas vinculadas tengan autonomía para ejercer sus propias acciones en aras de salvaguardar los intereses del grupo.

<p>5. Es un contrato consensual, en el cual no se encuentra prevista algún tipo de solemnidad.</p> <p>6. Es un contrato con prestaciones recíprocas, en el cada uno de las empresas contratantes deben de cumplir con sus obligaciones.</p> <p>7. Es un contrato conmutativo, en el cual la empresa gerenciente conoce previamente el estado financiero, en otros de la o las empresas gerenciadas.</p> <p>8. Es un contrato de vinculación, en la que puede verificar con facilidad la unión entre dos empresas para su determinada gestión.</p>	<p>3. No diría que es un contrato íntegramente de resultado; en mi concepto es de colaboración empresarial que busca unir fuerzas para que las empresas vinculadas puedan superarse.</p> <p>4. No siempre la constitución de un contrato se plasma de forma principal en un contrato, puede darse de manera secundaria o accesoria a otro contrato.</p> <p>5. A mi parecer este tipo de contratos que tienen como finalidad constituir un grupo económico, deben de amoldarse a un tipo de solemnidad para que sea conocido por todos y además que con ella tenga amor transparencia con terceros e incluso para con el mismo grupo.</p> <p>6. Bajo la perspectiva de prestaciones, en los grupos económicos, no existe una obligación recíproca <i>per se</i>, lo que se puede determinar cómo obligación es respetar los intereses del grupo, sin primar el egoísmo de cada una.</p> <p>7. No es una obligación que las empresas vinculadas informar su estado general a la empresa matriz o incluso al mismo grupo antes de</p>
---	--

	<p>conformarla; pero sin dudar alguna se puede conocer con posterioridad.</p> <p>8. Como principio general, haciendo caso a los elementos del grupo, su relación debe estar siempre advertida para poder determinar si estamos frente a un grupo económico, siendo su desenvolvimiento bajo la idea de la “Relación de Dominio Dependencia”.</p>
--	--

Las ideas generales de ambas figuras pueden coincidir si es que no se analizan desde la práctica empresarial; desde mi perspectiva lo curioso de esta figura contractual de *management* es que al igual que los contratos de dominación, el vínculo que pueden tener varias empresas es en miras de facultar a una de ellas para que dirija el negocio del otro, conformando de esta manera alianzas estratégicas empresariales, incluso Daniel Echaiz analiza, desde el ámbito íntegramente financiero, estas dos figuras desde lo regulado por la Resolución N° 5780-2015 dictada por la SBS – Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico –.

Sin embargo, no todo es igual entre estas dos figuras, recordemos que los contratos de *management* comparte los mismos elementos que los contratos asociativos, con lo cual uno de los problemas principales para poder igualarlos es que en estos contratos no se crea una persona jurídica distinta, incluso no existe una denominación o razón social para su celebración; a diferencia de los grupos económicos, que si bien no se ha desarrollado legislativamente sobre la obligatoriedad de que tenga una denominación o razón social distinta a las empresas vinculadas, pero en la práctica se puede observar en todo momento que se habla de

figuras autonomías e individualizadas; con lo cual esta limitación, en mi perspectiva, resulta ser indispensable para poder armonizar estas dos figuras analizadas en el presente sub-capítulo.

Con lo cual, mi idea de regular a este fenómeno de grupos como una figura societaria distinta y que se asemeje a los tipos de sociedad, se va fortaleciendo por la dimensión e impacto que tiene en el mercado, desde la visión de terceros como de las mismas empresas vinculadas que se encuentra correctamente constituidas y que además están ligadas a un abanico de derecho y obligaciones.

d. Contrato de *joint venture*

Definitivamente a diferencia de los otros contratos asociativos, los *Joint Venture* se asemejan mucho con la constitución de los grupos económicos, incluso en otros países con este contrato se constituye una empresa independiente a los contratantes; para poder advertir las semejanzas de las que se puede confundir este contrato asociativo con los grupos económicos o incluso desde el enfoque de los contratos asociativos, es indispensable partir en definirlo.

La definición de estos contratos no es unánime para todas las regulaciones a nivel mundial, incluso su actuación frente a las situaciones societarias tienden hacer diferentes; como primera idea general Chulia Vicent, recopilando una definición de Bradley escrita en la *Harvard Law Review* en 1982, desarrollar lo siguiente:

“(...) una integración de operaciones entre dos o más empresas independientes donde se encuentran las condiciones siguientes: el *Joint Venture* está sujeto al control común de las sociedades matrices, que no se halan sujetas a un control relacionado; cada empresa matriz hace una contribución importante al *Joint Venture*; el *Joint Venture* existe como una empresa comercial independiente de empresa importante y nueva, por lo

que se trata de nueva capacidad de producción, nueva tecnología y nuevo producto, o una nueva entrada en un mercado nuevo.” (Chuliá Vicént & Beltrán Alandete, 1996, pág. 74)

Este concepto, que en su mayoría se maneja a nivel mundial independiente al sistema jurídico en el que se desenvuelve, es una idea que puede confundirse con los grupos económicos, ya que su estructura y ejercicio empresarial nos puede llevar confundir para decir que son figuras iguales o parecidas con algunos ajustes propios.

Por un lado, desde el concepto antes señalado, podemos decir que se pueden confundir la figura del *Joint Venture* con los grupos económicos cuando se mencionado la actuación que tienen las empresas matrices en el desarrollo del control entre ellas para lograr el fin por el que se ha celebrado el contrato en mención; sin embargo, ello no implica la pérdida de la autonomía jurídica de cada empresa vinculada, a diferencia de los grupos económicos, que su ejercicio demanda una amplia modificación en las estructuras corporativas de cada una.

En el desarrollo de lo antes mencionado, se debe tener en cuenta que si bien en ambas figuras societarias se puede presentar los mismos elementos, se debe tener claro el análisis respecto de su desarrollo en el mercado de manera externa y además de manera interna de cómo es que afecta las decisiones. En un grupo económico, las decisiones que se adopten en el manejo de la agrupación afecta el comportamiento corporativo de cada empresa vinculada; a diferencia de los *Joint Venture* que no necesariamente es así, ya que cuando se firma un contrato de este denominación no significa la pérdida parcial de sus respectivas autonomías jurídicas, sino todo lo contrario, ya que cuando se celebra esta clase de contratos lo que se busca es mayor rentabilidad y sobre todo la sostenibilidad de cada empresa con la salvedad de que cada uno de ellas maneje según su especialidad la ejecución del contrato.

Al respecto, señalando la denominación manejada por algunos juristas sobre el *Joint Venture* como un contrato de riesgo compartido, Max Arias Schreiber Pezet menciona lo siguiente:

“Un instrumento contractual que responde a la necesidad de movilizar capital en búsqueda de alta rentabilidad y correlativa reducción de riesgo, en el que las partes se juntan con un criterio de co-participación que asume las más diferentes formas matices. (...). Se trata de un instrumento destinado a establecer o fortalecer vínculos entre empresas que buscan un propósito común destinado a poner en marcha un negocio o modernizar uno que ya existe. En este contrato pueden las partes actuar de modo individual o crear una empresa que tenga personalidad jurídica y patrimonio propio.” (Arias Schreiber Pezet, 1994, pág. 133)

De lo antes mencionado, podemos destacar que desde el comportamiento de los *Joint Venture* en el mercado, no se tiene claro una idea general que englobe su actuación, incluso para muchos juristas es difícil definir esta clase de contratos, ya que ello va a depender de cómo es que en cada país se ejercen esta clase de documentos; a diferencia de los grupos económicos, que se tiene claros los elementos que los componen y que sirven para advertir si estamos frente a esta clase de agrupaciones.

Además podemos destacar una diferencia sustancial de cómo es que el control se ejerce a nivel interno de dichas asociaciones, ya que en uno dependerá de cada empresa contractualmente vinculada, siguiendo sus propios criterios y experticias sin dejar su autonomía; y, por el lado de los grupos económicos, podría verse flexible esta facultad de cada empresa vinculada.

Definitivamente conceptualmente podemos entrar en confusión cuando los desarrollamos, sin embargo considero que no solo se debe ver superficialmente ambas ideas, ya que estas dos estrategias empresariales guardan algunas

diferencias mínimas pero definidas que los caracterizan a cada uno como figuras independientes y que en definitiva deben ser regulados de distinta manera.

La salvedad que le encuentro a los *Joint Venture*, es cuando en otros países esta clase de contratos los vinculan como una forma societaria distinta, rescatando la teoría contractualista, en la cual se constituye una persona jurídica distinta en torno a la celebración de un contrato; posición que, de manera comparativa, respalda la posibilidad que los grupos económicos sean considerados como un tipo societario distinto a las que ya se encuentran reconocidas en nuestra Ley General de Sociedad, en donde se pueda señalar artículo por artículo las características, cualidades especiales, entre otros, que se pueden presentar en este complejo fenómeno.

Incluso, recopilando mi idea señalada en el párrafo precedente, y el enfoque que hay en Alemania respecto de los contratos de dominación, los cuales desarrollaré más adelante, no considero apropiado tipificar a los grupos económicos desde el análisis de un contrato asociativo, ya que de esta manera estaríamos descartando la idea que estas agrupaciones puedan ser consideradas como empresas independientes y autónomas; es más, podría descartarse las ideas y actividades empresariales que en los demás países desarrollan frecuentemente al utilizar estas modernas herramientas jurídicas, como es el caso de los *Joint Venture* que en algunas legislaciones abren la posibilidad que desde este documento se puedan constituir personas jurídicas.

El estudio de estos contratos asociativos mencionados en el presente sub capítulo es sumamente basto; sin embargo, como lo he mencionado en primeras líneas, mi pretensión es únicamente destacar algunas cualidad de cada uno, con la finalidad de diferenciarlos de los grupos económicos, para de manera tener claro que estamos analizando figuras distintas e independientes que, por su complejidad, necesitan tener un estudio mucho más detallado.

Asimismo, y desde el análisis de los *Joint Venture*, desde mi punto de vista considero que no sería apropiado desarrollar a los grupos económicos como una clase de

contrato asociativo *per se*, sobre todo desde lo que actualmente se encuentra tipificado en nuestra Ley General de Sociedades, sino que debería de destacarse de una manera diferente sin enervar la idea que pueden ser consideramos como una empresa independiente, como es el caso de otros países; recordemos que hoy en día no podemos aislarnos de las tendencias jurídicas de otros países, ya que podríamos perjudicarnos; incluso podría darse llegar a ajustar la idea que tenemos de los contratos asociativos y amoldarlo a nuestra realidad globalizada empresarial en la que nos encontramos, debido a que con la actual regulación y definición de los contratos asociativos no considero que sea apropiado tipificar a los grupos económicos bajo esta figura contractual, ya que considero que nosotros mismos estaríamos delimitando los alcances función de este fenómeno de grupo e incluso podríamos excluirnos de las ideas y prácticas empresariales que se manejan a nivel mundial.

3.2.2.2. Dominación externa o expresa de hecho

Al igual que en la dominación externa o expresa de derecho, en la de hecho surge cuando se celebra un contrato; sin embargo, la diferencia sustancial de ambas figura radica en el propósito principal de las partes vinculadas contractualmente. Al respecto y de manera de recopilar este gran rasgo de este elemento, Hundskopf desarrolla que “(...) es el desvío de los efectos propios del contrato lo que hace derivar la relación contractual en una de dominación y su correlativa subordinación.” (Hundskopf Exebio, 1999, pág. xxiv)

De lo antes citado podemos destacar la diferencia sustancial de ambas situaciones de dominación, ya que por un lado, en la dominación expresa de derecho, tal cual lo he mencionado en el subcapítulo precedente, la facultad de dominación se advierte al celebrar un contrato que de manera expresa indique la voluntad de las partes para que una de ellas sea la empresa matriz de un grupo, en el cual también se expresa la

intención de las partes de constituir un grupo económico señalando su propósito de conformarla.

Y por otro lado, en atención a lo citado por Hundskopf la facultad de dominación se deduce o se ejercer de manera secundaria en la ejecución del contrato, no siendo el propósito de las partes la relación de dominio dependencia que se observa en un grupo económico; en otras palabras, su aparición ocurre en la medida que en el contrato se pueda interpretar o deducir que puede existir un vínculo de dominación.

Como puedo destacar la diferencia sustancial de ambas posiciones es en cuento a la voluntad de las partes en constituir un grupo económico, desde la manera directa no cabe duda la constitución de una agrupación, pero de la manera indirecta se advierte en conflicto de voluntades de que exista una agrupación siendo para estos casos operable la presunción que queremos observar.

De esta manera, Cabanellas desarrolla un reducido concepto y un ejemplo muy claro de la apareciendo de la dominación externa de hecho:

“(…) encontramos aquellos contratos que implican que la actividad de una sociedad pasa a ser, en forma predominante, el cumplimiento con las obligaciones que esa sociedad ha contraído con alguna otra empresa. Así, por ejemplo, en el contrato de suministro, si la totalidad o la casi totalidad de la producción del proveedor se destina a un determinado cliente, la actividad de ese proveedor se encuentra en gran medida determinada por las ordenes que dé ese cliente. La sociedad proveedora producirá más o menos según lo decida la sociedad; producirá los tipos de bienes que esta última decida; cumplirá con los requisitos de calidad que imponga la sociedad cliente, etc.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, págs. 569-570)

La dominación externa de hecho se puede deducir cuando ocurre un similar caso, como por ejemplo cuando se advierta la celebración de un contrato de suministro,

una concepción mercantil, entre otros en los cuales se evidencie que una empresa sea la única cliente o por lo menos la mayor “aportante” de una empresa proveedora, que dependa de esta primera para subsistir en el mercado. Esta dominación surge de manera indirecta, ya que como podemos darnos cuenta no es que la empresa proveedora haya pactado su vínculo de subordinación con el cliente, pero en la práctica y en los hechos facticos dependerá de ella y sus direcciones para seguir viva en el mercado.

Por otro lado, y sin perjuicio de la situación antes planteada, también puede surgir la dominación externa de hecho cuando entre las partes se pacta una cláusula de exclusividad, en la que se presume la facultad de control; la situación jurídica de estos supuestos es similar al que expliqué en el párrafo precedente, siendo su base empresarial la figura del único cliente o el más importante para mantenerse en el mercado.

A mi parecer esta situación de dominación es muy frágil de determinar e incluso difícil de mantener como un sustento para advertir que estamos frente a un grupo económico, ya que si bien estamos en el hipotético caso que una empresa proveedora necesita a un cliente determinado para sobrevivir, esta no quiere decir que societariamente también tenga que cambiar su estructura empresarial, incluso tampoco se advierte la dirección por el interés del grupo que es el elemento clave de vínculo que hay dentro de una agrupación de empresa; al respecto, Cabanellas desarrolla lo siguiente:

“(…) como esa sociedad estará sujeta a obligaciones con muchas contrapartes, gran parte de sus conductas y negocios vendrán predeterminados por tales obligaciones, pero ello no implica la pérdida de control, pues los órganos societarios retienen la posibilidad de ir reorientando el cumulo de relaciones contractuales de la sociedad conforme a sus criterios de administración, dentro del marco económico y

empresarial en que deba operar tal sociedad.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 569)

La situación es clara cuando se presenta esta situación de dominación externa ya que el vínculo es sumamente débil respecto de la dirección que emite la empresa “dominante” ya que no hay nada que vincule a una empresa sobre otra para seguir ordenes empresariales o societarias, la única obligación es para atender lo contratado siguiendo las autonomías jurídicas de cada empresa contratante.

Es así que, en atención a lo hasta aquí analizado, puedo señalar que desde mi punto de vista, no se debería de reconocer esta figura de dominación indirecta en nuestro ordenamiento jurídico como un supuesto de constitución de los grupos económicos de hecho, ya que no es del todo cierto que a través de esta situación desarrollada se pueda advertir un agrupación, debido a que este supuesto carece de elementos esenciales que determinan que una agrupación sea considerada como tal; sin embargo, para poder plantear una armónica regulación que asegure el comportamiento de los actores del mercado, considero apropiado regularlo pero desde la figura fraudulenta, porque podría causar difícil e incluso entorpecer el sistema jurídico.

Hasta este punto he analizado dos elementos importantes que deben de concurrir para la existencia de un grupo económico; sin embargo, debo de señalar no son los únicos que se necesitan para determinar si estamos frente a un grupo económico. Estos dos primeros elementos orientan a determinar la situación particular de estas agrupaciones para con ello diferenciarlo con otras figuras societarias reguladas o que en la práctica se aceptan pero, a mi consideración, no son determinantes, ya que faltaría el elemento clave que orienta la funcionalidad de estas agrupaciones llamado “Dirección Unificada”, el cual conecta ambos supuestos dentro de este fenómeno de grupo.

3.2.3. Dirección unificada y el control empresarial

Tal cual lo he mencionado anteriormente, la preexistencia de la autonomía jurídica y la relación dominio dependencia son elementos fundamentales, hasta podría llamarlos requisitos indispensables, para la constitución de un grupo económico; sin embargo, para que ambos elementos funcionen adecuadamente, y sobre todo para salvaguardar la naturaleza empresarial que tienen estas agrupaciones, es necesario que su perfil esté orientada sobre una base y ejecución común, es así en donde entra a detallar el tercer elemento llamado “Dirección Unificada”.

Sobre el particular, y antes de analizar con detalle este último elemento, es indispensable conocer cuál es su definición, ya que de aquí podré explicar con mejor detalle cual es la importancia de su reconocimiento para con el grupo y sus diversos alcances; al respecto, Hundskopf menciona lo siguiente:

“(…) la dirección unificada consiste en la imposición de las decisiones provenientes de la sociedad dominante, la órgano directivo de la sociedad controlada. Es decir, la empresa controlada presenta una pérdida de autonomía económica debido al sometimiento a la dirección unificada. De este modo, el interés propio de cada sociedad queda sometida, al quedar ésta, a los intereses del grupo expresados por la empresa o empresarios dominantes.” (Hundskopf Exebio, 1998, pág. 178)

Sobre el particular, debo de acotar que puede existir confusión entre el elemento de la relación de dominio dependencia y la dirección unificada, ya que ambos se avocan a plantear la base de la función de control; sin embargo, ambas figuras son distintas en cuanto a su aplicación en el grupo económico: (i) bajo el elemento de la relación de dominio dependencia debemos de resaltar que únicamente se va a analizar la conexión que tienen las empresas integrantes de una agrupación ya sea por acciones, por contratos, entre otros ya explicados; y (ii) bajo el elemento de la dirección unificada se analiza el manejo de la función de dirección que debe estar

atada al interés del grupo como parte de la función de control en una agrupación, en otras palabras, bajo la relación de dominio dependencia se puede analizar el vínculo mas no la acción de control que advierte la dirección unificada.

Volviendo al concepto antes citado, y teniendo clara la diferencia de ambos elementos, debo de resaltar que la dirección unificada es la piedra angular que debe de tener todos los grupos económicos para su actuación en el mercado, sobre todo porque en ella se encuentra la visión del interés del grupo como requisito que debe de predominar en la función que desarrollará la empresa matriz dejando de lado los intereses particulares que pueden tener cada empresa involucrada; al respecto el mismo autor antes citado señala que “Esta premisa del interés del grupo, permite que la empresa dominante imparta instrucciones a las dominadas y que la satisfacción de los intereses de estas últimas, individualmente, deje de ser el objetivo directo de la actividad del grupo en su conjunto” (Hundskopf Exebio, 1998, pág. 179)

En atención al párrafo precedente, la dirección unificada presenta dos comportamiento, uno de ellos es respecto del control que se vaya a ejercer en una agrupación no puede ser arbitraria o que únicamente sea direccionado para satisfacer necesidades o intereses de unos pocos. La dirección debe de estar siempre conectada con la visión corporativa que tengan todos; claro está que, como lo menciono en el análisis del anterior elemento, sería más sencillo determinar cuál es el interés grupal si ésta se encontrase plasmado en un documento.

Esta perspectiva es una condicional para la empresa matriz o aquella que asuma el control del grupo, ya que con este marco se delimita las facultades que tendría ésta frente a las empresas vinculadas, asegurando de esta manera que no cometan actos abusivos que afecten a estos últimos. Sobre el particular debemos de tener en cuenta lo previsto por nuestra Ley General de Sociedad sobre la impugnación de decisiones adoptados en una Junta General de Accionistas, que si bien aún no se encuentra tipificado como un comportamiento societario aplicable a los grupos

económicos, de igual manera le puede ser útil en la medida que se subsuma en el artículo 139:

“Artículo 139.- Acuerdos impugnables

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.
(...)”

Como lo he mencionado en varias oportunidades de mi presente investigación, nuestra ley societaria si bien se encuentra un poco desfasada de algunas estrategias empresariales modernas, está aún guarda ciertos artículos que son sólidos para la legalización de los grupos económicos; un ejemplo más, de los muchos que he citado, es respecto de la impugnación de las actas de la junta General de Accionistas que perjudique a algunos accionistas, que en su regulación se podría ajustar y amoldar para estas agrupaciones de empresas.

Por otro lado, la dirección unificada, presenta la tarea que deben de tener todas las empresas vinculadas para someterse a las direcciones impartidas por la empresa dominante, con la finalidad de perseguir el bien común del grupo; claro está que dicho control debe de estar limitado a aquellos comportamientos que pueden afectar a algunas o todas las empresas vinculadas, ya que si en caso sucediera ello podrían solicitar la revocación de dicha decisión aplicando el artículo 139 antes citado de la Ley General de Sociedades.

Sin embargo, este elemento en algunas oportunidades puede no estar presente para algunas empresas vinculantes, ya que dentro de la agrupación se puede decidir que una de ellas aun conserve su autonomía jurídica para actuar y cumplir su rol frente al grupo, claro está que en la medida que cumpla con el interés del grupo sin dejar de lado su interés individual que no afecte a la colectividad, tal como ocurre con algunas empresas bancarias vinculantes a un grupo económico; no se pueden confundir ambas terminologías para su aplicación, ya que uno de ellos está en función al control que imparte la empresa matriz y el otro está en relación al fin que debe de tener dicho control.

La tipificación de este elemento como requisito intrínseco para el grupo económico es uno de los más importantes que se debe de desarrollar, ya que con ello se salvaguardaría mejor los derechos de cada empresa vinculada, o incluso se podría tener una visión sólida de responsabilidad solidaria que podría existir en una agrupación en mérito de la dirección que impartiría la empresa matriz, si en caso se podría determinar cuál es el interés del grupo, entre otros ejemplo que anteriormente he detallado.

La tipicidad de este elemento es de suma importancia para delimitar las funciones de una agrupación y sobre todo para identificar mediante alguna presunción si estamos frente a un grupo económico cuando se advierta, al menos, que las empresas vinculantes actúan para lograr el fin común por la que sean constituido como una agrupación, al igual como se desarrolla en la legislación de Alemania – no estoy de acuerdo que el reconociendo de los grupos económicos sean validados a través de presunciones, ya que su estructura empresarial es compleja, a tal punto que podría ser utilizado para fines ilícitos o incluso prestarse para fraudes legales que afecten derechos de terceros –.

Como podemos darnos cuenta, en la aplicación de estos tres elementos, podríamos decir que la preexistencia de la personalidad jurídica es el primer requisito que debe de tener una agrupación empresarial; la relación de dominio dependencia es el ducto

para que varias empresas estén conectadas, y la dirección unificada es la vía para que funcione adecuadamente la agrupación en mérito de los intereses del grupo.

Desde mi consideración el tener claro los conceptos de estos tres elementos, es la medula para que la legalización de los grupos económicos sea óptimo y funcional para el mercado, ya que con ello se tendría claro el comportamiento que tendrían cada empresa vinculante del grupo, o las limitaciones que tendría la empresa matriz o incluso enmarcar con claridad los derechos y obligaciones que tendría las agrupaciones de empresas, entre otros supuestos hechos que detallarían para este fenómeno de grupo.

CAPÍTULO IV: LEGISLACIÓN COMPARADA DE LOS GRUPOS ECONÓMICOS

4.1. Legislación alemana

En el surgimiento de los Grupos Económicos, Alemania fue el primer país europeo en desarrollar legislativamente este fenómeno empresarial dentro del campo del Derecho Societario, enmarcándolo en su ley societaria de 1965. Esta primera regulación logró alcanzar suma relevancia para los países que se encontraban en su continente, incluso con posterioridad fue la base para que a nivel mundial algunos países legislen a este fenómeno de grupo.

Esta regulación se inspiró en el modelo contractual, enmarcado desde los alcances de los llamados “contratos de dominación”, en donde las partes expresaban su voluntad para que una empresa se sometiera a las gestiones de otra, volviendo para algunos autores el instrumento y perspectiva clave para centrar esta regulación como la más clara y ordenada que rigió por un tiempo en Europa sobre los grupos económicos – principalmente en Alemania –; al respecto, Lozano menciona lo siguiente:

“La Ley de Sociedades Anónimas alemana, que fue emitida con fecha 6 de diciembre de 1965, (...), está a la vanguardia en la materia de regulación de grupos y a lograr establecer dentro de su normativa la aplicación de mecanismos claros, contundentes y específicos. Y realizó una clara diferencia entre lo que son grupos de hechos y grupos de derecho que pudiesen existir”. (Lozano Hernández, 2006, pág. 153)

En esta misma logia respecto de la importancia que tuvo la legislación alemana sobre este fenómeno de grupos Sacristán respalda esta posición desde el enfoque español al señalar:

“Este precedente por parte del Derecho alemán le llevará a promulgar la primera regulación amplia y coherente del Derecho de Grupos hecha desde la perspectiva societaria, con una cierta pretensión de centralidad en todo el ámbito jurídico, en la ley de sociedades por acciones de 1965, que pese a su singularidad llega a adquirir, incluso tras la comprobación de sus debilidades, una gran influencia sobre el derecho de los países del entorno durante más de dos décadas”. (Sacristán Represa, 2000, pág. 5)

Ambas ideas apuntan a clasificar a esta primera regulación como un instrumento jurídico sólido que en su momento pudo haber sido un modelo para las demás regulaciones a nivel mundial que pretendían enmarcar a los grupos económicos dentro del ámbito societario; pero, como veremos más adelante, el impacto de esta regulación alemana declinó al permitirse la constitución de los grupos de hecho en el cual primaba el tercer elemento estudiado, llamado: Dirección Unificada, constituyéndose de esta manera agrupaciones sin ninguna formalidad.

Debemos de tener claro que la regulación alemana no tipifica de manera expresa la situación de los grupos de hecho; pero desde una interpretación de la responsabilidad que deberían de tener las empresas controlantes, esta se presta a permitirse la constitución de hecho de estos grupos, volviendo difícil la supervisión de estas agrupaciones.

Es así que en la regulación alemana desde una primera perspectiva se encontró plasmada la figura de los grupos económicos de derecho – llamado en dicho país como: “*Konzern* de Derecho” –, tomando como base la celebración del documento llamado “Contrato de Dominación” acoplado además un forma societaria distintas a las que ya se encuentran reconocidos; y desde otro ángulo, se reconoce a los grupos

económicos de hecho – llamados: “*Konzern* de Hecho” –, cuando sin ningún documento celebrado una empresa direcciona a otra, de acuerdo a lo analizado en capítulo tres sobre las diferentes formas de dominación que pueden existir en una agrupación de empresas, similar situación a lo reconocido como empresas de hecho reconocido en nuestra Ley General de Sociedades.

Al respecto, García Pita menciona que:

“Este ‘Contrato de Dominación’ (...) rige las relaciones entre sociedades 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 vinculadas, aunque también se reconocen las ‘*faktische konzern*’, en los que existe dominación, sin contrato de dominación (...)” (García - Pita y Lastres, pág. 18)

De lo ante mencionado, cabe la casualidad que la denominación del “Contrato de Dominación” se encuentra inspirado por el mismo contenido legal en el amparo del artículo 17 de la Ley de Sociedades Alemana, ya que desde una simple lectura de este artículo podemos deducir que el principal vínculo para identificar a los grupos económicos es la relación de dominio que tiene una empresa sobre las demás vinculadas del grupo; es así que podemos identificar el primer paso para la legalización de los grupos económicos en Alemania, el cual se instruyó desde un origen contractual, en el cual se manifiesta el interés de todas las partes para constituir una agrupación al mando de una empresa que en doctrina alemana lo califican como empresa madre o matriz.

Como podemos darnos cuenta, el tratamiento jurídico en Alemania de los grupos económicos tienen dos vértices, (i) en principio los llamados *konzerne* de derecho, enmarcados como un tipo societario y cuyo origen tiene vinculación con la celebración del contrato de dominación; y (ii) por otro lado, los *konzerne* de hecho que pese a no estar regulado explícitamente en la Ley de Sociedades Anónimas de

Alemania, esta se deduce de la lectura e interpretación de la mencionada regulación, que tiene como prioridad proteger a las empresas vinculadas de una agrupación, excluyendo las formalidad de su constitución; pero en ambos supuestos bajo la advertencia de la concurrencia de la dirección unificada que ejerce la empresa matriz o el mismo grupo económico.

Es así que, respaldando lo citado anteriormente, Sacristán Represa señala lo siguiente:

“Lo que con el tiempo se muestra como singular, la definición legal del grupo, en su doble vertiente de delimitación del supuesto de hecho y la que llamaremos legalización del grupo, pertenece a lo que menos ha trascendido de la construcción alemana. Sin embargo, tanto por el valor actual de algunos aspectos de la definición, en especial el elemento central, la “dirección unitaria”, como por la coherencia del sistema establecido merecen estos aspectos, estrechamente vinculados entre sí, una consideración especial”. (Sacristán Represa, 2000, pág. 5)

El análisis de la legislación alemana me resulta interesante desarrollar, ya que me permite observar a estas grandes agrupaciones desde una perspectiva legal distinta a la que nosotros pretendemos tener como simple teoría, comenzando por la definición de un concepto reconocido a nivel societario, como en su especial trato respecto de las dos formas reconocimiento de grupos (de derecho o de hecho), que si bien algunos artículos redactados no enmarcan explícitamente los supuestos de hecho en donde puede sumergirse un grupo económico, pero que desde una interpretación simple de alguno de ellos se puede armar un marco jurídico completo que reconozca a estas agrupaciones como una persona jurídica susceptible de derecho y obligaciones.

Por ejemplo, el concepto de los grupos económicos en la legislación alemana está comprendido dentro de lo tipificado respecto de las empresas afiliadas, amparado en

el artículo 15 de la ley societaria del mencionado país que además curiosamente este mismo artículo conecta a otras para enmarcar mejor a este fenómeno de grupo, al tipificarse lo siguiente:

“Artículo 15.- Empresas afiliadas

Empresas jurídicamente independientes que, con respecto a otra son subsidiarias y afiliadas a la empresa matriz (Artículo 16), controlado o en control de empresas (Artículo 17), miembros de un grupo (Artículo 18), empresas con participaciones cruzadas (Artículo 19), o las partes en un convenio de empresa (Artículo 291.292) se constituirá como empresas afiliadas”.

Respecto de este artículo, y recordando los alcances obtenidos en el capítulo tres del presente trabajo, Cabanellas destaca cinco (05) supuestos en los cuales las empresas pueden estar vinculadas entre ellas, constituyendo de hecho o de derecho a los grupos económicos, las cuales son:

- “i) Empresas caracterizadas por la participación mayoritaria que una posee en la otra.
- ii) Empresas dominantes y dependientes, caracterizadas por el hecho de que las primeras puedan ejercer una influencia dominante sobre las segundas.
- iii) Empresas integrantes de un grupo de sociedades.
- iv) Sociedades con participaciones recíprocas entre sí.
- v) Sociedades vinculadas por un contrato de empresa.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, págs. 478-479)

Como se puede apreciar estos cinco supuestos se encuentran enmarcados en las dos formas de agrupaciones de empresas analizados, por un lado los puntos del *i)* hasta el *iv)* que pertenecen a los *konzern* de hecho; y por otro lado los reconocido en el punto *v)* como los *konzern* de derecho. Estas situaciones que menciona

Cabanellas lo podemos hallar en el artículo 18 de la Ley de Sociedades Anónimas de Alemania.

Evidentemente los *konzern* de derecho son los que se encuentran más propensos a que se les exija el cumplimiento de los marcos jurídicos aplicables en Alemania, ya que es más fácil identificar cuáles son las agrupaciones y sus respectivas empresas vinculadas así como su estructura societaria respecto de las responsabilidades que podrían asumir, entre otros; a diferencia los *konzern* de hecho que para aplicar la normativa societaria y otras, primero se debe de comprobar si es o no un grupo económico, o si solo las empresas están vinculadas por algún contrato similar a los contratos asociativos que manejamos en nuestro país; en tal sentido, podemos corroborar lo señalado anteriormente como una desventaja del reconocimiento de los grupos de hecho en la legislación.

Es así que, para poder continuar analizando la regulación de los grupos económicos en Alemania, considero importante estudiar las dos formas de reconocimiento de los *konzern*, que en doctrina en incluso en la práctica empresarial de Europa se encuentran aceptados; y paralelamente analizar la viabilidad de aplicarlo en nuestro país desde su enfoque societario:

4.1.1. *Konzern* de derecho

Los *konzerns* de derecho, también llamados en Europa como “Legalización de Grupo”, son nombrados así porque para su correcta constitución se necesita una solemnidad exigida por ley, tal cual sucede en Alemania cuando en su Ley de Sociedades se encuentra prevista la exigencia de inscribir el contrato de dominación al respectivo libro registral como una formalidad de constitución de los grupos económicos, situación similar a lo que ocurre con nuestra Ley General de Sociedades Peruana para la correcta constitución de una sociedad, volviéndose de esta manera la figura de los grupos económicos como un especial tipo societario

diferente a los otros reconocidos en determinados instrumentos jurídicos, adoptando así una personalidad jurídica distinta a las empresas vinculadas.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, en esta misma legislación Alemana no solo se reconoce a los *Konzern* de Derecho, los cuales como hemos señalado son aquellos constituidos mediante el contrato especial de dominación; sino que también en este cuerpo jurídico se encuentra previsto algunos supuestos en donde se puede determinar a los *konzern* de hecho sin que medie algún documento que plasme la dirección unificada. Al respecto, debemos de observar lo previsto por el Artículo 17 de la Ley de Sociedades Anónimas de Alemania cuando se tipifica lo siguiente:

“Artículo 17.- Las empresas vinculadas son empresas jurídicamente independientes que se hallan unas respecto de las otras en una relación de empresa mayoritaria y empresario minoritario; empresa dominante y empresa dominada o dependiente; empresa bajo dirección única; empresas recíprocamente participadas o empresas participantes en un contrato de empresa.”

En la legislación Alemana se reconoce a los grupos económicos desde dos perspectivas (i) uno de los enfocados se relaciona bajo la teoría contractualista que he desarrollado en el capítulo dos del presente trabajo; y (ii) por otro lado las situaciones que en la práctica se realizan para la obtención del dominio que ejerce una empresa sobre otra(s); pese a que en Alemania se ha desarrollado dos tipos de formas para la constitución de los grupos económicos, debemos de tener claro que para ambas formas lo que prima para la identificación de estas agrupaciones de empresas, en la legislación del mencionado país, es el desarrollo del elemento llamado “Dirección unificada”; al respecto y fortaleciendo esta posición de reconocimiento del fenómeno de grupos en la legislación Alemana, Sacristán desarrolla en sus pie de notas lo siguientes:

“La dirección unitaria que constituye nota esencial del grupo, puede tener su origen en cualquier medio apto para conseguir unificar las voluntades de los sujetos, empresas, fundamentalmente sociedades que, de ese modo constituyen en conjunto una denominada empresa pluricorporativa. (...) el ejemplo más claro y normativamente desarrollado es el denominado ‘Contrato de dominación’ (...)” (Sacristán Represa, 2000, pág. 31)

Respecto de la peculiar forma de constituir un grupo económico en Alemania, considero que el legislador del mencionado país tuvo dos (02) intenciones principales – pero no únicas – de regular tipificar ciertos lineamos dentro del campo del Derecho Societario: (i) en principio, es llegar a alcanzar la adecuada transparencia en la constitución de un grupo económico, con la finalidad de afinar los derechos y responsabilidades de las empresas vinculadas, la misma agrupación y terceros involucrados directa o indirectamente; y (ii) por otro lado, reconocer el intereses del grupo en el marco de las delimitaciones de acciones de las empresas vinculadas y la agrupación frente a cualquier involucrado.

De esta manera ambos puntos se vinculan desde la documentación preliminar necesaria para la constitución de los grupos económicos, al encontrarse tipificado en su artículo 293 que para que entre en vigor esta nueva alianza empresarial se requiere la aceptación de la mayoría calificada de la junta general de accionistas tanto de la empresa contralada como la empresa controlante, ya que de esta manera se evidenciaría con documentación fehaciente la situación de dirección unificada de las empresas vinculadas.

Sobre el particular, la regulación alemana ha desarrollado estos puntos de tal manera que la presunción que se utilice en la toma de decisiones en un grupo económico de derecho sea “*juris et de jure*” con la sola existencia del contrato de dominación; de esta manera Hundskopf señala que “En estos casos, la dependencia creada o fijada jurídicamente por el contrato es uno de los caracteres básicos sobre los cuales se

funda la presunción *juris et de jure*, de que existe una dirección unificada de las empresas contratantes.” (Hundskopf Exebio, 2003, pág. 153)

Esta presunción que se maneja en Alemania radica en que la manifestación de voluntad del máximo órgano de dirección y control de una empresa otorga la seguridad frente a terceros sobre la voluntad que tienen cada empresa vinculada de someterse a la dirección de una empresa madre o matriz; siendo primordial para ello la identificación de las partes que se encuentren vinculadas en alguna relación contractual, laboral, civil e incluso penal que pudiera existir en el accionar de alguna empresa que se encuentre dentro de la agrupación y que además este direccionada por alguna otra empresa - claro está, demostrando con la suficiente evidencia de acredite la responsabilidad sea a causa del mandato de la empresa matriz; además de ser publica frente a terceros la constitución de un grupo y su estructura empresarial a la cual se han convertido.

Para cumplir esta finalidad la misma norma alemana ha tipificado un requisito indispensable para la constitución de estas agrupaciones, al igual que en nuestra legislación cuando se encuentra señalada la obligatoriedad de estar inscrito todo acto que constituya a una sociedad dentro de Registro públicos, en ella se ha previsto la misma responsabilidad en el artículo 36 de la ley de sociedades anónimas Alemana, el cual tipifica lo siguiente:

“Artículo 36.- Inscripción de la empresa

- 1) Todos los fundadores y todos los miembros del consejo de administración y al consejo de vigilancia deberá presentar a la empresa a la corte del registro y del registro mercantil (...).”

Este artículo se debe de observar a su vez con el Artículo 294 de la Ley en mención al tipificar que:

“Artículo 294.- Eficiencia del registro

1. El consejo de administración de la empresa deberá presentar la existencia y formar del convenio de empresa y el nombre de la otra parte contratante para la inscripción en el registro de comercio; Si hay varios acuerdos a transferir una parte de los beneficios, el nombre de la otra parte contratante puede ser reemplazada por otra designación determinar el convenio respectivo para transferir una parte de los beneficios. El acuerdo y, si tal único acuerdo se hace efectiva en el consentimiento de la reunión de los accionistas. (...).”

Al respecto, Lozana haciendo alusión de las ventajas que trae la regulación de los Grupos Económicos como una figura societaria independiente, al igual que en nuestra legislación peruana sobre la constitución de las sociedades y su correspondiente registro, opina respecto de la seguridad y transparencia que otorga esta legalización empresarial desde la perspectiva de los requisitos básicos para la correcta constitución de los grupos económicos, al mencionar lo siguiente:

“(...) cuando en la legislación alemana se hace referencia o trata o reglamenta a los grupos de derecho, es claro que en estos casos particulares lo que resalta de su normativa es el hecho concreto de que esto debe ser informado en el Registro de Sociedades pertinentes para cumplir con la publicidad de las personas que en general pudiesen verse envueltas en tratativas o actividades comerciales con las empresas integrantes de estos grupos, lo que de por si importaría una revelación completa respecto de la estructura de su grupo y de las relaciones que pudiesen mantener intra grupo, lo que constituiría un requisito esencial para que se asegure que el funcionamiento de estos grupos sean compatibles con los intereses de los acreedores y de los accionistas en general.” (Lozano Hernández, 2006, pág. 154)

Además de las ventajas antes mencionadas, considero que otra utilidad que tiene la regulación de los grupos económicos en Alemania se encuentra acobijada bajo el

vértice de salvaguardar los intereses del grupo sobreponiéndose a los intereses particulares de cada empresa vinculada o incluso de los mismos accionistas en general, predominando la manifestación de cada integrante del grupo plasmado en el contrato de dominación o incluso en otro documento que tenga el mismo o similar fin para constitución de dicha agrupación; al respecto, Sacristán haciendo referencia al contrato en mención, señala que “Este contrato tiene un contenido legalmente determinado, a través del cual se establece el modo de componer los intereses en presencia, junto al del grupo, los de socios minoritarios y acreedores, fundamentalmente. (...)” (Sacristán Represa, 2000, pág. 5)

Sin perjuicio de lo citado en el párrafo precedente, el citado autor destaca el ámbito societario de la protección de los intereses del grupo sobre los intereses particular, reforzando de esta manera la ventaja del grupo de esta regulado y reconocido como una figura societaria autónoma de las que ya se encuentra tipificadas, al mencionar que:

“En materia de protección de intereses forman parte de aquella aportación, aparte de la conveniencia de reconocer en algunos supuestos – u por tanto de proteger – el interés del grupo, como empresa de nuevo cuño, dando relieve en el plano jurídico a la unidad generada desde el punto de vista económico, la protección del modo adecuado de los intereses tradicionalmente tutelados por el Derecho de sociedades, los de los socios, especialmente los minoritarios, calificados en este contexto de ‘externos’, ajenos a la dirección del grupo y los de los acreedores, fundamentalmente los de las sociedades sometidas a la dominación o control de la empresa dominante, madre, o cabeza del grupo, sin olvidar los de los trabajadores.” (Sacristán Represa, 2000, pág. 6)

Del citado párrafo precedente, nos podemos dar cuenta que el mencionado autor desarrolla ciertas ventajas sobre la legalización de los *konzern* en el marco de la existencia de un instrumento que permita definir cuando estamos frente a un tipo de

grupo económico en Alemania, perfilando su opinión desde el análisis respecto de lo que venimos mencionado acerca de la transparencia y viabilidad de funciones de acuerdo al interés del grupo.

Y, por otro lado hace mención a una ventaja peculiar e importante que resalta la misma actividad de las empresas, incluso está vinculado al principal manejo de estas agrupaciones dentro del mercado globalizado en el que actualmente nos encontramos, el cual no solo está relacionado a la conexión con otras personas, sino también al medio de cómo es que se relacionan abarcando distintas disciplinas del derecho, como por ejemplo cuando nos encontramos frente a la existencia de una relación contractual de algún servicio que brinde el *konzern* a una determinada comunidad, o la situación laboral de los trabajadores de cada empresa vinculada que, a mi parecer, tiene dos direcciones, por un lado las labores ejercidas en beneficio de la empresa que lo contrato; y por otro lado, sus labores que directamente beneficien al grupo.

Definitivamente la regulación de los grupos económicos en el marco de leyes societarias, orienta a que el legislador pueda unificar de alguna manera los conceptos que se manejan para este fenómeno de grupo, y con ello consolidarlo en un mismo instrumento que sirva de base para que las demás ramas del derecho lo puedan acoplar dentro de su estructura normativa, evitando que existan diferentes conceptos o manejos legales dependiendo de la materia en la que se deba de aplicar el caso subsumible.

En ese orden de ideas, podemos destacar que principalmente la motivación de legalizar a los *konzern* en Alemania está orientada a brindar un marco transparente en el mercado, teniendo como base la inscripción del documento pertinente para la constitución de los grupos económicos, ya que al ser público, se identifica con mayor facilidad a las empresas que actúan a través de la dirección de una empresa matriz, e incluso determinar qué grado de responsabilidad tendría cada empresa sobre un

hecho determinado – propuesta y regulación que se asemeja a los requisitos de constitución peruana, de acuerdo a nuestra Ley General de Sociedades –.

También podemos apreciar que la legislación societaria alemana de los *konzern* tiene una orientación protectora al interés del grupo frente al interés particular de cada empresa vinculada – en otras palabras, se reconoce con un mayor rango el interés del grupo frente al interés de las empresas vinculadas, ello con la finalidad de no sabotear y dejar sin efecto de cualquier manera el interés colectivo, pactado desde su constitución –.

Y finalmente, respecto del elemento característico de los *konzern*, en Alemania se tipifica en su ley societaria los parámetros, derechos y obligaciones que comprende esta facultad, orientado a brindar las bases para que cualquier persona pueda detectar si se define o no un grupo económico, al margen de si existe o no contrato de dominación, ya que su tipificada brinda las bases para detectar dicho elemento; al respecto debemos de hacer un vistazo a lo señalado en el artículo 308 de la mencionada ley:

“Artículo 308.- Facultad de dirección.

- 1) En el caso de un acuerdo de control, la empresa que ejerce el control tendrá el derecho a dar instrucciones al Consejo de administración de las empresas integrantes con respecto a la gestión de la empresa. A menos que se disponga de distinta forma en dicho acuerdo, las instrucciones puede ser emitir de manera desventajosas a la empresa, si son ventajosas a la empresa controlar o a empresas filiales que son miembros del mismo grupo como a las empresas afiliadas como a la misma corporación.
- 2) El consejo de administración estará obligado a cumplir con las instrucciones de la empresa controladora. El consejo de dirección no puede rechazar el cumplimiento con una instrucción alegando que tal instrucción no son en su opinión parte de los intereses de la

controladora empresa o de las empresas afiliadas que son miembros de un mismo grupo, tales como las empresas que controlan y dicha sociedad controlada, a menos que tales instrucciones manifiestamente no sirven a esos intereses. (...)”

Como nos podemos dar cuenta, en lo típico se encuentra la base legal de que una empresa pueda direccionar a otra, y además las obligaciones que tendrían cada empresa parte, claro está que su regulación es más fácil aplicarla a los *konzern* de derecho, ya que en este tipo de agrupación de forma preliminar se encuentra prevista quien dirige y quien son los dirigidos; al respecto, Cabanellas señala que:

“La configuración de un grupo contractual permite a la sociedad controlante y a sus órganos ejercer legítimamente un poder de dirección sobre la sociedad controlada, aun cuando ese poder se ejerza en forma desventajosa para la sociedad controlada. También establece en términos generales, la obligación de los órganos de la sociedad controlada de cumplir las instrucciones impartidas por los órganos de la controlante.”
(Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 480)

Sin perjuicio de las ventajas ya revisadas de manera precedente, debemos de incluir dos supuestos importantes de la legalización de los *Konzern* de derecho: en principio, respecto de la legalidad que tiene la empresa matriz de impartir alguna orden a sus demás empresas partes, se aboca a raíz de la manifestación de voluntad que tuvieron las empresas vinculadas de constituir un grupo económico; definitivamente, considero que la regulación de los grupos económicos a través de un contrato para su constitución es clave para su correcta legalización y actuación en el mercado, ya que de esta manera se podrá determinar desde un inicio cuales son los límites de actuación de las personas jurídicas vinculadas y de la empresa matriz y, con ello, determinar su responsabilidad y el marco legal aplicable – perfilado en observar si es penal, civil, labora, entre otros – dependiendo del hecho concreto.

Y de esta manera, considero que el contrato de dominación podría ayudar a definir de alguna manera, la responsabilidad que se le podría imputar a la empresa matriz y/o a las empresas partes, a consecuencia del ejercicio de la facultad de dirección, dando la seguridad suficiente a los terceros involucrados con los *Konzern*; en Alemania, como una situación particular a diferencia de los demás países vecinos, no se ha enmarcado los límites que debería tener la empresa matriz para direccionar al grupo económicos, en la legislación del mencionado país lo único que reconoce es un tipo de resarcimiento indemnizatorio tal como se puede apreciar en su artículo 311 de la mencionada ley Alemana.

Al respecto, Lozano menciona que:

“La ley germana (...), establece claramente que la empresa dominante no puede ejercer su posición de dominio para obligar a las empresas controladas a celebrar contratos o negocios perjudiciales a sus legítimos intereses o tomar decisiones o incurrir en omisiones que pueden generar perjuicios a la economía de estas empresas dependientes. Establece, sin embargo, que esta regla general puede ser omitida en la medida en que la empresa dominante cumpla con resarcir o compensar debidamente las pérdidas económicas que pudiesen significar la toma de estas decisiones y su posterior ejecución en perjuicio del patrimonio de las mismas y, por ende, de los legítimos intereses de los accionistas de las empresas dominadas o dependiente”. (Lozano Hernández, 2006, págs. 153 - 254)

Incluso en la misma normativa alemana se ha tipificado ciertos comportamientos, obligaciones y derechos que deben asumir los miembros del consejo de la empresa matriz del grupo económico en atención a las afectaciones que pudieran haber ocasionado a las empresas vinculadas, tal cual se puede verificar del artículo 310 y 317 de la Ley societaria Alemana de acuerdo a los lineamientos internos.

En la práctica empresarial alemana, estos artículos antes citados no se desarrollan adecuadamente frente a las empresas minoritarias o pequeñas que se encuentren vinculadas dentro de un grupo económico, ya que es fácil resarcir económico a alguien sin tener otra sanción que afecte societariamente; al respecto, Cabanellas desarrolla en su pie de página, esta realidad de la siguiente manera:

“Particularmente negativa es la experiencia en cuanto a la protección de minorías. Los abusos contra éstas y la resistencia de los inversores a participar en sociedades formadas bajo el Derecho alemán – frente a las constituidas bajo otros regímenes societarios de países desarrollados – son una advertencia frente a la tentación doctrinal a repetir estructuras lógicamente impresionantes pero desconectadas de la realidad económica a reglar.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 483)

Es así que, no considero que sea adecuada la sanción que se tipifica en la ley Alemana, ya que la vulneración de derechos de las empresas vinculadas podría ser muy alta debido a que lo único que podría hacerse por su afectación, es pagar un determinado monto y nada más; soy de la idea que debería de legislarse, además de lo antes mencionado, una sanción un poco más drástica para este tipo de situaciones, sobre todo si la afectación es reiterada, como por ejemplo, tipificar que para esos casos se sustituirá a la empresa matriz por otra integrante, o como causal de desvinculación por parte de la empresa afectada, o por último la liquidación de la empresa.

Es así que, de manera de conclusión, podemos decir que sería difícil aplicar cualquier regulación o incluso determinar la responsabilidad que tendría las empresas vinculadas en una agrupación si en principio no se tiene claro si existe o no un grupo económico; o incluso sería difícil argumentar o probar quien es la empresa matriz que tiene la legítima facultad de dirección frente a las demás empresas vinculadas, o determinar cuál es el interés del grupo en miras de saber si es legítima la dirección impartida, entre otros supuestos que van de la mano con la

transparencia frente al mercado globalizado; puntos que con el simple hecho de que exista un contrato ya no habría ningún tipo de problemas al identificar a los responsables.

4.1.2. Konzern de hecho

Por otro lado, en la legislación alemana también se reconoce a los grupos económicos hecho llamados en ese país como *Konzern* de hecho, los cuales se presentan cuando no se ha firmado el famoso contrato de dominación pero en la práctica se verifica el elemento de dirección que imparte la empresa matriz a las demás empresas vinculadas; esta figura se puede deducir de una simple interpretación del Artículo 18 de su ley de sociedades del mencionado país, al encontrarse tipificado lo siguiente:

“Artículo 18.- Grupos y miembros del grupo

- 1) Si una controladora y una o más empresas controladas están sujetas a la dirección común de la empresa controladora, tales empresas constituirán un grupo y las empresas individuales constituirán a los miembros de tal grupo. Si las empresas son partidos a un acuerdo de control (Artículo 291) o si una empresa ha sido integrada en el otro (Artículo 319), tales empresas, como se considerará, serán sujetas a la dirección común. Una empresa controlada y su empresa de control serán supuestas para constituir un grupo.
- 2) Si legalmente las empresas independientes están sujetos a una dirección común, aunque ninguna de tales empresas controle el otro, tales empresas constituirán un grupo y las empresas individuales constituirán a los miembros de tal grupo.”

El significado, los elementos característicos o incluso los derechos y obligaciones que asumen los grupos económicos no se diferencian por que sean o de hecho o

derecho; sin embargo, esto no quiere decir que en el fondo guardan algunas diferencias en cuanto a tu trato respecto de las leyes alemanes, que incluso en mi perspectiva fueron o son causales que algunos países no adopten este modelo legislativo.

Para comenzar, debemos advertir que a diferencia de los grupos de derecho, la presunción en la que se enmarca los grupos hecho se aboca en una situación *iuris tantum*, ya que como no hay algún instrumento que pruebe la vinculación lo único que se puede hacer es esperar a que se manifiesten algunos elementos correspondientes a los *Konzern*; al respecto, Cabanellas desarrolla esta idea, desde el análisis del artículo 18 citado, al mencionar que:

“En otros supuestos, el artículo 18 incluye una presunción *iuris tantum* de dirección unificada; tal el caso cuando, en un conjunto de empresas, una o más de ellas es o son dependiente de otra u otras – de esta presunción se infiere que la configuración de un grupo o *Konzern*, bajo el Derecho alemán supone la existencia de una dependencia entre sociedades y, adicionalmente, la existencia de una dirección unificada.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 480)

El mismo autor, en líneas posteriores, respalda lo mencionado cuando señala lo siguiente:

“Según surge del citado artículo 18, existe un grupo cuando varias sociedades tienen entre sí una relación de dependencia y cuando se encuentran bajo una dirección unificada; esta dirección se presume, con posibilidad de prueba en contrario, de existir la mencionada relación de dependencia. Si se dan estas circunstancias, se plantean entonces dos opciones, o bien se reúnen las condiciones para configurar un grupo contractual, o – si ello no es el caso – estaremos ante un grupo de hecho.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 481)

Es así que podemos identificar un primer problema en el ordenamiento societario alemán, respecto de la posibilidad que los *konzerns*² pueden constituirse por el simple hecho que una empresa controle a otra; ya que a falta de un documento que identifique quien es la empresa matriz y sus determinados parámetros de mandato – en el marco de los intereses del grupo –, no habría nada que respalde su dirección impartida a las empresas vinculadas, incluso podríamos estar frente a un mandato *ultra viris* si no se cuenta con algún instrumento fehaciente que limite esta facultad o por lo menos que identifique cual es el interés del grupo.

Respaldando esta posición Sacristán señala lo siguiente:

“A falta del mismo – Contrato de dominación – y del consiguiente reconocimiento y protección del interés del grupo y de la facultad de impartir ordenes por la empresa cabeza del grupo, la situación de dominación/dependencia, la predominantemente reconocida como apta para que se emitan directrices por la empresa dominante, tiene su régimen especial que, por vía de control, tiende a dificultar tanto la ejecución de aquellas ordenes, como la efectiva obtención del interés del grupo”.

(Sacristán Represa, 2000, pág. 5)

Además de lo antes señalado, el problema de indicar cuales son las empresas vinculadas de un *konzern* o la falta de señalar cual es el interés del grupo o la razón por la cual se constituye un grupo económicos radica en la dificultad para imputar responsabilidad a la empresa matriz sobre la vulneración de alguna empresa vinculada, ya que al igual que los *konzerns* de derecho, a las agrupaciones de hecho se les aplica la misma normativa sobre indemnización reconocidos en los artículos 310, 311, 317, entre otros – previa prueba que evidencie que la actuación de una

² Recordando que para su formación o para tratar a un grupo económico como tal, deben de existir los tres elementos desarrollados en el capítulo uno de la presente investigación las cuales son: (i) Preexistencia de la personalidad jurídica; (ii) Relación de dominación dependencia entre las empresas; y (iii) Dirección unitaria.

empresa vinculada ha sido como consecuencia de la dirección impartida por la empresa matriz –.

Definitivamente la aplicación de este artículo en mención se hace más laboriosa aplicarla en un grupo económico de hecho, ya que para acreditar la dirección impartida de la empresa matriz a una empresa vinculada, primero se debe de demostrar el vínculo y cuál es el interés del grupo, para con ello determinar cuál es la responsabilidad adecuada que debe de asumir la agrupación; siendo esta causa una de las razones para que diferentes autores, incluso otros países no acoplen esta normativa societaria alemana.

Además del problema que existe en la aplicación de leyes para los *konzerns* de hecho, la regulación alemana tiene un trato diferente y especial para esta clase de agrupaciones, siendo su sus exigencias mucho más densa y controladora que la de una que se constituye cumplimiento con los requisitos legales respectivos; por ejemplo podemos mencionar lo tipificado en el artículo 312 de la ley de sociedades alemana, al señalarse lo siguiente:

“Artículo 312.- Informe del Consejo de Dirección sobre Relaciones con Empresas Afiliadas

1. En ausencia de un acuerdo de control, el consejo de administración de una sociedad controlada, dentro de los tres primeros meses de cada año fiscal, rendirá un informe sobre la relación de la empresa con las empresas afiliadas. Tal informe especificará todas las operaciones firmadas por la empresa durante el año fiscal anterior con la empresa de control o cualquier empresa afiliada con tal empresa de control o en la instrucción o en el interés de cualquier empresa y cualquier otro acto que la empresa controlada ha emprendido o se ha abstenido de emprender en la instrucción o en el interés de tal empresa. Tal informe, con respeto a transacciones, especificará cualquier consideración dada o recibida y, con respeto a actos emprendidos, declarará los motivos

para tales actos y las ventajas y desventajas para la empresa controlada. Si dieran a la compensación por ser desventajosas, tal informe especificará la manera en la cual se compensó durante el año fiscal y cuales fueron medidas legales asumidas a favor de la empresa afectada.

2. Dicho informe deberá cumplir con los principios de la conciencia y contabilidad exacta.
3. El consejo de dirección, al final de tales informes, comentará si la empresa,
bajo la circunstancia en conocimiento del consejo la fecha sobre la cual la empresa firmó tal transacción o emprendió o se abstuvo de emprender tal acto, recibió la consideración adecuada para cada tal transacción o sufrió cualquier desventaja por la razón de empresa o abstención de emprender tal acto. Si la empresa sufriera cualquier desventaja, el consejo de dirección comentará si tal desventaja ha sido compensada. Tales comentarios serán incluidos en el informe anual.”

Del citado artículo, podemos darnos cuenta que la regulación alemana de los *konzerne* es más rigurosa cuando se trata de los que se constituyen de hecho, sin la suscripción del contrato de dominación; sin embargo considero que este trato diferente tiene como vértice la protección del buen gobierno corporativo y responsabilidad social empresarial que deben de tener todos los grupos económicos frente a las empresas vinculadas, o a la misma sociedad, pudiendo ser a su vez una herramienta jurídica que el Estado utilice para controlar y fiscalizar las actuaciones de estas agrupaciones que no fueron constituidas en base a un contrato, ello con la finalidad de evitar cualquier abuso de poder de las empresas matrices de cada agrupación – refiriéndome a actividades de nivel interno o externo del grupo –, para así tratar de alcanzar la transparencia y confianza necesaria que deberían de tener en el mercado global, sin importar si son *konzerne* de derecho de hecho.

Como podemos apreciar, hay algunos artículos que pueden aplicarse de forma paralela para ambos tipos de grupos económicos, pero las exigencias son más rigurosas para *konzerns* de hecho que los de derecho; generando de esta manera mayor costo al grupo y al mismo tiempo al Estado – en este caso a Alemania – ya que por ejemplo para identificar a un grupo económicos de hecho, es necesario iniciar un procedimiento previo para que se practiquen las pruebas concurridas, o cuando se quiere compensar a una empresa vinculada afectada a causa de la dirección de la empresa matriz, entre otros casos.

Es así que, podemos deducir el gran problema que tuvo la regulación alemana respecto del reconocimiento de los *konzern* de hecho, ya que no se podía saber fehacientemente la situación de estas agrupaciones ni tampoco se podía distinguir cuales empresas tienen alguna relación de dependencia o incluso no se podía identificar la dirección unificada; al respecto, Cabanellas señala lo siguiente:

“Igualmente difícil es la determinación de las pérdidas y desventajas que se causen a las empresas dependientes, de la existencia de una relación de dependencia y de la distinción entre dependencia y dirección unificada, necesaria esta última para individualizar la configuración de grupos de hecho.” (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 483)

Incluso el mismo autor resalta una práctica empresarial alemana que no era congruente con el fin de la promulgación de la ley sobre grupos económicos en el marco de la protección de las empresas minoritarias, al señala que “No soluciona el problema de la protección de los socios minoritarios en mayor medida que la aplicación de las reglas comunes a toda sociedad en materia de interés societario y responsabilidad de socios y administradores”. (Cabanellas de las Cuevas, 2008, pág. 483)

Como lo he mencionado anteriormente, esta perspectiva se encuentra compartida por doctrinarios y diferentes países, como por ejemplo frente a la unión europea, la

regulación de los *konzern* de hecho que tipificó Alemania fue una estrategia legislativa muy propia de ese país, incluso algunos autores europeos desarrollan esta idea basándose en que no fue congruente con la realidad alemana y de los demás países; al respecto, Sacristán señala que:

“Sé pensó que de este modo, complementario de los estímulos que suponían el reconocimiento de los intereses del grupo, cumplidas las condiciones de legalización, se habían encontrado una fórmula para conseguir que, de manera fundamentalmente voluntaria, las situaciones de grupo salieran a la luz y se auto-disciplinaran. El hecho de que este sistema no llegue a conseguir los resultados esperados generalizándose la situación de los grupos de hecho hizo que esta solución fuera perdiendo prestigio y resultase mayoritariamente rechazada. El hecho, además, de que fuese una solución muy propia de un concreto estado miembro – resulta exclusivo de su propia experiencia y planteamiento – dificultaba ya de entrada su capacidad de expansión.” (Sacristán Represa, 2000, págs. 5-6)

Por tanto, considero que una de las grandes ventajas que generaría la legalización de los grupos económicos como un tipo societario distinto, sería la disminución de costos que podrían asumir los mismo grupos como los Estados que permiten el acceso de estas agrupaciones, ya que si en principio una ley tipifique a estos grupos en el marco societario se podría prever iniciar un procedimiento para el reconcomiendo de una agrupación de empresas, se podría identificar desde su constitución los órganos de dirección, se podría identificar el interés grupal en miras de alinear la facultad de dirección impartida, entre otros supuestos que enmarcan la actividad de este fenómeno de grupo.

La legalización de los grupos económicos de derecho en el marco societario definitivamente sería un instrumento muy ventajoso para una país, ya que de esta manera el sistema y el mercado sería mucho más transparente y moderno, porque

esta nueva tendencia es la modernamente utilizada por los empresarios para mejorar sus utilidades y tener una mejor posición en el mercado, protegiendo a las minorías y al país en general.

4.1.3. Ventajas de la regulación de los grupos económicos en el marco normativo alemán frente a nuestra ley general de sociedades

Una primera ventaja que puedo encontrar de la regulación Alemana es la transparencia en la que se basa la constitución de los grupos económicos, en el marco de la suscripción de los contratos de dominación, procedimiento que se asemeja mucho con nuestra legislación y su exigencia para la constitución de una empresa siguiendo los parámetros de los diferentes tipos societarios existentes.

Por otro lado, esta transparencia también trae consigo la seguridad jurídica que tendría todos los agentes del mercado que se involucren con un grupo económico, ya que al estar inscrito en un registro público, como en nuestro caso vendría a ser la SUNARP, se podría identificar con facilidad quienes son las personas vinculadas a estas agrupaciones, incluso podríamos advertir cual es el giro empresarial a la cual fue constituida un grupo económico.

Esta identificación del giro empresarial de una agrupación, traería seguridad en las diversas contrataciones y vínculos frente al mercado, ya que este sería el primer índice de límites que tendría la empresa matriz para accionar y/o ejecutar alguna dirección frente a las demás empresas vinculadas, o incluso a diversas personas involucradas.

Este fenómeno de grupo en la actualidad se encuentra vinculada con diversas sectores del mercado que hoy en día podemos advertir; por ejemplo en mayo del presente año se dictó y entró en vigencia el Decreto Supremo N° 14-2017-EF – Decreto Supremo que Precisa la Definición de Grupos Económicos y Establece

Disposiciones para la Implementación de Identificación y Asignación de riesgos en Obras Publicas –, en el cual se advierte la posibilidad de que las diversas contrataciones con el estado también pueden estar involucrados con agrupaciones de empresas. Lo cual, al amoldar la perspectiva normativa de Alemania en nuestra Ley General de Sociedades, se estructuraría mejor este fenómeno de grupos y con ella se podría optimizar la aplicación de cualquier normativa de diferente sector.

Por otro lado, la solemnidad de celebrar el contrato de dominación para constituir un *Konzern* de Derecho, permite identificar de manera preliminar el marco de responsabilidad que podría tener la empresa madre o matriz frente a actos cometidos por las empresas partes, señalando cuales son las funciones de cada una de las empresas vinculadas, asimismo, se estaría señalando en dicho documento cual es el objeto de la agrupación; con lo cual, y tal cual lo he señalado, se podría reducir los costos que podría provenir de un procedimiento para el reconocimiento de estas agrupaciones para con ello llegar a la imputación de responsabilidades o cualquier otro acto que se encuentre involucrado este fenómeno de grupo.

Considero un gran aporte de la regulación alemana la legalización de los grupos económicos en mérito de un contrato ya que de esta manera se estar salvaguardando los intereses y las voluntades de cada empresa interesa en forma un grupo económico, ya que de esta manera, quedaría limitada las facultades, poderes, actuación, dirección, y general cualquier situación que involucre a los firmantes; es desde este punto que consideramos que su regulación debería estar enmarcada desde un inicio en algún documento formal para su constitución, similar a nuestras exigencias típicas en nuestra Ley General de Sociedades, pero que en definitiva deberían estar en un capítulo independiente a las demás señalas y reguladas, debido a su compleja estructura y comportamiento empresarial.

Recordemos lo analizado en el capítulo dos cuando mencioné que la tipicidad de una sociedad ayuda a optimizar el corrector actuar de empresarios para dirección una sociedad de acuerdo a sus interés, y además con ello armarse de derechos y

deberes para ejercer como empresa; teniendo en cuenta que en nuestra Ley General de Sociedades podría implementarse como una estrategia especial recopilando también la idea de los contratos asociativos.

Por otro lado, de la regulación alemana, puedo advertir que la legalización de los grupos económicos en nuestras leyes societarias ayudaría a que nuestro país por medio de otras instituciones puedan fiscalizar mejor las formas de financiamiento y la parte contable de los grupos económicos, en el amparo del principio de transparencia que deberían de tener toda empresa constituida de acuerdo a ley.

Por otro lado, respecto de los *konzern* de hecho reconocidos en Alemania, en mi opinión, no sería una idea estratégica que beneficie a nuestro país, ya que se dependería de la buena fe de los empresarios en declararse como un grupo económico; considero que por la complejidad que trae consigo la constitución de estas agrupaciones, sobre todo por estar vinculadas con varias ramas jurídicas a nivel mundial, sería necesaria la adecuación obligatoria para todas las agrupaciones estructurarla de acuerdo a un parámetro societario como lo son los tipos societarios reconocidos, o como también ocurre con algunos contratos asociativos, que de manera casi completa la legislación Alemana ha regulado este panorama en el marco de los *konzern* de derecho.

4.2. Legislación francesa

Después del caso Rockefeller, el país norteamericano tuvo un avance empresarial importante a nivel mundial, tal fue su impacto que alrededor de la década de los sesenta dicho mercado se expandió en toda Europa, provocando que algunas grandes empresas americanas adquieran otras europeas de manera grupal que tengan los mismos beneficios que los *Trust Companies*.

Sin embargo, a diferencia de los *Trust companies* la figura plasmada en los países europeos tuvo otra visión, en estas últimas la finalidad era solidaria ya que lo que buscaban era el surgimiento de las pequeñas empresas para que puedan ser frente a las grandes ya posicionadas en el mercado; al respecto, Lozano menciona que:

“(…) con ello permitió aglutinarse a las pequeñas empresas, tanto en organización como en capital, para poder asumir proyectos, tanto de investigación como de desarrollo o implementación de diversas áreas comunes, que por sí solas no podían asumir. Se fomentaba la formación de estos grupos para permitir su mejor competencia en el mercado”. (Lozano Hernández, 2006, pág. 161)

Es en ese sentido que los legisladores franceses al ver este beneficio de surgimiento económico para su país denominó a estas agrupaciones como “Grupos de Interés Económico”, ya que la finalidad de su surgimiento, a diferencia de los *trust companies* que su mira estaba ligado a adquirir el poder de dominio del mercado, tenían como objeto el crecimiento de las pequeñas y medianas empresas, produciendo la sostenibilidad del grupo, las empresas vinculadas y del mismos país.

Con lo cual, al ver esta gran ventaja que trajo el surgimiento de los Grupos de Interés Económico, los legisladores de Francia se limitaron a dar pautas generales que les sirva para entender a este fenómeno de grupo y con ello, mediante casuísticas, poder delimitar algunas acciones o comportamiento que sobrevengan a sus acciones.

Es así que mediante la Ordenanza N° 67.821 de fecha 23 de setiembre de 1967, se dictó el primer marco jurídico que sirvió como base para delimitar conceptualmente algunas figuras del mencionado fenómeno societario, por ejemplo en el artículo 1 se definió a los Grupos de Interés Económico de la siguiente manera:

“Artículo 1.-

Dos o varias personas jurídicas pueden constituir entre ellas un grupo de interés económico con una duración determinada. El fin del grupo es el de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o aumentar los resultados de esta actividad; no es la de realizar beneficios para ella misma. Su actividad debe relacionarse con la actividad económica de sus miembros y no puede tener más que un carácter auxiliar con relación a esta.”

Su normativa en particular delimitó los conceptos que se deben de tomar para considerar a un grupo de interés económico como tal, incluso dicha normativa dio una pauta interesante respecto de su personalidad jurídica que surge de esta agrupación, al encontrar tipificado en su artículo 3 que esta agrupación goza de personalidad moral y es susceptible de ser inscrito en el registro respectivo, en donde nace como sociedad independiente.

Tal cual lo he mencionado anteriormente, esta norma sirvió para brindar un primer panorama conceptual de las figuras que surgen de estas agrupaciones; es así que por medio de algunas sentencias expedidas por la corte de casación francés se alimentó este marco jurídico, incluso por medio de estos instrumentos surgió la *Doctrina Rozenblum*, la misma que delimitó las responsabilidades que deberían de asumir la empresa matriz frente a sus empresas vinculadas.

4.2.1. Doctrina *Rozenblum*

Esta doctrina surgió a raíz de pronunciamientos de tribunales franceses, cuando en su momento se discutió sobre las responsabilidades que deberían de asumir cada uno de las partes vinculadas; sobre particular doctrina, Lozano Hernández hace una recopilación de los prepuestos que en dicho país se adoptaron para delimitar la responsabilidad que deberían de tener cada una de las empresas vinculantes a la agrupación, al mencionar lo siguiente:

“La pirámide en que se construye dicho estatus requiere:

1. Que el grupo tendrá que ser estructuralmente sólido; lo que se perfeccionará en la medida que sea latente y evidente el dominio ejercido por la sociedad controladora.
2. Desarrollar una política coherente; que represente una unidad intangible y fácilmente reconocible, y que envuelva las partes comercial, productiva y financiera del grupo.
3. Mantener un cierto equilibrio interno entre el conjunto de cargas y beneficios que se han de atribuir convenientemente a cada una de las sociedades integrantes del grupo.” (Lozano Hernández, 2006, pág. 162)

Desde este análisis puedo advertir algunas situaciones que diferencian la estructura jurídica francesa con la alemana respecto de este fenómeno de grupo; en la Doctrina *Rozenblum*, el grupo de interés económico debe tener una estructura societaria sólida, ello quiere decir que su constitución, las responsabilidades asumidas, las facultades de dirección, entre otros, deben de estar debidamente delimitados por algún instrumento interno o documento que plasme la voluntad de las partes vinculadas.

Esta situación planteada en el párrafo precedente hace una diferencia sustancial frente a la regulación alemana, toda vez que en el mencionado país, la situación de los grupos económicos tienen doble vertiente, por un lado se reconoce a los *konzern* de derechos – lo cuales podrían estar alineados a la Doctrina *Rozenblum*, debido a la solemnidad que debe de tener los contratos de dominación anteriormente estudiados –; y por otro lado, se reconoce a los *konzern* de hecho, los cuales son incompatibles con el ejercicio de la doctrina planteada en Francia, ya que bajo esta figura de *konzern* se debe de presumir su estructura grupal con algunos situaciones o comportamiento, lo cual vuelve frágil su visión societaria.

Bajo el segundo punto señalado por Lozano, se debe de tener cuidado en cuanto a su surgimiento como agrupación, ya que si nos damos cuenta, los elementos de unidad respecto de la parte comercial, productiva y financiera, se asemejan mucho con las concentraciones empresariales desarrolladas en el caso Rockefeller, los cuales fueron superadas con normativas que limitan su comportamiento.

Esta idea no es con miras a decir que el grupo de interés económico podría haber sido ilegal si lo comparamos con la estructura jurídica del *trust companies*; la advertencia que hago radica en la importancia que tuvo la doctrina *Rozenblum* y la ordenanza de fecha 23 de setiembre de 1967, para superar esta situación semejante a las concentraciones empresariales norteamericanas para regular de manera sólida a los grupos económicos.

Por otro lado, respecto del último punto desarrollado por Lozano, advierto una clara diferencia entre ambas regulaciones respecto del respeto del interés empresarial de cada uno de los sujetos; sobre el particular recordemos que en la ley societaria Alemana, los grupos económicos deben de estar guiados por el interés del grupo, dejando de lado el interés de cada una de las empresas vinculadas. En Francia, esta visión es totalmente distinta ya que bajo su contexto jurídico se debe de salvaguardar los intereses de todos sin diferenciar el nivel jerárquico que puede tener la agrupación o algún integrante.

Ambas regulaciones son distintas en cuanto al fondo de su tipicidad; sin embargo, opino que la regulación francesa tiene una vertiente mucho más interesante ya que la implementación de los grupos de interés económica surgen a raíz de la importancia económica que estas agrupaciones representaban para el país, su aparición en el contexto jurídico no fue por motivos de necesidad jurídica, sino económicas con la finalidad de salvaguardar intereses de todos aquellos agentes que pueden estar involucrados con estos grupos.

Es así que, podemos señalar una diferencia sustancial de regulación ya que en la legislación alemana, el perfil que se tiene para reconocer a los grupos económicos se basa en el control que se ejercer en el interior de estas agrupaciones; y, por otro lado, las agrupaciones de interés económico, al amparo de la normativa francesa y doctrina de *Rozenblum*, está orientada a la protección del interés del grupo y de cada una de las empresas vinculadas.

Incluso, puedo advertir que el comportamiento colectivo para regular a los grupos económicos fue muy solidario entre la norma positiva y la jurisprudencia, ya que por un lado se dispuso ciertos parámetros legales en una ordenanza, pero las disposiciones especiales se desarrollaron claramente mediante casuísticas, al respecto, y dando un estudio detallado el mencionado autor señala lo siguiente:

“Debemos de optar por regular a los grupos de empresas basados en la doctrina *Rozenblum*, (...), armonizando la legislación empresarial inherente a ésta para acercarnos a los valores fundamentales de la axiología jurídica: la certeza de la norma aplicable y la previsibilidad de su interpretación jurisprudencial que definitivamente nos brinda, labor difícil y tediosa, pero a la que no debemos renunciar de forma alguna”. (Lozano Hernández, 2006, pág. 163)

Por tanto, considero que el trabajo compartido de ambas legislaciones es sumamente importante tenerlo en cuenta, debido a que de esta labor jurídica rescato la responsabilidad que se encuentra delimitada en diferentes sentencias de cortes de Francia, sobre todo porque de aquí se estructura con mayor precisión la base que se debe de tener para determinar la existencia de un grupo económico, ya que para la imputación de responsabilidad es imperioso que exista un instrumento solido que marque los parámetros de estas agrupaciones con las empresas vinculadas.

Soy de la idea que desde esta perspectiva jurídica, la legalización de los grupos económicos sería de suma utilidad debido a que se delimitaría sus comportamientos

societarios y con ello el marco de responsabilidad que debería de tomar cada una de las empresas vinculantes, descartando la figura de los grupos de hecho que podría ser una situación difícil de observar; en otras palabras, lo interesante de la regulación francesa es la estructura sólida que reconoce sobre los grupos de interés económica sin dejar la posibilidad de presumir algún comportamiento.

4.3. Legislación española

En España la figura de las alianzas estratégicas fueron desarrolladas bajo dos (02) figuras denominadas: (i) Unión Temporal de Empresas; y (ii) Agrupación de Interés Económico, ambas agrupaciones son similares en cuanto a su finalidad de constitución, ya que su objetivo principal es la colaboración empresarial compartida entre las empresas vinculadas; sin embargo, tal cual lo analizaré a continuación, estas dos figuras tienen características especiales que los diferencian entre sí, incluso podría ser distinto a mi perspectiva de grupos Económicos desarrollados en el capítulo precedente.

4.3.1. Unión temporal de empresas

Las uniones temporales de empresas, fueron reguladas primigeniamente por la Ley 196/1963 de fecha 28 de diciembre, la misma que fue derogada por la Ley 18/1982 de fecha 26 de mayo, y la Ley 12/1991 de fecha 29 de abril, en cuales se desprende las características esenciales de esta clase de agrupaciones; sobre el particular Gómez Calero desarrolla de manera resumida y precisa el objeto de esta figura englobando algunos elementos destacados que debemos de tener en cuenta para poder determinar su funcionalidad en comparación de otras agrupaciones de empresas mencionadas, al mencionar lo siguiente:

“Tendrá la consideración de «unión temporal de empresas» el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro; el sistema se asienta, por tanto, sobre un «contrato de colaboración», figura negocial de tipo asociativo de la que no emerge una persona jurídica nueva (...).” (Gómez Calero, 1993, págs. 32-33)

De lo antes citado podemos advertir ciertas cualidades que diferencian a esta unión de empresas de las demás, por ejemplo, una de estas características es su temporalidad de existencia, la cual depende de la obra, el servicio, suministro, entre otras que hayan pactado las empresas vinculadas; también, sin ir muy lejos y desde una interpretación lógica la misma denominación de esta agrupación destaca la modalidad temporal de agrupación.

Desde mi perspectiva, esta primera cualidad hace que la agrupación temporal regulada en España se confunda con los contratos asociativos llamados *Joint Venture*, las cuales enmarcan la laboral conjunta de empresarios para un determinado fin, sin que en ella medie el surgimiento de una nueva persona jurídica nueva; situación que lo vuelve incompatible con el perfil de los grupos económicos que lo desarrollan algunos países europeos, toda vez que allá se han legalizado a este fenómeno de grupo como una figura societaria distinta a las empresas vinculadas, formando de esta manera una nueva persona jurídica, como se puede apreciar de la legislación francesa e incluso alemana.

Por otro lado, respecto de la temporalidad, debemos de tener en cuenta que los grupos económicos no se encuentran perfilados a una temporalidad específica, ya que su formación está vinculado, al igual que las sociedades, como una estrategia empresarial que ayuda a mejorar las utilidades y el rendimiento corporativo de todas aquellas que se encuentran vinculadas, teniendo como fin el lucro desde la ayuda colectiva.

Ciertamente, estas dos cualidades antes desarrolladas resultan ser una clara diferenciación entre esta figura y los grupos económicos; sin embargo, de lo citado por Gómez, hay una característica que, desde mi perspectiva, resulta ser compatible con grupos económicos, enfocado en la solemnidad que deben tener las uniones temporales de empresas para su correcta formación, en el cual se aprecia la exigencia de la celebración de un documento por el cual se plasme la voluntad de las partes para constituirla, sus respectivos derechos y deberes que asumirían respectivamente, señalando el objeto por el cual se están agrupando; esta característica me resulta interesante de mencionar debido a que con ello se puede prevenir todo tipo de problemas enmarcando de manera preliminar cada una de las funciones que tendría cada una de las empresas vinculadas para con el grupo, y así establecer sus respectivas responsabilidades y derechos, tal cual es mi postura cuando desarrolle la legislación alemana.

Este último enfoque, debemos de tenerlo en cuenta, ya que en mi consideración deberíamos de amoldarlo a nuestra regulación si queremos que los grupos económicos se encuentren debidamente alineados en el marco de nuestras normas vigentes de las cuales puede verse involucrada una agrupación.

4.3.2. Agrupación de interés económico

Esta idea de grupos económicos en España fue adoptada tomando como base la legislación francesa, ya que cuando se refieren a estas alianzas ellos lo señalaban como “Agrupaciones de Interés Económico”; siendo ambas denominaciones casi similares; sin embargo, no son tratados de igual manera ya que su finalidad y objeto son desarrollados de distinta manera, las cuales los podemos observar en el análisis comparado de sus respectivas normativas.

En España las Agrupaciones de Interés Económicos fueron reguladas desde un inicio por la ley 12/1991 de fecha 29 de Abril, en el cual desde su preámbulo se

puede notar una clara diferencia entre ambas figuras cuando se señala que “La Asociación de Interés Económico constituye una nueva figura asociativa creada con el fin de facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros.”

De la misma normativa antes citada, podemos darnos cuenta la primera diferencia sustancial de ambas figuras, la cual se basa en la finalidad de conformar estas agrupaciones; por un lado, recordemos que el surgimiento de los Grupos de Interés Económico en Francia estaba ligado al crecimiento económico de las pequeñas y medianas empresas, produciendo la sostenibilidad financiera del grupo, de las empresas vinculadas y del mismo país, con lo cual su finalidad era íntegramente abocado a la obtención de mayores utilidades para el grupo como una idea general de formación; y, por otro lado, las Agrupaciones de Interés Económicos desarrollados en España, fueron constituidas bajo una figura especial de asociaciones, cuya finalidad es la colaboración empresarial sin algún fin lucrativo, esto quiere decir que el trabajo de las empresas vinculadas se encuentra estructurado para que entre ellas logren perfeccionar su gestión, producción o estrategias económicas con el objetivo de que cada una logre tener mejores utilidades, siendo, desde mi perspectiva un enfoque restrictivo.

Sobre el particular y para entender mejor este último análisis y poder diferenciarlo con mayor detalle a estas dos formas de agrupación, Cándido Paz Ares señala dos formas básicas en las que se puede dividir estas agrupaciones reconocidas en España, cuando menciona que estas pueden surgir:

“o bien como actividad de prestación – Agrupación presta un servicio que redundará en beneficio de los socios (por ejemplo: gestiona sus colores o les proporciona servicios o programas informáticos) – o bien como actividad de coordinación – la agrupación coordina una actuación conjunta de los socios (por ejemplo, para la construcción de un puente o el montaje del Airbus).”
(Paz Ares, 2001, pág. 392)

De esta manera se puede interpretar que la constitución de las agrupaciones de interés económico se encuentra perfilado como una sociedad de personas, cuya funcionalidad se encuentra vinculada con el ejercicio de participaciones para la cooperación colectiva de los mismos socios; y los grupos económicos pueden ser constituidas bajo la perspectiva de una sociedad de capital, cuya giro societario está enmarcado por las acciones cuyo propósito son las aportaciones monetarias.

Incluso si observamos lo tipificado en los artículos 2 y 3 de la ley 12/1991, nos daríamos cuenta que la finalidad de la constitución de estas agrupaciones tienen horizonte el apoyo conjunto de todas las empresas vinculantes dejando de lado el marco económico para el grupo, cuando se señala lo siguiente:

“Artículo 2 Finalidad

1. La finalidad de la Agrupación de Interés Económico es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios.
2. La Agrupación de Interés Económico no tiene ánimo de lucro para sí misma.

Artículo 3 Objeto

1. El objeto de la Agrupación de Interés Económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios.
2. La Agrupación no podrá poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o de terceros”

Es así que, de estos dos artículos se puede corroborar una vez más la labor colectiva de las empresas vinculadas que demanda este tipo de agrupaciones, a diferencia de los grupos económicos que su finalidad está involucrada en el marco de las utilidades; asimismo, de estos artículos se puede observar otra característica diferenciadora de la figura de las agrupaciones de interés económico cuando se hace

mención a que en ellas no se puede ejercer el derecho de control sobre las demás empresas integrantes.

En los grupos económicos, si bien en los grupos económicos se puede dejar la libertad de que una o algunas empresas vinculadas actúen de manera autonomía, esta no es la figura que se da en todos los casos, a diferencia de las agrupaciones de interés; en estas últimas queda prohibida esta figura de acuerdo a la normativa antes mencionado, ello porque la finalidad de estas agrupaciones es el apoyo que deben de tener todos los miembros, siendo imprescindible la buena fe de colaboración para constituir este tipo de alianzas empresariales.

Otra característica que considero es sumamente importante de mencionarlo se encuentra regulado en los artículos 1 y 7 de la mencionada ley española, en ella se ha señalado que las agrupaciones de interés económico cuentan con personalidad jurídica; esto quiere decir que, con el debido registro del contrato que constituye este tipo de agrupación, surge una persona jurídica distinta a las partes involucradas; sobre el participar la mencionada normativa indica lo siguiente:

“Artículo 1 Normativa aplicable.

Las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil y se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza.”

Artículo 7 Inscripción en el Registro Mercantil

1. La Agrupación de Interés Económico deberá inscribirse en el Registro Mercantil.
2. Los administradores responderán solidariamente con la Agrupación por los actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de ella antes de su inscripción.”

Si nos damos cuenta, dicho marco normativo es casi similar al que se encuentra reconocido en nuestro Ley General de Sociedades – Peruana – en el marco de los tipos societarios, ya que su regulación orienta al surgimiento de una persona jurídica independiente, indicando la responsabilidad solidaria que tendría los administradores por actos y contratos que hubieran celebrado en nombre de la agrupación tal cual se encuentra reconocido en el artículo 7 de nuestra ley societaria peruana.

Desde mi perspectiva, la legalización de los grupos económicos tiene un beneficio sumamente alto, por corresponder a salvaguardar derechos e intereses de las empresas vinculadas como aquellas personas que se involucren con estas agrupaciones; incluso si lo vemos con mayor detalle, la misma normativa española en su artículo 5 regula esta situación de responsabilidad, al indicar lo siguiente:

“Artículo 5 Responsabilidad de los socios

1. Los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla.
2. La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación de Interés Económico.”

Esta característica es también uno de mis argumentos sobre la importancia para la legalización de los grupos económicos dentro del marco societario, ya que cuando existe un marco jurídico sólido que define a estas estrategias societarias también se podría salvaguardar con mayor claridad derechos del mismo grupo, de las empresas vinculadas y de terceros, incluso en España al existirte esta regulación de grupos se puede legislar en otros sectores como el laboral, financiero, tributario, entre otros, optimizando el desenvolvimiento empresarial y económico del país; la solidaridad de la que hace mención el artículo 5 de la ley española antes citada es un modelo que deberíamos de tener en cuenta, debido a que, desde mi perspectiva, la naturaleza de estas alianzas desde su constitución debe ser compartir tanto beneficios como aquellos perjuicios que se generen por las decisiones internas del grupo o las direcciones impartidas por la empresa matriz.

Como nos podemos dar cuenta existen algunas características que diferencian a las Agrupaciones de Interés Económico, con los *konzern* o con las Uniones Temporales de Empresas hasta incluso con la figura de los Grupos Económicos desarrollado en el capítulo precedente; sin embargo, el propósito de desarrollar este enfoque normativo español fue con miras de señalar cual es la importancia de legalizar a los grupos económicos como un tipo societario independiente, ya que de esta manera habría un trato especial que protegería con mayor fuerza derechos de todos los involucrados, desarrollando legislativamente los requisitos para su constitución, la responsabilidad de cada una de las partes vinculadas, entre otras situaciones.

En ese sentido, podemos observar que en Europa la legislación de los grupos económicos se encuentra largamente avanzada en comparación de otros países, si bien es variada la normativa de cada país europeo para tratar a este fenómeno de grupos, lo importante que puedo rescatar es la trayectoria positiva que tiene la legalización de este fenómeno de grupos en el ámbito del derecho societario, ya que de aquí se ha dado la base empresarial que se necesita para armonizarlos con normas de otros sector, volviendo más transparente y optimizando el mercado, dejando de lado el marco jurídico de los grupos o *konzern* de hecho.

La exigencia de señalar cuales son los requisitos esenciales para constituir un grupo económico dentro del marco jurídico societario, es sumamente importante tener en cuenta para su regulación, toda vez que de aquí podríamos advertir desde cuando nace y cuál es la naturaleza jurídica de estas agrupaciones.

Y finalmente, la responsabilidad solidaria como una obligación tipificada en el ámbito societario para todas las empresas vinculadas, es un vértice que debemos de considerar en nuestro marco jurídico, toda vez que de aquí se salvaguarda con mayor fuerza derechos de terceros y hasta del mismo grupo; siguiendo la finalidad de unión que deben de tener todas las agrupaciones desde su constitución. Entre otras ventajas que he desarrollado a lo largo de este capítulo.

CAPÍTULO V: REGULACIÓN DE LOS GRUPOS ECONOMICOS

5.1. Situación y problemática de los grupos económicos en el Perú

Como nos podemos dar cuenta de los dos capítulos precedentes, los grupos económicos son estrategias empresariales que doctrinariamente se encuentran ampliamente desarrollados y reconocidos en legislaciones societarias extranjeras, en los cuales se encuentran claramente delimitados su forma de constitución, la responsabilidad de cada una de las partes, entre otros supuestos. En nuestro país, pese a que conocemos la existencia de estas agrupaciones en nuestro mercado, no compartimos en nuestras leyes societarias el avance jurídico vigente que existe a nivel mundial.

Este problema surge desde el enfoque tradicional que tenemos en nuestra Ley General de Sociedades en comparación a las actividades y/o estrategias empresariales que hoy en día vemos con mayor apogeo y con ello, su incompatibilidad con otras normas de diferentes sectores que si bien no son las más idóneas para regular las cambios societarios, en ellas se pueden observar el reconocimiento de estos; sobre el particular; Lozano identifica el problema medular que tiene nuestra Ley General de Sociedades para incorporar la legalización de los grupos económicos dentro del ámbito societario, cuando hace mención a lo siguiente:

“Este problema se presenta en la medida en que el derecho de sociedades ha sido construido tradicionalmente bajo el modelo de una sociedad independiente, con sus reglas e intereses contruidos y estructurados como ente independiente e individual, por lo que al integrar la realidad de

los grupos de sociedades a esta estructura se producen algunas distorsiones que son necesarias analizar e inclusive regular, como ya se está tratando de hacer en Europa. Las distorsiones que pueden presentarse van desde aspectos contables, que tratan de alguna manera de minimizarse mediante la obligación de consolidar cuantas, hasta las definiciones, donde podemos encontrar los problemas graves. Advirtiendo que la intervención del grupo determina importantes vacíos de protección que se registran tanto en el centro como en el contorno del grupo creado. (...)” (Lozano Hernández, 2006, pág. 151)

De lo antes citado, podemos destacar algunos problemas de nuestro marco jurídico societario, de los cuales principalmente se encuentra abocado a lo que he venido afirmando en el presente trabajo acerca de la falta de modernización de nuestra Ley General de Sociedades en torno a los avances empresariales importantes que afectan la estructura tradicional de la sociedad.

Un ejemplo claro de la desactualización de nuestra normativa es lo que se encuentra previsto en el artículo 4 de la Ley General de Sociedad en el cual se reconoce que una empresa puede ser constituida por personas naturales y jurídicas; sin embargo, en los demás artículos – salvo en los referidos a los contratos asociativos – no se advierte este mismo esquema, ya que nuestra legislación está diseñada para supuestos que se presenten en empresas cuyos accionistas sean personas naturales, sin tipificar la complejidad del manejo de una empresa a otra, o la solemnidad de constitución de los grupos económicos, o incluso la adecuación de las participaciones por parte de personas jurídicas, o la responsabilidad que cada empresa vinculante asumiría, entre otras situaciones que se encuentran claramente reconocidas en legislaciones extranjeras y que a lo largo de mi investigación he desarrollado.

Definitivamente nuestra legislación societaria se encuentra totalmente desactualizada a comparación de otras legislaciones e incluso podría ser perjudicial para nuestro

país llevar una normativa incompatible con la práctica empresarial aceptada a nivel mundial; por ejemplo, en España los grupos económicos se tratan como una forma societaria con personalidad jurídica independiente, y en nuestro país ni si quiera se perfila la naturaleza jurídica de estas agrupaciones dentro de nuestro marco societario.

A lo largo de mi investigación he tratado de analizar paralelamente la definición y elementos de los grupos económicos con algunos artículos de nuestra Ley General de Sociedades que indirectamente pueden ser aplicados; sin embargo, no podría decir que nuestra normativa societaria, tal cual como está, es la más idónea para que se pueda legalizar a estas agrupaciones, toda vez que aún nos falta ajustar algunos conceptos tradicionalmente tipificados, como por ejemplo puedo mencionar la adecuación del artículo 4 de nuestra Ley en mención para la incorporación de los grupos económicos, o el reconociendo de los supuestos de hecho para aquellas personas jurídicas que controlan a otras empresas, o la situación de responsabilidad que asumen los grupos económicos y las empresas vinculadas, entre otros supuestos existente que surgen a raíz de la existencia de estas grandes agrupaciones.

Desde mi punto de vista, la modernización y adecuación de los grupos económicos dentro de nuestra Ley General de Sociedades, es una tarea necesaria que debemos de tenerla como meta para obtener una normativa sólida que nos permita adecuar las nuevas estrategias empresariales que modifican la estructura tradicional de una empresa; de aquí que podríamos establecer cuáles son los medios para reconocer a los grupos económicos, desde su constitución hasta su desarrollo empresarial, o delimitar cuales serían las responsabilidades de cada una de las empresas vinculadas dependiendo de su jerarquía, o cuáles serían los supuestos – al igual como se desarrolla en las S.A.A. – para reconocer la relación de dominio dependencia interna de las empresas vinculadas en una agrupación y con ello exigir su formalización, entre otros.

Por otro lado, y en atención a lo citado por Lozano, la falta de modernización de nuestra Ley General de Sociedades respecto de los grupos económicos y otras estrategias a fines, afecta la integración de nuestro marco jurídico global con relación a normas dictadas de diferentes sectores, sobre todo porque hoy en día se encuentran vigentes otros instrumentos jurídicos – principalmente dos del sector financiero – que, no teniendo rango de ley, han tratado de delimitar la definición y elementos de este fenómeno de grupo: (i) por un lado el “Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos”, aprobado por la Superintendencia de Mercado de Valores (antiguamente llamada CONASEV) mediante la Resolución de Superintendencia N° 00019-2015; y (ii) por otro lado, las “Nuevas Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico”, aprobada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privados de Fondos de Pensiones mediante la Resolución SBS N° 5780-2015.

El reglamento aprobado por la Superintendencia de Mercado de Valores, es un instrumento jurídico que a mi consideración no regula adecuadamente el concepto ni los elementos de los grupos económicos; al respecto, puedo comenzar citando el artículo 7, por el cual se ha tratado de definir a estas agrupaciones de la siguiente manera:

“Artículo 7°.- Definición de Grupo Económico

Grupo Económico es el conjunto de entidades, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos entidades, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control sobre las entidades corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión. Las personas naturales no forman parte del grupo económico.”

Del artículo antes citado, puedo advertir carencias de fondo que sustenta el reglamento, en comparación de los diferentes conceptos desarrollados en el capítulo tres de mi investigación; por ejemplo, no se señala cual es la documentación o el acuerdo inicial para la constitución de un grupo económico, ni tampoco se ha

delimitado adecuadamente cada uno de los elementos característicos de las agrupaciones como es el caso del control unificado que debería de estar sujeto al interés grupal, o el vínculo que deben tener las empresas vinculadas o la necesidad de la preexistencia de la personalidad jurídica de las empresas parte del grupo – y con ello que sucedería si alguna de ellas estando dentro del grupo económico pierde su individualidad societaria –, tal como se desarrolla de manera general en el artículo 4 de nuestra Ley General de Sociedades.

En mi consideración toda norma en la que se regule algún determinado hecho, institución jurídica, entre otros, debe contener un concepto claro que lo delimite, ya que de aquí se partiría en la elaboración de una estructura jurídica adecuada para su correcta aplicación, sobre todo si estamos hablando de una figura empresarial tan compleja como lo son los grupos económicos que desde su constitución hasta su manejo se puede advertir una malgama de acciones que modifican la figura tradicional de empresa.

Analizando la estructura jurídica del reglamento en mención, se puede verificar que se encuentra tipificados algunos supuestos en los que se advierte la existencia de los elementos característicos de los grupos económicos, tal cual se puede apreciar de los artículos: (i) 3 (Propiedad Indirecta); (ii) 4° (Forma de Computo de Propiedad Indirecta) – sobre el particular se tipifica el porcentaje de acciones que puede tener una empresa en otro –; (iii) 5° (Partes Vinculadas); y 6° (Control) – en la que se tipifica supuestos de control para determinar si existe grupo económico.

Pese a que en el reglamento se encuentran delimitados estos elementos, debemos de tener claro que en ninguno de estos artículos se ha tipificado cual es el concepto de cada uno de ellos, lo único que podemos observar en ellos son ejemplo o supuestos en donde presume la existencia de un grupo económico desde el enfoque de cada uno de los elementos; soy de la opinión que resulta necesaria la delimitación de cada uno de los elementos, toda vez que de aquí se puede identificar a los grupos económicos, la responsabilidad que cada uno de las empresas vinculadas y sobre

todo advertir el funcionamiento de cada una de estas agrupaciones frente al mercado interno y global.

Por ejemplo, si se llegara a desarrollar adecuadamente el elemento de la dirección unificada conjuntamente con el interés del grupo, se podría tener la base para poder armar una estructura jurídica adecuada para la regulación de responsabilidad que asumiría la empresa dominante y las demás empresas vinculadas, e incluso al identificar el interés del grupo se podría definir desde un inicio cuales son los alcances de la facultad de control que ejercería la empresa matriz o el conjunto de empresas determinadas.

Asimismo, en este reglamento tampoco se ha mencionado cual es la solemnidad o formalidad que deberían tener las empresas vinculadas para constituir a un grupo económico; situación que considero obligatorio para la optimización del mercado y la aplicación de las respectivas normas, toda vez que desde este punto se podría individualizar cada una de las agrupaciones existentes y con ello identificar las empresas vinculadas.

Tal cual lo he desarrollado, la figura de los grupos económicos debe de estar debidamente delimitado para que se pueda dar una herramienta jurídica idónea que permita a cualquier persona o empresa identificarlos, para con ello salvaguardar derechos y sobre todo armonizar otras normas de diferentes sectores que pretenden acoger a estas agrupaciones dentro de sus respectivos intereses y competencias, situación que no se advierte en la estructura jurídica del reglamento aprobado por la Superintendencia de Mercado de Valores, motivo por el cual no considero que este documento sea el apropiado para que lo adoptemos como un instrumento jurídico base o modelo que debemos de seguir para la identificación de los grupos económicos.

Por otro lado, la norma sobre Grupos Económicos aprobada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privados de Fondos de Pensiones – en

adelante SBS – guarda cierta similitud con el reglamento antes analizado, siendo casi iguales las definiciones que en ambos se encuentra escrita; sobre el particular podemos observar el artículo 8 de la mencionada norma aprobada por la SBS, cuando se señala lo siguiente:

“Artículo 8°.- Definición de grupo económico

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión.

Los grupos económicos se clasifican en conglomerado financiero, conglomerado mixto y conglomerado no financiero”

Como podemos darnos cuenta ambos conceptos señalados en los dos instrumentos jurídicos del sector financiero son similares, los cuales, como indique anteriormente, carecen de profundidad en el desarrollo de sus elementos como en la solemnidad o formalidad que deberían tener para ser constituidos; pero, en este último instrumento dictado por SBS se ha dispuesto una regulación más pronunciada respecto del elemento “Dirección Unificada” cuando en su artículo 9 se señala lo siguiente:

“Artículo 9°.- Control

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico.

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona o ente jurídico ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares.

El control es indirecto cuando una persona o ente jurídico tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, para aprobar las políticas operativas y/o financieras, para aprobar las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones, para designar, remover o vetar al gerente general en el caso de personas jurídicas, o del gestor quien se encuentra facultado para el manejo de los fondos en el caso de entes jurídicos; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares. (...)"

Uno de los puntos importantes que debo de resaltar del mencionado artículo es el avance jurídico que ha tenido la SBS para reconocer los supuestos de control directo e indirecto que he mencionado al analizar los tres elementos de los grupos económicos, los mismos que en doctrina y en otras legislaciones se encuentra claramente tipificadas; sin embargo, pese a que considero que este artículo es un buen aporte que debemos adoptarlo en nuestra Ley General de Sociedad, considero que aún no completa la definición de este elemento, toda vez no se ha reconocido la necesidad de señalar que el control que se ejerce debe de estar amparado bajo el interés del grupo y no sobre un arbitrariedad por parte de la empresa dominante.

A mi parecer este problema surge por la falta de competencia en la que se desenvuelve este fenómeno de grupo; como es bien sabido, ambos instrumentos jurídicos pertenecen a instituciones que se encuentran dentro del sector financiero, con lo cual es muy probable que estas dos regulaciones sobre grupos económicos sean suficientes para satisfacer sus necesidades y competencias; pero de manera general, considero que no son suficientes para llenar los vacíos legales que pueden generarse en diferentes ramas del derecho; tampoco estoy de acuerdo en que los grupos económicos se encuentren regulados bajo instrumentos jurídicos con menor

rango que una ley, ya que no tendría el efecto vinculante que permita que el mercado se vea más transparente y seguro frente a cualquier agente.

Por otro lado, la regulación de los grupos económicos fuera de nuestra Ley General de Sociedades hace que con forme pase el tiempo sea más compleja su adecuación dentro del derecho societario, toda vez que en el sector financiero se reconoce a esta figura sin definir si estas agrupaciones son personas jurídicas o son tan solo agrupaciones constituidas como contratos asociativos; con lo cual se vuelve más difícil, ya que cuanto más pase el tiempo mayor será el número de grupos económicos que ingresen a nuestro país, volviendo la tarea de adecuación y supervisión más complicada, sin contar con el aumento de estrategias empresariales que se pueden adoptar tomando como base este fenómeno de grupo.

En atención a lo último antes señalado, considero que los grupos económicos es una estrategia empresarial compleja que modifica la estructura y elementos tradicionales de una sociedad, razón por la cual debería de estar reconocido dentro de nuestra Ley General de Sociedades, en el cual se tipifique claramente las bases jurídicas de su constitución, desarrollando cada uno de sus elementos característicos, obligaciones y responsabilidades que asumirían la agrupación, la empresa matriz y las empresas vinculadas, entre otros supuestos al igual como se hace con los tipos societarios.

Sobre el particular, se debe de tener en cuenta que en nuestra Ley General de Sociedades se encuentran reconocidos dos marcadas instituciones, por un lado se encuentran agrupados todos diversos tipos societarios; y, por otro lado los contratos asociativos, razón por la cual la regulación de los grupos económicos debería de estar amoldada a una de estas figuras.

Desde mi punto de vista, considerar a estas agrupaciones como contratos asociativos podría no ser el adecuado para enmarcar toda su estructura y comportamiento jurídico actual, sobre todo por el enfoque que en nuestra Ley General de Sociedades

se le ha delimitado, tal como lo he analizado en el capítulo tres de mi presente investigación, y que a continuación pasaré a detallar los grandes problemas que podría presentarse:

Una primera razón es por la posición empresarial que tienen los grupos económicos en todo el mercado a nivel mundial – incluyéndonos –, estas agrupaciones desde su manejo administrativo como en el desarrollo de sus actividades frente a todos lo hacen como personas jurídicas independientes a las empresas vinculadas como por ejemplo los grupos: “CENCOSUD”; “TELEFONICA”; “SAMCORP”, “GLORIA”, “GRAÑA Y MONTERO”, entre otros; situaciones que no serían posibles si las amoldamos a los contratos asociativos, ya que al respecto nuestra normativa es sumamente clara cuando hace referencia en su artículo 438° que no se puede crear una persona jurídica a través de estos documentos.

En atención al artículo antes citado surgen otros inconvenientes, que a mi parecer son fundamentales para decir que sería complicada la situación de los grupos económicos como contratos asociativos, como lo es la falta de obligatoriedad de registrar el convenio o contrato para la constitución de un grupo económico, de aquí se generan algunos otros problemas comenzando por dificultad de determinar fehacientemente desde cuando la agrupación se encuentra constituida; por otro lado, esta falta de obligatoriedad haría que no sea “pública” la formación de estas agrupaciones, ya que, según nuestra regulación este acto sería privado entre las partes celebrantes mas no conocido por todos, como es el caso de los actos que se inscriben en registros públicos.

Asimismo, al amparo del artículo 441 de nuestra Ley General de Sociedades, la falta de personalidad jurídica haría que el grupo económico sea constituido únicamente para que las empresas vinculadas actúen entre ellas, descartando la posibilidad que terceros adquieran derechos o deberes frente a la agrupación como alguna responsabilidad solidaria o el manejo conjunto del grupo, o cualquier otro acto que se vea limitado.

Por otro lado, recordemos que para la constitución de un grupo económicos existen dos formas de hacerlo, por un lado mediante la celebración de un contrato, comúnmente llamado “Contrato de Dominación”; y, por otro lado, cuando se advierte el ejercicio de control mediante la adquisición de acciones de una empresa a otra.

Bajo este último supuesto, habrían dos situaciones si se pretende reconocer a los grupos económicos dentro de la esfera de los contratos asociativos: (i) el primero de ellos recaería en la incompatibilidad de aquellos grupos económicos que se constituyen cuando una empresa ejercer el control sobre otra cuando adquiera de ésta las acciones requeridas, siendo esta situación de hecho y no por voluntad de ambas partes *per se*; recordemos que la celebración de cualquier convenio o contrato se debe de realizar a través de la voluntad de las partes y no por el imperio de una norma. Con lo cual, bajo este supuesto, se tendría que reconocer a las agrupaciones de empresa de hecho, tal como se tipifica en la legislación de Alemania.

Al respecto, no considero apropiado la posibilidad de reconocer a los grupos económicos de hecho, ya que de esta manera habría un gran desorden en el modo de aplicar cualquier norma vigente o futura de diferente sector sobre estas agrupaciones, incluso sería difícil salvaguardar derechos del grupo, de las empresas vinculadas y demás agentes del mercado, ya que no se podría identificar rápidamente a estos grupos, y si es que se quiere reconocer sería un sobre costo procesal su determinación; pero sobre todo no habría la transparencia requerida para la adecuación en el mercado, recayendo en el mismo problema que se ve en Alemania respecto de las perspectivas de los países vecinos sobre su funcionalidad legislativa social.

Por otro lado, (ii) si se determina el carácter obligatorio de celebrar el respectivo contrato asociativo para la constitución de un grupo económico, a mi consideración, se estaría atropellando el derecho de la libertad contractual que tiene todo sujeto de

derecho – incluyendo las personas jurídicas – reconocido en el artículo 62 y siguientes de nuestra constitución política, ya que se estaría imponiendo la formalización de un contrato.

En tal sentido, el reconociendo de los grupos económicos como contratos asociativos, haría que dicha regulación no sea vinculante a cualquier persona jurídica que quisiera constituirlos; y en consecuencia no habría ningún cuidado legislativo para determinar alguna responsabilidad de las agrupaciones en su conjunto (y si es que se quisiera realizar este proceso se haría un sobre costo para determinar la existencia de un grupo de empresas) e incluso se podría descartar algunas estrategias empresariales que hoy en día se utilizan para obtener el control de una empresa y con ello constituir una agrupaciones de empresas.

En ese sentido, y sobre todo por la estructura y funcionamiento de un grupo económico, considero que esta debe estar reconocida como un tipo societario, con la finalidad de volver más transparente el mercado, partiendo desde la obligatoriedad de inscribir en Registros Públicos el respectivo acto de constitución.

Sobre el particular, debemos considerar que la inscripción de la constitución de un grupo económico, haría que dicha vinculación entre empresas sea conocida para el público en general, pero sobre todo se podría determinar que personas jurídicas se encuentran vinculadas a las agrupaciones como parte de alguna responsabilidad de cualquier acción.

Asimismo, con ello se estaría determinando desde un inicio la finalidad de constitución de los grupos económicos, para con ello delimitar la facultad de control que tendría la empresa matriz frente a las demás empresas, para con ello salvaguardar derechos e individualizar cada sujeto respecto del grado de acción que tiene en una grupo económico, toda vez que dentro del documento por el cual se constituye la agrupación se estaría determinando cuales son los derechos y obligaciones de cada interviniente.

Por otro lado, debo de resaltar el efecto vinculante que tendría el reconocimiento de los grupos económicos como un tipo societario dentro de un instrumento con rango de ley, ya que de aquí se podría exigir su formalización como una personas jurídica individual, tal cual se encuentra reconocido con las demás figuras societarias reconocidas en nuestra Ley General de Sociedades al amparo de su artículo 2 cuando se hace mención a que “Toda sociedad debe adoptar alguna de las formas previstas en esta ley. (...)”.

La situación jurídica de los grupos económicos reconocidos como un tipo societario sería mucho más sólida que la de una forma especial de contrato asociativo, por medio de figura se tendría clara la situación de estas agrupaciones no solo por la decisión de cada una de las empresas partes, sino que también por parte de la legislación societaria se tendría una completa gama de derechos bases que le permita enmarcar su perfil como persona jurídica delimitando sus derechos y obligaciones que tendrían; y sobre todo, al determinar su forma de constitución de los grupos económicos se podría determinar desde cuándo es que estas agrupaciones son sujetos de derecho, con la finalidad de saber que leyes se les aplica de acuerdo a su temporalidad de surgimiento.

Incluso si lo analizamos más a fondo, sobre la posibilidad de la negativa de aceptarlo como un tipo societario por medio de un documento llamado “Contrato de Dominación”, debemos de recordar que desde la naturaleza jurídica tradicionalmente reconocida en las legislaciones societarias, las empresas pueden constituirse atendiendo la teoría contractualista y/o del acto constitutivo, de acuerdo a lo que he desarrollado en el capítulo dos; con lo cual considero que, no habría problemas reconocer ambas posiciones pero con el fin de señalarlo como una persona jurídica independiente.

5.1.1. Análisis sobre la incompatibilidad entre los tipos societarios regulados en la ley general de sociedades y los grupos económicos

Después de que en mis consideraciones presento la incompatibilidad de que los grupos económicos sean presentados como contratos asociativos es pertinente analizar cada uno de los tipos societarios para poder determinar si es viable reconocer a estas agrupaciones en alguno de ellos; o en su defecto determinar si es necesaria la regulación de un nuevo tipo societario especial que señale los elementos, características, entre otros supuestos propios de este fenómeno de grupo:

5.1.1.1. Sociedad anónima

Como he mencionado anteriormente, en esta parte de mi investigación no me abocaré a desarrollar a profundidad cada uno de los tipos societarios reconocidos en nuestra Ley General de Sociedades, debido a que su estudio es sumamente basto para poder analizarlo en estas breves hojas; con lo cual debo de precisar y resaltar que solo me enfocaré en explicar las características más importante que hacen diferentes a cada una de estas formas societarias.

Tal cual lo menciona Hundskopf, la razón de regular este tipo societario fue a raíz del incremento capitalista que tuvo Europa en el marco de las inversiones a través de la utilizations de las empresas, desde aproximadamente el siglo XVII hasta el XVIII con las llamadas: “Compañía de las Indias”; Compañía Holandesa de las Indias Oriental”; y la “Compañía Inglesa de las Indias Oriental”. Siendo la principal causa de su regulación el abuso de poder que ejercían los socios mayoritarios en perjuicio de los minoritarios.

Es así que, nos podemos dar unas primeras ideas de la importancia de la regulación de las Sociedades Anónimas (en adelante S.A.), mencionando principalmente las siguientes: (i) el reconocimiento de derechos mínimos que protejan a los intereses de los socios, sin importar la jerarquía en la que se encuentre; y (ii) la protección de las inversiones que efectúen los accionistas y/o su patrimonio invertido u otorgado a estas empresas. Sobre estos parámetros algunos juristas, como por ejemplo el mencionado autor han definido a la S.A. de la siguiente manera:

“La mayoría de autores coincide en definir a la sociedad anónima como una forma de sociedad capitalista, con un capital propio dividido en acciones, con una denominación social y un objeto social de carácter mercantil, la que, baja el principio de la responsabilidad limitada de sus accionistas, permite dedicarse a la explotación de una actividad económica determinada.

El definir a la sociedad anónima como una sociedad de capitales, significa que la organización interna de la sociedad y el ejercicio de los derechos de los accionistas son respecto a la gestión, utilidades y el saldo de liquidación patrimonial de la sociedad, se rigen en principio por el monto del aporte del accionista a la formación del capital social y, en general, atendiendo a los porcentajes de propiedad accionaria respecto del capital social, sin importar por ello las condiciones personales del accionista. (...)” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 82)

Por su vasto ejercicio dentro del mercado, por sus diversas formas de implementarse como empresa y su utilidad económica de cada país, la S.A. se ha visto reflejada en dos modalidades distintas llamadas Sociedad Anónima Cerrada y Sociedad Anónima Abierta, las cuales hasta la actualidad son las que mayor apogeo tienen en el mercado, incluso, en el marco de mi investigación, algunos grupos económicos utilizan estas formas societarias, principalmente la forma cerrada por su carácter familiar que manejan; sobre el particular Hundskopf señala que “(...) las modalidades de sociedades anónimas, la cerrada de tipo familiar y de dimensiones

reducidas, y la abierta al público, para la gran empresa con muchos accionistas y acciones que se cotizan en bolsa.” (Hundskopf Exebio, 2012, pág. 86)

Sin perjuicio de esta breve introducción, más adelante desarrollaré los rasgos distintivos que los diferencian entre sí, para con ello darnos cuenta si la utilización de este tipo societario en la aplicación de los grupos económicos es la más idónea o en su defecto analizar si otra forma societaria le sienta mejor a la actividad del fenómeno de grupo o por último crear una nueva forma societaria que regulen las especificaciones de estas agrupaciones.

Con esta clara definición podemos entrar a detallar las características esenciales que definen y marcan la diferencia de las S.A. en comparación de los otros tipos societarios, los cuales para su desarrollo me apoyaré en lo explicado por Elías Laroza al analizar los principales rasgos distintivos de este: (i) Sociedad de Capital; (ii) División de capital en títulos negociables; (iii) responsabilidad limitada; y (iv) regulación propia con mecanismo jurídico particular.

i) Sociedad de capital

Como lo hemos mencionado en subcapítulos anteriores, el instrumento jurídico financiero esencial de las S.A. son las acciones, rigiendo todas las características que estas comprenden, recordando que su funcionalidad frente a la sociedad, los derechos y deberes que uno asume dependerá de la cantidad de aporte que haya efectuado el socio y con ello la cantidad de acciones que tenga; con lo cual el lado personal que rigen otras sociedades queda en segundo plano. Al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

“El capital de la sociedad anónima se forma gracias a los aportes de los socios, que constituyen los primeros activos con los que inicia el desarrollo de las actividades económicas para los cuales fue creada. En principio el ***affectio societatis*** no se basa en la identidad de los accionistas ni en los

vínculos o relaciones personas que puedan existir entre estos. El elemento personal pasa a un segundo plano: la sociedad cuenta con una administración profesional para el desarrollo de su objeto social y los accionistas pueden incluso no conocerse entre sí. (...)" (Elías Laroza, 2015, pág. 218)

De lo antes citado, podemos advertir una primera incompatibilidad societaria entre los grupos económicos y las S.A., ya que al excluir el vínculo o relación que puede existir entre dos o más empresas para determinar el *affectio societatis* contraviene íntegramente la naturaleza de este fenómeno de grupo en mérito a uno de sus elementos esenciales llamado "Relación de Dominio – Dependencia"; el cual juega un rol muy importante en la determinación de quien es la empresa matriz y quienes y cuantos son las vinculadas, siendo indispensable observar, además de sus aportes y su jerarquía en la agrupación, la identificación de cada sujeto que participa en alguna acción societaria, civil, entre otras ramas del derecho en las que se puede involucrar.

Por otro lado, al ser íntegramente capitalista este tipo societario es inadmisibles la aportación en servicios que quisiera efectuar una persona en una S.A., ya que esta clase de aportación ocupa un espacio exclusivo en el afecto personal de quien lo esté brindando; siendo en ese sentido, y en atención a lo antes explicado, un elemento excluyente dentro de las S.A. Al respecto, para complementar mi idea, Elías Laroza señalando la imposibilidad de que se pueda efectuar aportes de servicios en mérito del artículo 51 de nuestra ley de sociedades, señala lo siguiente:

"Esta norma se basa en el carácter capitalista de la sociedad anónima, pues el aporte en servicios se vincula a un fuerte elemento personalista. En efecto, entendiendo el aporte en servicios como la obligación que un socio asume frente a la sociedad de realizar determinadas prestaciones de hacer o no hacer, resulta que la valorización de las mismas depende de determinadas calidades o características personales del obligado. Por otra

parte, la doctrina sostiene que el aporte de servicios resta solidez al activo inicial de la sociedad.

Sin embargo, nada obsta que el accionista de una sociedad anónima se comprometa a realizar prestaciones accesorias en favor de esta. Estas prestaciones accesorias no pueden darse en pago de acciones, tal como indica el artículo 75 de L.G.S., (...).” (Elías Laroza, 2015, pág. 226)

Esta es otra incompatibilidad que se presenta frente a la posibilidad de adaptar este tipo societaria los grupos económicos, ya que algunos de estas agrupaciones son constituidas a raíz de los servicios que pueden brindarse mutuamente entre diversas empresas, uniendo fuerzas para obtener mayores utilidades, sin tomar en cuenta el aporte económico que utilizado. Aprovecho en precisar que la finalidad de este trabajo es llegar a definir a los grupos económicos en algún tipo societario reconocido por nuestra Ley General de Sociedades que llenen las expectativas, derechos, obligaciones, estructura, forma de constituir, entre otras características societarias que presenta un grupo económico, para con ello ordenar sus actividades.

ii) División de capital en título negociable

Este segundo elemento de las S.A. se encuentra vinculado en su totalidad a las definiciones, características y naturalezas de las acciones, siendo dicho instrumento jurídico básico para la funcionalidad de toda sociedad de esta clase; recordando un poco lo que señalamos en subcapítulos pasados en materia de las acciones, Elías Laroza menciona lo siguiente:

“El capital social se encuentra dividido en títulos denominados acciones, que representan una parte alícuota del capital y son, por naturaleza, negociables. La titularidad de las acciones de la sociedad confiere una serie de derechos indesligables, relacionados con la toma de decisiones en la sociedad (derechos políticos) y la participación en los rendimientos

económicos de la misma (derechos patrimoniales)” (Elías Laroza, 2015, pág. 219)

La emisión de las acciones en una sociedad es sumamente importante e indispensable en una sociedad de capital; en mérito de los grupos económicos, este es en la actualidad un instrumento que ha servido para su constitución de hecho sin ninguna formalidad exigida por ley, debido al control que ejerce una empresa sobre otra llamada dicha función como dominación que se desarrolla en los fenómenos de grupos. Este último elemento es una de los que caracteriza a los grupos económicos ya que las empresas vinculadas deben obedecer los acuerdos de la sociedad matriz, perdiendo de esta manera su autonomía para poder desarrollar sus actividades de forma libre en su totalidad, siendo dicho punto, en mi consideración, necesaria para su regulación ya que podríamos recaer nuevamente en los hechos que dieron origen a la regulación de las S.A., pero lastimosamente aun en nuestra ley general de sociedades no se ha podido desarrollar este tema a profundidad o al menos dado alguna orientación al respecto.

iii) Responsabilidad Limitada

Al ser las acciones el instrumento medular de las S.A., la responsabilidad que recae en cada accionista dependerá de los aportes efectuados representados por acciones no siendo posible que se afecte el patrimonio personal de cada socio ni de ninguna persona que haya invertido en una empresa constituida con este tipo societario; al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

“Otro rasgo típico de la sociedad anónima es la responsabilidad limitada. Debido a ella, los socios no responden personalmente por las deudas sociales. La única garantía que tienen los acreedores de la sociedad son los activos de la misma. En caso estos sean insuficientes para cubrir las deudas que haya contraído, los socios no responden por ellas.” (Elías Laroza, 2015, pág. 219)

Abocándonos a los grupos económicos, este es un elemento que podría afectar positivamente a cualquier empresa vinculada, sin importar su tipo societario. Ya que su responsabilidad de cualquiera de estas solo será por el capital invertido tanto por la empresa matriz como también de las empresas partes; claro está que se estarían excluyendo de forma automática aquellas agrupaciones que han sido formadas por los servicios brindados, ya que su marco societario se asemejaría a las sociedades de personas.

iv) Regulación Propia con Mecanismo Jurídico Particular

Bajo este elemento se rebela la utilidad que tiene la división de facultades y control de todos los órganos jurídicos, entre los cuales encontramos a los órganos administrativos – recordando que en ellos se encuentra el Directorio y la Gerencia – que apoyan a la representación y dirección de la sociedad en conformidad con los parámetros tipificados en la Ley General de sociedades o en el mismo estatuto de la empresa previo acuerdo de la Junta General de Accionistas; al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

“La sociedad anónima se encuentra dotada de un mecanismo jurídico particular que permite que la propiedad y la gestión de la empresa se encuentren desligados. Ello la caracteriza como una autentica sociedad de capitales, en la cual los accionistas no tienen necesariamente la gestión directa. Este mecanismo jurídico particular se encuentra basado en tres órganos: la junta general de accionistas, órgano supremo de la sociedad conformado por todos los accionistas, así como el directorio y la gerencia, órganos de administración que se dividen las labores de dirección y gestión de la empresa.” (Elías Laroza, 2015, pág. 220)

De lo antes citado, y en el hipotético caso que se constituyan los grupos económicos como S.A., observo un problema de regulación al no especificar cuáles seriales los

alcances de estos órganos administrativos frente a cada empresa vinculada, teniendo en cuenta que el Directorio y la Gerencia sería de la empresa matriz o de la agrupación, dejando la posibilidad de que estas sustituyan a los órganos de cada empresa que conforme el grupo, con lo cual nos deja la siguiente pregunta: (i) teniendo en cuenta que hasta la fecha las funciones de los órgano administrativo juegan un rol muy importante en el manejo de las empresas, podrían estos órganos de un grupo económico sustituir a los que se encuentren nombrados en cada empresa vinculada.

Soy de la idea que si se acepta la idea que los órganos administrativos del grupo tengan las mismas funciones que las de una empresa vinculada, podría traer confusión de la existencia de estas, incluso podrían traer consecuencias de la pérdida de la autonomía y sobre todo la pérdida de la personalidad jurídica de cada una de las empresas que se encuentren dentro de una agrupación; y sobre todo teniendo en cuenta que la empresa matriz de por sí ya tiene control de las demás empresas. Con lo cual mi propuesta a este potencial problema, dejando de lado el tipo societario implementado para los grupos económicos, es delimitar las funciones de cada uno de los órganos:

- Delimitar las funciones de los órganos administrativos del grupo económico frente a las que se encuentren en las empresas vinculadas, siendo su principal tarea la fiscalización de las acciones de estas últimas para verificar la ejecución de las decisiones que se hayan adoptado en el grupo, con lo cual darán informes a la empresa matriz sobre los logros, deficiencias, desacatos u otras acciones efectuadas, con la finalidad que el mismo grupo sea quien decida las medidas a tomar frente a una empresa vinculada que ejecute o no una dirección brindada por esta agrupación; así como mantener las funciones financieras y contables que tienen la gerencias pero únicamente frente al grupo.

5.1.1.1.1. Sociedad anónima cerrada

Antes de definir y estudiar las características esenciales que tiene este tipo societario es preciso resaltar que la Sociedad Anónima Cerrada (en adelante S.A.C.), al igual que la Sociedad Anónima Abierta (en adelante S.A.A.), son modalidades especiales de la S.A., los cuales, como regla general, comportan los mismos elementos que esta última; sin embargo, de acuerdo a nuestra ley societaria estos tres tipos societarios se diferencian de acuerdo a sus estructuras organizacionales, fines societarios, utilidad que tendrían los socios, y a los requisitos especiales para su constitución.

Además de estas diferencias, doctrinariamente y por la práctica empresarial, cada uno de estos tres tipos societarios tienen particularmente alguna finalidad y utilidad para su constitución, por ejemplo Elías Laroza desarrollando a la S.A.C. de acuerdo a sus requisitos tipificados en el artículo 234 de nuestra Ley de sociedades menciona lo siguiente:

“Los requisitos son que la SAC no puede tener más de veinte accionistas y que sus acciones no pueden estar inscritas en el Registro Público del Mercado de Valores. Si se tiene en cuenta que la sociedad anónima es una forma societaria en la que predomina el elemento capital, ello refleja en la SAC la presencia relevante del elemento personal en la propiedad del capital y en la administración; es decir, se trata de una modalidad en la que los accionistas tienen interés en mantener el desarrollo de una actividad económica bajo el control y en beneficio de un número reducido de personas, dentro de un régimen de mecanismos destinados a garantizar que la titularidad accionaria y la actividad social se circunscriban, en lo posible, a los accionistas que la han constituido. Así, veremos que la Ley establece limitaciones a la libre transferibilidad de las acciones y que, en la práctica, por lo general la administración societaria se encuentra en manos de los propios accionistas” (Elias Laroza, 2015, pág. 76)

La utilidad de este tipo societario va abocada al lado personal sobre el capital, ya que predomina el interés de tener el permanente control de la sociedad y con ello su dirección en manos de los accionistas que lo hayan fundado, es ahí por donde parte su característica básica de esta modalidad de S.A. enfocado a su limitado número de accionistas que no puede ser mayor a veinte; al respecto Ngô Bà Thánh señala:

“La pequeña sociedad anónima privada se caracteriza por su carácter cerrado, es creada por un pequeño número de socios que se conocen y predomina el *“affectio societatis”*. Aquí, el factor personal supera al factor capital. El *“omnibus personae”* presupone la confianza mutua, por lo que prevalecen las relaciones personales y las convenciones de los socios entre sí, que quieren ante todo “cerrar las puertas” a forasteros. Se trata en realidad de una sociedad personalista que ha recurrido a la forma anónima (...).” (Bá Thán, 1963, pág. 172)

Esta es la razón por la que la mayoría de grupos económicos adopta como su tipo societario a la S.A.C., ya que uno de los elementos claves de este fenómeno de grupo es la denominada “Dirección unificada y el Control empresarial” que es la facultad que tiene la empresa matriz o el grupo mismo de direccionar o controlar a las demás empresas vinculadas. La facilidad de control para esta clase de estrategia empresarial es que cuanto menor sea el número de accionista que controle a una empresa es más factible tomar decisiones para su mejora frente al mercado, a diferencia de si concurren un número considerable de accionistas para tomar algún tipo de decisiones.

Sin perjuicio de lo antes indicado, debo aclarar que el carácter personal de las S.A.C. no hace que este tipo societario esté vinculado a una empresa de personas, ya que el lado personal a la que me estoy refiriendo está conectado al elemento ético y moral que tiene los accionistas para tener el control permanente de una empresa, el

cual por ningún motivo enerva la utilidad y los elementos de las acciones, instrumento fundamental para el manejo de la S.A.

Desde la definición de las S.A.C. tenemos como antecedentes los grupos familiares, recordando que los grupos económicos también comenzaron y hasta en la actualidad se desarrollan con este mismo patrón, los cuales desde su constitución más primaria han adoptado a este tipo societario como su forma empresarial; ya que siendo familiar su utilidad y manejo empresarial es más asequible ejecutar los pilares de unión y confianza; al respecto Alberto Víctor Verón señala la siguiente definición:

“Empresas cerradas: Son aquellas comúnmente denominadas también “de familia”, o sea las que no recurren a la suscripción pública, y mantienen el capital en manos de un grupo familiar, de amigos o, simplemente núcleo de personas que *ad initio* tuvieron la idea de mancomunarse en el esfuerzo de emprender una determinada actividad económica” (Verón, 1979, pág. 64)

Desde el enfoque de la utilidad y la razón de la creación de la S.A.C. podemos observar que si se amolda a los intereses de un grupo económico, incluso de alguna manera coincide con algunos elementos de este fenómeno de grupo; sin embargo, esta es una de las características generales de las S.A.C. mas no todas.

Otra característica que ha surgido desde el lado familiar y cerrada que tiene esta modalidad de la S.A., es el impedimento de suscribirse al Registro Público de Mercado de Valores – tal cual se encuentra tipificado en el artículo 234 de nuestra ley de sociedades – su motivación es para salvaguardar los intereses de la empresa que haya adoptado esta tipo societario para su constitución, previniendo que ningún tercero pueda controlar a la empresa; al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

“(…) esta prohibición responde a la naturaleza de esta sociedad anónima, reservada a un pequeño grupo de personas, que no guarda correspondencia con el hecho de participar en el mercado de valores, lo

cual implica precisamente la apertura de la sociedad a terceros y a un control más riguroso de las entidades estatales.” (Elias Laroza, 2015, pág. 79)

Bajo esta característica existen dos enfoques que debemos de analizar, en atención a la actividad, presencia en el mercado globalizado y el propósito de constitución a un grupo económico:

- (i) Por un primer lado observo un lado positivo que brindaría protección a los interés de un grupo económico, el cual atañe a que se impida que un tercero pueda involucrarse con esta agrupaciones y con ello prevenir que cambie de manera sencilla a la empresa matriz que direcciona a la agrupación cerrando las puertas que no exista cambios abruptos de estructuración empresarial; ya que si no existe un control permanente, esta agrupación y las demás empresas vinculadas pueden verse afectadas en cualquier ámbito en los que se encuentren, como por ejemplo su lado civil, penal, labora, administrativo, entre otros.

Incluso otra característica esencial de las S.A.C. es el derecho de adquisición preferente de acciones, regulado en el artículo 237 de nuestra ley de sociedades, el cual otorga el derecho a los accionistas para limitar la transferibilidad de acciones a personas que no sean de su confianza, y con ello permitir que el control empresarial continúe siendo de los accionistas primarios; al respecto Ngô Bà Thánh señala:

“En la sociedad anónima cerrada o familiar, en cambio, siendo esencial el *‘intuitus personae’* de los consocios, el concepto de la incorporación de la calidad de socio (anónima) a títulos libremente negociables, es incompatible con el primer objeto deseado por los socios: el mantener la identidad de los miembros, o por lo menos, limitar o controlar la libre entrada de

nuevos miembros. Por consiguiente, la regla será la limitación a la libre transmisibilidad de los títulos.” (Bá Thán, 1963, pág. 177)

- (ii) Y, por otro lado, observo un lado negativo, ya que al no permitirse la inscripción en el Registro Público de Mercado de Valores, limita de alguna manera la inversión que un grupo económico pueda efectuar en miras de sus objetivos de crecimiento a nivel mundial, cabe resaltar que la utilidad de la norma sobre esta materia para S.A.C. ha sido su protección en el manejo y control de la empresa; sin embargo, no es lo mismo que varias personas naturales conformen una empresa a que varias personas jurídicas lo constituyan, en este último supuesto es más factible que una agrupación de empresas este intercomunicado con las demás empresas de nivel mundial, y además que su ingreso es más difícil de lograrse, con lo cual su impedimento al mercado de valores limitaría su finalidad económica de constitución. Razón por la cual considero que no sería factible adaptar a los grupos económicos como S.A.C.

5.1.1.1.2. Sociedad anónima abierta

A diferencia de la S.A.C., la Sociedad Anónima Abierta (en adelante S.A.A.), surgió por un interés inversionistas de las personas que buscaban la maximización de su económica mediante el ejercicio empresarial de un país, sin importar el lado personal o el control de la empresa, ya que su naturaleza desde su creación es íntegramente capitalista buscando su crecimiento sin importar quien lo administre, la única preocupación es que esta administración sea la mejor para los accionistas; al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

“(…) la inversión del inversionista se dirige a una modalidad societaria concreta, que utiliza la empresa receptora de su ahorro o inversión. No le resulta interesante, ni necesario, expresar su voluntad en el seno de la

empresa, sino que la misma sea conducida con profesionalismo y eficiencia. La disociación entre el control capital y el manejo de la empresa se agudiza debido a que el profesionalismo de la administración es el único medio para asegurar la rentabilidad de la inversión. En ese momento surge la sociedad anónima abierta, como el mecanismo idóneo para centralizar, administrar y reeditar la inversión en el capital.” (Elias Laroza, 2015, pág. 102)

Recordemos que el surgimiento de la S.A.C. fue con miras de asegurar el control societario de una empresa, a diferencia de la S.A.A. que su funcionalidad empresaria es íntegramente capitalista con un manejo administrativo profesional sin importar quien sea la persona que lo efectuó, lo único que interesa es la eficiencia que uno tenga para desarrollarlo. Por otro lado, una diferencia más profunda sobre lo mencionado ha sido analizada y explicada por Ngô Bà Thánh:

“La sociedad anónima abierta al público – (...), no es más que un mecanismo jurídico emisor de títulos negociables – es una institución jurídica – publica, instituida por ley, para recoger el ahorro con vistas a la explotación de las empresas, y una forma social de la organización económica.” (Bá Thán, 1963, pág. 171)

De esta manera fue que el marco jurídico ha sido muy marcado en cuanto a sus requisitos esenciales de constitución, exigiendo la concurrencia de uno o más condiciones tipificadas en el artículo 249 de nuestra ley de sociedades, las cuales son:

“Artículo 249.- Definición

La sociedad anónima es abierta cuando se cumpla uno a más de las siguientes condiciones:

1. Ha hecho oferta pública primaria de acciones u obligaciones convertibles en acciones;

2. Tiene más de setecientos cincuenta accionistas;
3. Más del treinta y cinco por ciento de su capital pertenece a ciento setenta y cinco o más accionistas, sin considerar dentro de este número aquellos accionistas cuya tenencia accionaria individual no alcance al dos por mil del capital o exceda del cinco por ciento del capital;
4. Se constituya como tal; o,
5. Todos los accionistas con derecho a voto aprueban por unanimidad la adaptación a dicho régimen.”

Teniendo en cuenta lo hasta aquí estudiado, podemos destacar algunas características básicas de una S.A.A., los cuales podemos analizar para poder observar la posibilidad de adoptar este tipo societaria en los grupos económicas:

- (i) La primera de ellas es que este tipo societario surgió a raíz de la necesidad inversionista que tenían las personas que querían aumentar su dinero, o en su defecto personas que invertían con los ahorros de las demás personas, importando la agilidad profesional en la que podían mover el capital en el mercado; y
- (ii) En segundo lugar, combinado con lo antes indicado, reposa en su carácter público que esta de la mano con la agilidad económica por la cual ha sido constituida esta empresa, dejando en un plano menor la obtención de control de la empresa, ya que el principal objetivo de los inversionistas será el movimiento de su capital para su crecimiento importando que la administración sea efectuada por profesionales capaces de cumplir esta tarea.

Esta última característica podría colisionar con el elemento de dominación que se ejerce en un grupo económico, ya que la permanencia de control que se ejerce en una agrupación de personas jurídicas hace que sea factible el crecimiento y desarrollo económico en el mercado del grupo y sobre todo el resguardo de la permanencia de las empresas vinculadas, debido a que si se da el cambio de

dominio de forma reitera, habría la posibilidad que siempre cambien de estructura societaria y administrativo, con lo cual no sería seguro vincularse con estas empresas; además, si en su defecto se aceptara la posibilidad de resguardar los intereses del grupo otorgando mayores protección de control, sería casi imposible tener un buen manejo societario, ya que al ser público la agrupación podrían haber la posibilidad de que cientos de inversionistas en su momento no se pongan de acuerdo en su totalidad o por ultimo en su mayoría para tomar alguna decisiones que sirva para el desarrollo del grupo.

Por otro lado, la utilidad de conformar un grupo económico está vinculada al crecimiento que quiere tener la empresa matriz o en su caso cada empresa vinculada, siendo su principal mira el apoyo corporativo y empresarial que se ejerce dentro de la agrupación, descartando por su naturaleza de ambos enfoques la opción que un grupo económico sea conformado con el tipo societario de la Sociedad Anónima Abierta.

5.1.1.2. Sociedad colectiva

Este tipo societario se caracteriza por su carácter íntegramente personal, dejando de lado el enfoque capitalista. Lamentablemente nuestra ley de sociedades no define a las sociedades colectivas, pero doctrinariamente se ha desarrollado casi en su exactitud una definición, acoplado su lado historio de evolución; al respecto, Elías Laroza señala que:

“La sociedad colectiva es la sociedad de personas por excelencia. En ella encontramos la fusión perfecta del *affectio societatis* y del *jus fraternitatis* propios de la antigua sociedad romana, que se manifiestan en una forma societaria diferente que se origina en la Edad Media y adquiere auge en la Edad Moderna, utilizando simultáneamente el trabajo de los socios, sus contribuciones económicas y su responsabilidad solidaria e ilimitada frente

a las deudas y obligaciones de la sociedad. Es la “fraterna compañía”, como la llaman algunos autores italianos, entre los cuales destaca Antonio Brunetti.” (Elias Laroza, 2015, pág. 144)

De esta definición podemos destacar algunas características esenciales de las sociedades colectivas, los cuales, además, se encuentran tipificados en nuestra ley de sociedades, que en su entero estudio se podrían destacar más, pero para la utilidad del presente trabajo los más importantes que puedo destacar son los siguiente: (i) sociedad de personas por excelencia; (ii) responsabilidad ilimitada; y (iii) la administración individual o colectiva.

Como primer elemento las sociedades colectivas son empresas con naturaleza íntegramente personal, cuyo comportamiento societario depende de participaciones, este tipo de sociedad tiene como principio empresarial la colectividad y fraternidad entre las personas que lo conforman; de esta manera la importancia de su esfuerzo humano y su participación personal queda en primer plano, dejando en segundo plano el lado capital de las aportaciones; es así que, por su modo colectivo de actuar de los socios, si existe algún problema económico todos los socios responden de manera solidaria frente a cualquier deuda. Al respecto, Elías Laroza, mencionando el estudio de Antonio Brunetti, señala lo siguiente:

“Antonio Brunetti expresa, al respecto, que ello se debe a las características de la sociedad colectiva: una perfecta reunión de fuerzas del capital y del trabajo para una actividad lucrativa, en la que los socios, por estar vinculados a la sociedad en forma tan estrecha, le dicen todo su esfuerzo productivo y no solamente un trabajo marginal; actúa como especial aliciente la responsabilidad ilimitada; por todo ello, la sociedad colectiva involucra normalmente a un grupo pequeño de personas, ligadas entre sí por la amistad y la plena confianza; no siendo, inclusive, poco frecuente que la sociedad, al alcanzar el éxito económico, retorne a las manos de un solo de los socios.” (Elias Laroza, 2015, pág. 153)

De alguna manera esta característica es compatible con la naturaleza empresarial que tienen los grupos económicos, ya que la finalidad de constituir una agrupación es con miras de todas las empresas vinculadas trabajen en equipo para obtener de manera conjunta e independiente mayores utilidades y perfeccionar su proceso de producción o del servicio que se hayan propuesto, siendo su marco de trabajo la fraternidad y confianza de las acciones que pueden efectuar las sociedades vinculadas y las direcciones que emite la empresa matriz o el mismo grupo. Sin embargo, esta no es la única característica que resalta de este tipo societario.

Como segunda característica distintiva de este tipo societario tenemos que los socios responden de manera solidaria e ilimitada por las deudas que la empresa puede tener, pero que en su aplicación se debería de ejecutar con lo señalado tipificado por el artículo 273 de nuestra ley de sociedades en el cual se regula el beneficio de excusión. Para tener un mejor panorama de la aplicación de esta responsabilidad y en confirmad con lo que he señalado Elías Laroza señala lo siguiente:

“En lo tocante a la responsabilidad de los socios por las obligaciones de la sociedad, ella es ilimitada y solidaria. Es ilimitada porque responde por el todo, cualquiera que él sea. Es solidaria porque el acreedor de la sociedad puede dirigirse contra cualquiera de los socios o contra todos ellos simultáneamente, por el total de su crédito, de conformidad con el artículo 1186 del Código Civil. Son válidos los pactos entre socios sobre esta materia, de conformidad con el artículo 273, (...), pero sin ningún efecto frente a terceros.

Sin embargo, en la sociedad colectiva la responsabilidad de los socios tiene carácter subsidiario, pues, de acuerdo a nuestra Ley, cabe el beneficio de excusión, (...) artículo 273.” (Elias Laroza, 2015, pág. 150)

Al respecto, y enfocándonos en el estudio de los grupos económicos, al igual que yo varios autores discrepan doctrinariamente y en su práctica corporativa sobre la

naturaleza jurídica que puede tener esta tipo societario frente a la posibilidad de que personas jurídicas puedan constituidas con otros tipos societarios, llámese S.A., S.A.C. o S.A.A., puedan ser parte de esta clase de empresa; al respecto el mismo autor antes citado (sin enfocarlo al fenómeno de grupo) señala lo siguiente:

“Se discute en doctrina si la sociedad colectiva, típica sociedad de personas y de responsabilidad ilimitada, puede tener a personas jurídicas en calidad de socios. Existe consenso, en general, para admitir que pueden serlo personas jurídicas, a su vez, sean de responsabilidad ilimitada, lo cual circunscribe el debate al caso de las personas jurídicas de responsabilidad limitada. Existen legislaciones, como la argentina, que limitan esta posibilidad a las de responsabilidad ilimitada.” (Elias Laroza, 2015, pág. 155)

Claro es que el problema radica en que si un grupo económico es constituida bajo la regulación y parámetros de una sociedad colectiva, podría afectar la naturaleza de empresas que tengan como sus cualidades la responsabilidad limitada a las aportaciones que uno haga frente a la sociedad o en su defecto a la cantidad de inversión que una empresa matriz haga en una empresa – ya que, recordemos que, en algunos casos los grupos económicos pueden ser constituidos de hecho si una empresa compra una cantidad considerable de acciones o en su defecto controle a la empresa.

Esta situación de por sí podría afectar a la empresa que se encuentre vinculada en un grupo económico si es que previamente no acepto la posibilidad de responden de forma ilimitada frente alguna deuda del grupo, resaltando que en algunos casos los grupos económicos se pueden formar de hecho sin el consentimiento de las empresas vinculadas, con lo cual soy de la idea que bajo este supuesto la norma debería de tipificarse con mayor precisión la responsabilidad que tendrían la empresas frente al grupo y viceversa, pudiendo incluso ser solidarias pero, en mi opinión, no ser de manera ilimitada. Ya que la naturaleza solidaria reposaría en la

ejecución de alguna acción si es que la empresa matriz ordena a alguna o a todas las empresa vinculas alguna acción que perjudique a un tercero, en este caso es jurídicamente valido que sea la responsabilidad solidaria pero respetando la naturaleza jurídica de cada tipo societario.

Y finalmente, la sociedad colectiva puede ser administrada de forma individual o colectiva, esta cualidad se encuentra claramente tipificada en el artículo 270 de nuestra Ley General de Sociedades en el cual se señala que “Salvo régimen distinto previsto en el pacto social, la administración de la sociedad corresponde, separada e individualmente, a cada uno de los socios.”

Esta es una de las características que en mi consideración no podrían existe dentro de un grupo económico, ya que la finalidad de dicha agrupación es la colaboración empresarial que deben de tener todas las empresas vinculadas, con lo cual no podría concretarse la idea que de forma separada puedan ejecutar decisiones sin contar con la aprobación de la empresa matriz o en general del grupo mismo, ya que de esta manera perdería fuera el fenómeno de grupo, además de contravenir dos elementos clases antes mencionados de estos, llamados “Relación de dominio – dependencia” y el “control unificado”. Siendo de esta manera a mi parecer imposible que los grupos económicos adopten este tipo societario para su constitución.

5.1.1.3. Sociedad en comandita

Este tipo societario se caracteriza principalmente por su participación mixta de elementos para su constitución y ejercicio empresarial, ya que concurren de manera paralela el elemento personal y capital, siendo considerado por varios juristas como una sociedad mixta que recogen todas los derechos y obligaciones dependiendo de la clase de socios que uno sea en estas sociedad en comandita; al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

“La sociedad en comandita, en nuestra opinión, es aquella forma societaria que, en cuanto al elemento personal, combina las dos clases tradicionales de sociedades de personas y de sociedades de capitales. De allí que en su seno están presentes tanto el socio colectivo (quien actúa como administrador y responsable ilimitado) como el socio comanditario (quien interviene en calidad de inversionista y responsable solo por el monto de aporte). Y en cuanto al elemento de responsabilidad, la sociedad colectiva tiene carácter mixto, pues también combina los socios de responsabilidad ilimitada con los de responsabilidad limitada.” (Elias Laroza, 2015, pág. 187)

Sin importar el número de socios que la sociedad colectiva cuente (ya que nuestra ley societaria no señala un límite de personas) estos pueden adoptar una de las dos modalidades de este tipo societario los cuales son llamados como: Sociedad en comandita simple y Sociedad en comandita por acciones; al respecto, Elías Laroza define a ambas modalidades de esta manera:

“a) La sociedad en comandita simple, de carácter personalista, cuya característica principal es el predominio de los socios colectivos en la gestión y cuyo capital se encuentra dividido en participaciones, para cuya transferencia rigen las reglas de la sociedad colectiva.

b) La sociedad en comandita por acciones, que se regula más como una sociedad capitalista que personalista, por el papel que en ella adoptan los socios comanditarios, y cuyo capital social se encuentra dividido en acciones. En esta forma societaria se puede hablar de un predominio de los socios capitalistas sobre los colectivos, quienes se convierten en simples gestores de su inversión de capital.” (Elias Laroza, 2015, pág. 195)

Como regla general, este tipo societario comporta ciertas estructuras empresariales que tienen las Sociedades Anónimas y las Sociedades Colectivas respectivamente, claro es que para nuestro trabajo de investigación nos conviene señalar las

características generales de las Sociedades en comandita, ya que su modalidad especial será determinada por los socios, importando su tipicidad para enmarcar su forma en cómo van a desarrollar sus actividades, por ejemplo: (i) la sociedad en comandita simple tendrá como instrumento jurídico para su manejo las participaciones; y (ii) la sociedad en comandita por acciones, las acciones, con sus respectivos derechos y obligaciones.

Una de las características esenciales de este tipo societaria y la razón por la cual considero podría encajar mejor para los grupos económicos es la expresión mixta que tiene para su constitución y funcionamiento empresarial, ya que al aceptarse ambas formas de aportaciones se abre una puerta enorme para que las empresas puedan formar grupos económicos sin limitar que únicamente sea constituido por aporte capital o aporte profesional; bajo esta modalidad lo que importara es el fin común que tiene los socios sin importar cuál sea su aportación.

Sin embargo, no es del todo compatible las sociedades en comanditas frente los grupos económicos ya que estas agrupaciones son mucho más complejas que lo tipificado por nuestra ley de sociedades, en cuanto a su actividad empresarial, por ejemplo en la regulación de las sociedades en comanditas respecto de la administración de la empresa, señala que únicamente lo pueden efectuar los socios colectivos mas no los que aportan el capital esto quiere decir que se excluyen aquellas personas que inviertan su dinero en una empresa, siendo totalmente incompatible con la mayoría de estrategias empresariales para la constitución de hecho del fenómeno de grupo.

5.1.1.4. Sociedad comercial de responsabilidad limitada

En cuanto a su definición nos abocaremos en citar lo señalado en el artículo 283 de nuestra ley de sociedades, en el cual se tipifica lo siguiente.

“Artículo 283.- Definición y responsabilidad

En la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada el capital está dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no pueden ser incorporadas en títulos valores, ni denominarse acciones.

Los socios no pueden exceder de veinte y no responden personalmente por las obligaciones sociales.”

De este artículo podemos destacar que podría ser una suerte de combinación societaria el surgimiento de la Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (en adelante S.R.L.) ya que comprende la acrática personal como parte de su naturaleza jurídica al igual que las S.C. y la parte de la responsabilidad limitada igual al de las S.A.; al respecto, Andrés León Montalbán señala lo siguiente:

“La sociedad de responsabilidad limitada ofrece, pues, las ventajas de la sociedad colectiva, en cuanto permite y estipula la colaboración de los socios en la administración y fiscalización de los negocios sociales; u de la sociedad anónima, en cuanto da cabida a la limitación de la responsabilidad de los mismos a su aporte social (...). Pero debemos precisar que la sociedad de responsabilidad limitada no es ni una modalidad de la sociedad colectiva, ni una variedad de la sociedad anónima; sino que representa un tipo especial, sui generis de sociedad, nacido para responder a exigencias y circunstancias también especiales.”
(León Montalbán, 1964, pág. 277)

De lo antes citado, podríamos decir que este tipo societaria encajaría perfectamente con la constitución de los grupos económicos, ya que por un lado vemos algunas carencias superadas que hemos mencionado sobre las sociedades anónimas y las sociedades colectivas; sin embargó, no podemos dejar de lado que hoy en día las agrupaciones van de la mano con el capital invertido llamado como instrumento jurídico acciones.

Sin perjuicio de lo antes indicado, tampoco se niega la opción que las agrupaciones se formen por medio de participaciones, ya que podría constituirse por acuerdo de partes para que estos puedan ejercer sus actividades colectivas de manera unificada con cada empresa vinculada incluso esta figura societaria resguarda los intereses de cada empresa al limitar la responsabilidad; pero lamentablemente la estructura empresarial de los grupos de empresas es mucho más compleja que, tan solo nombrar dos cualidades que pueden asemejarse a las exigencias de este fenómeno de grupo, no es suficiente para arrojar todos los elementos que el grupo demanda por ejemplo su necesaria regulación del elemento de relación de dominio dependencia para determinar la responsabilidad de cada una de las empresas y del grupo en sí.

Incluso lamentablemente este tipo societario carece de regulación para definir el control y la forma de cómo se toman decisiones para la administración y manejo empresarial de esta clase de personas jurídicas, siendo este elemento contrario a los intereses de los grupos económicos, ya que para su desarrollo – conforme lo vamos a desarrollar más adelante – es necesaria que se den algunos parámetros para su ejercicio de control y manejo empresarial; al respecto, Elías Laroza señala lo siguiente:

“Al igual que en la sociedad colectiva, la nueva LGS no ha previsto ni regulado para la SRL un órgano social que reúna a sus socios con la finalidad de tratar los asuntos que interesan a la sociedad. Tampoco establece quórum ni mayorías. Simplemente se limita a señalar que la vida de la sociedad se regirá por la voluntad de los socios que representen la mayoría del capital social, (...).” (Elias Laroza, 2015, pág. 223)

Estas son razones que impiden que un grupo económico pueda ser constituido bajo la forma de la S.R.L., pero que si se llegara ajustar estos lados podría dar el primer paso para la regulación del fenómeno de grupo pero que en sí no solo basta

desarrollar estas carencias, sino que faltaría desarrollar mucho más para satisfacer toda o aunque sea una gran parte de las exigencias del fenómeno de grupo.

5.1.1.5. Sociedades civiles

Al igual que las S.R.L. la definición y características esenciales de las Sociedades Civiles se encuentran tipificadas en nuestra ley de sociedades, cuando en el artículo 295 se señala lo siguiente:

“Artículo 295.- Definición, clases y responsabilidad

La Sociedad Civil se constituye para un fin común de carácter económico que se realiza mediante el ejercicio personal de una profesión, oficio, pericia, práctica u otro tipo de actividades personales por alguno, algunos o todos los socios.

La sociedad civil puede ser ordinaria o de responsabilidad limitada. En la primera los socios responden personalmente y en forma subsidiaria, con beneficio de excusión, por las obligaciones sociales y lo hacen, salvo pacto distinto, en proporción a sus aportes. En la segunda, cuyos socios no pueden exceder de treinta, no responden personalmente por las deudas sociales.”

Tal cual lo hemos mencionado casi al inicio del presente capítulo, existe un problema de regulación respecto de la posibilidad que una persona jurídica puede ser parte de otra empresa si es que esta se está constituyendo en función a participaciones, como vemos en el artículo antes citado, esta clase de funciones únicamente se está enfocando en las labores o servicios personales que puede brindar una persona natural, pero no una persona jurídica creada de manera ficticia para ejercer actividades económicas, siendo este una primera visión para que se formen grupos económicos con este tipo societario y/o que empresas constituidas con este tipo societaria no puedan formar parte de una agrupación de personas.

Sin dudar alguna, a propósito de este artículo en mención, debo de opinar que sería importante que nuestra ley societaria modifique este lado de las participaciones con la finalidad de que se expanda la aplicación de la norma para personas jurídicas en el marco de las aportaciones personales, que si bien no las pueden efectuar estas ficciones legales, pero si a través del personal que trabaja dentro de cada una de las empresas de este tipo, o en su defecto de cualquier otra empresa que quiera conformar una agrupación de empresas.

Por otro lado, de manera general debo de resaltar que el descarte de cada tipo societario para que un grupo económico se constituya con alguna de estas, se debe a la falta de desarrollo y evolución jurídica que tiene nuestra ley de sociedades sobre esta estrategia empresa, que hasta la fecha resulta ser muy compleja en comparación al tradicional esquema que conocemos de una empresa, pero que, si se tipificaran los elementos esenciales de estas agrupaciones, supuestos de responsabilidad, entre otras situaciones fundamentales, llegaríamos a comprender mejor el comportamiento societario de estas, las cuales he explicado a lo largo de mi investigación.

Es así que, de acuerdo a todo lo analizado hasta aquí, considero necesaria la tipicidad de un nuevo tipo societario que reconozca de manera especial a los grupos económicos señalando sus elementos, características, entre otros supuestos propios de estas agrupaciones, ya que definitivamente la estructura tradicional de una sociedad se ve afectada con el ingreso de este fenómeno.

5.2. Análisis económico de la legalización de los grupos económicos y su optimización en nuestro mercado

Sin perjuicio del análisis jurídico sobre la necesidad de legalizar a los grupos económicos dentro de la Ley General de Sociedades como un tipo societario

especial distinto a los ya regulados, y con la finalidad de completar mi estudio, resulta indispensable analizar si esta conclusión es beneficiosa para cubrir nuestros intereses de acuerdo al enfoque económico, en cuyo caso volveré a mencionar las ventajas desarrolladas en el punto 6.1., precedente.

Recordemos que el enfoque económico, no solo está abocado al carácter monetario de una decisión, sino también al tiempo, eficiencia, eficacia y optimización que tiene una determinada decisión o regulación frente a algunas situaciones, sobre el particular Conde Granados señala que “(...) la figura del análisis económico del Derecho, es hoy por hoy una disciplina que ayuda a entender el desenvolvimiento económico de la empresa y su relación con la estructura legal en el funcionamiento de su gobierno.” (Conde Granados, 2008, pág. 352)

La legalización de los grupos económicos, tal cual lo he analizado secuencialmente a lo largo de mi investigación tiene ventajas frente a las complejidades de su comportamiento societario, incluso el mismo autor antes mencionado ha precisado algunos problemas al mencionar lo siguiente:

“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.” (Conde Granados, 2008, pág. 361)

Como nos podemos dar cuenta, y en respaldo de mi estudio, la falta de regulación de los grupos económicos hace que nuestra interpretación y regulación en otros sectores se vea desordenado, toda vez que no existe un parámetro jurídico por parte del legislador para obligar a estas grandes corporaciones a estandarizar su comportamiento societario, sus integrantes, entre otras situaciones importantes que nos permita individualizar como sujetos de derecho.

Por tanto, desde el enfoque económico, la principal ventaja de legalizar a los grupos económicos en nuestra Ley General de Sociedades como un tipo societario especial, se encuentra en su perfil público que tendría su constitución como una parte vinculante para todo sujeto que pretende constituir una agrupación; toda vez que sería obligatorio inscribir a registros públicos dicho acto, en el cual se señale cuáles son las empresas vinculadas, cual es el interés del grupo, cuál sería su comportamiento empresarial, entre otros supuesto.

De esta manera, el problema señalado por Conde respecto de la incompatibilidad de intereses entre la agrupación y las personas gestoras se vería resuelto, ya que de manera preliminar se estaría señalando cual es objeto principal de la agrupación de las empresas, situación que también ayudaría a que las empresas vinculantes sepan hasta dónde puede llegar la facultad de control de la empresa matriz o de la decisión del grupo en general.

Por otro lado, el reconocimiento societario de los grupos económicos como una persona jurídica, haría que el mercado se vea más protegido, ya que su individualidad como empresa haría que dichas agrupaciones sean susceptibles de imputación de responsabilidad por cualquier acto que realicen la agrupación y/o las empresas vinculadas – si y solo si, su actuar dependió de la dirección de la agrupación o siguiendo la visión del grupo –.

Definitivamente, la decisión de adoptar una regulación especial dentro de la Ley General de Sociedades haría que nuestra economía sea mucho más atractiva para

otros países, sobre todo si lo queremos verlo desde el orden que surgiría a nivel jurídico la ubicación de estas agrupaciones dentro del marco societario, ya que de aquí tendríamos un ordenamiento especial y marco que permita tomarlo como modelo para la regulación de este fenómeno de grupos en otros sectores del mercado, como lo es en el derecho laboral, civil, penal, administrativo, minero, entre otros.

Y finalmente, con esta regulación vinculante dentro de nuestra Ley General de Sociedades, se podría optimizar el mercado dándole una vestimenta a todos los grupos económicos con el perfil del buen gobierno corporativo, ya que al reconocerlos como tipos societarios especiales, estaríamos obligando a cada agrupación tener instrumentos empresariales que ordenen su funcionamiento interno, delimitando cual es la función del grupo y de cada uno de las empresas vinculantes, entre otros supuestos propios del manejo de una empresa.

5.3. Análisis de las opiniones de especialistas respecto de la regulación de los grupos económicos

5.3.1. Entrevista realizada al Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio

Oswaldo Hundskopf Exebio: Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Administrativo y Doctor en Derecho. Estudios de especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca – España y de Post-grado en Comercio Exterior en la Escuela de Administración de Negocios (ESAN).

Decano de la Facultad de Derecho y Profesor Principal en el Área Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Maestría en Derecho

Empresarial de dicha Universidad, así como de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Se ha desempeñado como miembro de las Comisiones que elaboraron la nueva Ley General de Sociedades y la Ley General de Pesquería, así como Asesor de diversos Ministros de Estado y de diversos gremios empresariales. Ha sido Presidente del Directorio de Servicios Postales del Perú – SERPOST, Director de CONASEV, CONACO; Centromín Perú, miembro de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de Indecopi, y es a la fecha Arbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, de CONSUCODE, CAPECO y la American Chamber of Commerce of Perú.

Actualmente, el Dr. Hundskopf es Presidente del Directorio de Lima Caucho S.A., Director de la Sociedad Nacional de Pesquería y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Mercantil y del Instituto Peruano de Derecho Pesquero.

Especialización en las áreas de Derecho Societario y Mercantil y en general, en Derecho Pesquero, Derecho de Comercio Exterior, Derecho Administrativo, y en Arbitrajes Nacionales e Internacionales.

Buenos días Dr. Hundskopf.

En principio quisiera agradecerle por su valiosa participación para el desarrollo de la presente encuesta que tiene como fin intercambiar ideas y reforzar mi investigación de mi tesis titulada “La Regulación de los Grupos Económicos en el Ámbito de Derecho Societario”, he analizado que los grupos económicos podría encajar dentro de nuestra ley societaria como un tipo societario especial.....

Los grupos económicos como un tipo societario no podría ser, lo que existe es una modalidad de contrato asociativo tipo consorcio o tipo de asociación, llamado “contrato de grupo” cuya estructura se encuentra ya estudiada dentro del proyecto de la Ley General de Sociedades.

Hay una comisión que se formó en el año 2000 – 2001, en la cual participe conjuntamente con Ricardo Beaumont, Eduardo Montoya, entre otros, y durante aproximadamente seis (06) meses entrevistamos a las personas vinculadas a la CONASEV (hoy en día llamada Superintendencia del Mercado de Valores), a los que se encontraron en el equipo para en la regulación de los grupos económicos en la ley de sistemas financieros bancario y seguros, en el sector energía, sector hidrocarburos, entre otros sectores; y vinieron delegaciones de la entidad a explicarnos que la regulación de un determinado grupo tenía que ser particular o diferente a la de otro grupo y no podía ser de ninguna manera parecida a lo que es el mercado de valores o el sistema bancario. Entonces nosotros llegamos al convencimiento por unanimidad en un documento firmado que, la regulación de los grupos como tal, así como una regulación societaria como un tipo societario no era posible. Pero si era posible, una modalidad de contrato asociativo en el libro quinto de la ley de sociedades que se podría llamar “contrato de grupo”, sin que se pierda la personalidad jurídica de las empresas vinculadas al grupo, en cuyo caso se firmaría un documento con fecha cierta por escritura pública señalando sus respectivos compromisos.

De alguna forma esta comisión fracasó; sin perjuicio de ello existe esa propuesta de modificación. Es más, en la nueva comisión para la modificación de la Ley General de Sociedades en la que forma parte el Dr. Montoya y yo, está la idea latente de incorporar el libro quinto como contrato asociativo sin crear una persona jurídica ¿por qué? Porque en todos los grupos económicos que existen en el país, ninguna sociedad vinculada quiere perder su personalidad jurídica, con lo cual tampoco habría la posibilidad de plantear la figura de la fusión por absorción.

¿Qué opina usted sobre la ausencia de algún artículo dentro de nuestra Ley General de Sociedades o la inexistencia de una norma con rango de ley que desarrolle legislativamente el concepto, elementos, características, responsabilidades, entre otros supuesto de los grupos económicos?

Cuando el tema se discutió, salió la opción de que los grupos económicos podrían encajar como un contrato asociativo que obligue a todos los firmantes, ya que todos considerábamos que no es posible regular ni en el libro primero de normas básicas ni en los tipos societarios, es más, la ley de sociedades establece los modelos que se aplican en todos los diferentes sectores de los grupos económicos de todas las ramas de actividad. Quizá podría caber esta posición si hubiera una ley o un código de derecho empresarial o una la ley general marco empresariado; sin embargo, nunca se ha dado el pase a que la ley de sociedades sea típicamente una expresión del derecho privado para convertirse en una ley del derecho empresarial, siendo esta última el conjunto del derecho privado/público, y que además, en mi consideración opino que, tampoco se va a dar.

Todas las actividades, congresos y en general lo que se ha hecho para promulgar leyes como por ejemplo el código de la empresa, la ley del marco empresariado, entre otros, se han pensado precisamente en el contenido del objeto que realizan las sociedades, bien podrían ser industriales, pesqueras, otras mineras, entonces ¿cómo hacer? Bueno, podría ser la ley marco empresarial que desarrolle esto de manera general, pero y ¿la ley de sociedades que tiene que ver con eso? La ley de sociedades te da el modelo para los tipos de sociedades, que el objeto social sea variado dependiendo de cada empresa, esto no enerva el desarrollo legal vigente.

En varios de sus obras ha mencionado que los grupos económicos tiene tres elementos característicos: (i) la persistencia de la autonomía jurídica; (ii) la relación dominio dependencia; y (iii) la dirección unificada. Sin embargo, en

otros países como el caso de Alemania, la legalización de los grupos económicos se basa en la presencia de este último elemento en mención

¿Considera que si se reconociera a los grupos económicos dentro de nuestra Ley General de Sociedades, sería suficiente la concurrencia de alguno de estos tres elementos tal cual se encuentra tipificado en la ley societaria de Alemania? o ¿Sería necesaria la advertencia de los tres elementos para considerar que sea constituido un grupo económico?

Yo personalmente, creo que los grupos económicos como tal, se expresan a través de balances simplificados, los cuales se registran en la SUNAT; asimismo, estas también se integran por razones de infraestructura cuando los grupos económicos con las empresas vinculadas comparten oficina, incluso comparten una serie de actividades, pero si me pides mi opinión, yo te diría que manteniendo la personalidad jurídica de cada empresa vinculada, se tendría que preguntar desde este punto como sería su manejo empresarial, o sea, ¿Qué hacen para que las empresas integren el grupo? En cuya respuesta cabría: accionariado común, estar sometido a una dominación de todas maneras, criterios uniformes, políticas y por supuesto la dirección unificada.

Tal es el caso del grupo Brescia, por ejemplo, que los mismos cinco integrantes: Alex Fort, Mario Brescia, Pedro Brescia, Fortunato Brescia, la Sra. Ana María - son cinco o hasta seis personas - manejan o son directores de todas las empresas del grupo, pero ninguno es gerente ni va a serlo, porque ahí ya entra otro tema, el tema de la supervivencia de las empresas familiares y sobre todo el profesionalismo de gestión, yo creo que deberían persistir los tres elementos de todas maneras, como también la sociedad común, pero teniendo en cuenta definitivamente la preexistencia de la personalidad jurídica de cada sociedad vincula.

Siendo esa misma lógica de los tres elementos, hay casos de grupos económicos en los que se prexiste la autonomía jurídica de las empresas

vinculadas, claro está que siguiendo los intereses del grupo. En esa perspectiva ¿Cree usted que se estaría quebrantando la dirección unificada?

Un grupo que conozco de cerca, y te lo pongo como ejemplo, es SIPESA el cual tenía ocho o diez empresas satélites que prestaban diferentes servicios, empresas desarmadoras, de transporte, las cuales fueron absorbidas por esta primera, o sea perdían su personalidad jurídica formando un gran monstruo; sin embargo, con el tiempo desapareció y se arrepintieron de formar esta empresa ya que luego de su desaparición, pensaron que era mejor mantenerse como grupo sin perder la personalidad jurídica de cada una de las empresas absorbidas, para que de esta manera compartan tareas, estrategias, entre otros, sin perder sus propias acciones y actuación en el mercado.

Respecto de la dirección unificada ¿Cree usted que es necesario la lección unificada o solamente bastaría con que se demuestre que una empresa vinculada esté direccionada bajo los parámetros del interés del grupo?

Bueno yo creo que de todas maneras tiene que ver una empresa dominante que establezca los criterios uniformes, sobre todo porque las empresas no deben tener políticas laborales, comerciales diferentes. Yo creo que sí es importantísimo.

El grupo Overtelle que se manejaba por una empresa llamada Groover S.A; el Banco de Crédito del Perú está dentro del grupo Credicorp, el cual pone las pautas y políticas a toda la agrupación; Rodríguez Pastor líder del grupo multisectorial Intergroup, tienen proyecciones en restaurantes, en servicios diversos, pero en general todas las actividades pasan por el análisis de una empresa interna que evalúa los pro y contra, y de acuerdo a eso ven a rentabilidad de tomar alguna decisión corporativa, con lo cual resalta la tarea importante de la dirección unificada para el manejo de una agrupación.

Al comienzo de la entrevista usted ha mencionado que no se podría tipificar a los grupos económicos como un tipo societario; sin embargo, si analizamos las características esencial de los grupos económicos, existe entre ellas la preexistencia de la personalidad jurídica, con lo se podría amoldar a lo previsto por el artículo 4 de nuestra Ley General de Sociedades ¿Por qué considera que no debería ser emparado como un tipo societario?

Es un imposible, la persona jurídica es un sujeto de derechos distinto a sus socios ¿Los socios que tienen? Acciones, ellos no tienen activos, no tienen pasivos; ellos tienen acciones, entonces, si tú haces un grupo económico con un tipo de persona jurídica, significa que todos los demás son socios, nada más; pero los activos y pasivos del gran patrimonio social son de ellos. Entonces yo dudo mucho que en empresas con accionariado mixto como es el caso del Grupo Brescia u otros particulares que las hay muchas, acepten perder su personalidad jurídica para dejar de ser personas jurídicas lo dudo mucho; para mí es un imposible, porque los grupos no son estrategias societarias que tengan como finalidad liquidar empresas, por ejemplo, el Grupo Rodríguez Banda o el Grupo Romero, en algunos casos tiene el control del 100% y en otros casos el control del 60%, dejando que cada empresa siga teniendo su personalidad jurídica.

Entonces lo importante de esto es que las personas jurídicas partes de un grupo económico se encuentran aún desarrollado su actividad empresarial, pero con la condición que si entran al grupo se deben de someter a las reglas como por ejemplo alinearse a las políticas generales de la agrupación.

Crear un tipo societario, el octavo tipo societario ¿Pero cómo? Las sociedades que son, personas naturales/jurídicas. Y las demás sociedades ya no ejercen, ya no trabajan, ya no realizan actividades, no van a aceptar.

El contrato de grupo es lo perfecto, o sea, todos en la mesa se comprometen a someterse en lo que es contrataciones personales, renovación, gerencias, la

evaluación de la empresa tal es del grupo. Una empresa de recursos humanos dentro del grupo que se encarga de evaluar a todos los nuevos gerentes, las promociones o a establecer sistemas de contabilidad uniformes, entre otras situaciones que desde un contrato se pueden determinar de manera preliminar.

La fórmula que nosotros hemos considerado posible, es firmar un contrato de grupo por el cual las empresas suscriptoras, asumen una serie de compromisos y obligaciones. Siendo esta figura semejante a un contrato *trust* en Londres o una de Pool, para exportaciones o para similares actividades, pero ningún caso se perdería la personalidad jurídica de cada empresa vinculada.

Siendo de esta manera un contrato distinto a los que se encuentran reconocidos en nuestra Ley General de Sociedades, como lo son el contrato de participación, el consorcio; razón por la cual el tercero vendrían a ser el “contrato de grupo”.

Pero no puede ser un tipo societario, porque si no sería una persona jurídica sujeto a derechos, obligaciones, que tendría que tener accionistas que sean personas naturales o jurídicas que perciban dividendos y que su actividad la dejen de hacer para que la haga la empresa.

En todas las corporaciones que yo he conocido, idolatran su personalidad jurídica. O sea, que cada uno tenga su propio directorio, su propia gerencia. Por supuesto que establecen y aceptan políticas, criterios, pero te dicen “¿Entonces que, va a haber una fusión? ¿Nos van a absorber a todas?” Lo que se planteas es como si fuera una gran fusión, donde todas las empresas sean absorbidas por una y ¿qué les cancelan? Acciones.

O sea ¿no se podría perfilar a los grupos económicos como un tipo societario especial, pese a que bajo esta figura existe una compleja estructura corporativa?

Yo creo que no, la practica me ha enseñado cuando fui un iluso en la década de los 80 en los grupos societarios, me he convencido de que es un imposible. Además porque los tipos societarios son siete, cada uno es un sujeto de derecho, una persona jurídica independiente, los únicos que no son personas jurídicas son los contratos asociativos.

Es un imposible ¿porque las mismas empresas se negarían?

Se negarían, los accionistas de las empresas que integran el grupo.

En este momento hay un caso, no puedo entrar en detalles porque lo estoy viendo ahorita, donde hay un 20% o 30% de una empresa que está dispersa entre 600 accionistas y esas empresas se oponen a la fusión. Querían fusionarlas en un sector para hacerlas más fuertes, y se oponen. Amenazan con que si hay fusión, se van a oponer, van a utilizar un proceso arbitrajes.

Si seguimos ese esquema de los grupos económicos como un contrato estaríamos siguiendo el mismo enfoque desarrollado en Alemania; dicho país a este fenómeno de grupo lo desarrollan con el llamado “contrato de dominación”; sin embargo, en Alemania una de las razones por la que decayó, a mi parecer, y como algunos autores españoles lo han mencionado así, es de que en su legislación se permitía la figura del grupo constituido de hecho sin la necesidad que existiría un contrato celebrado, sino de una manera un poco abierta al igual como se desarrolla Perú con las empresas de hecho. ¿Sería eficiente dejar nuestra regulación abierta para reconocer a esta clase de agrupaciones?

Yo considero que tiene que haber un cordón umbilical en los grupos económicos, ¿Que hace que las empresas sean de grupo? ¿Cómo evitar que las políticas sean diferentes? Ni hablar, yo creo que eso es un poco la filosofía en los grupos como Intercorp, el Grupo Romero, entre otros. Aplican criterios uniformes, reuniones,

convenciones de todas las empresas de grupo con la sociedad; tiene que haber una base comunicante de todas ellas, debiendo de existir un directorio común de todas maneras, razón por la cual no sería óptimo la figura de los grupos hecho, ya que de aquí habría desorden en el reconocimiento de cada una de las características que te he mencionado

¿Cree usted que si se reconoce a los grupos económicos como una persona sujeta a derecho e individualizada legalmente a su estructura empresarial, podría ayudar a volver más transparente nuestro mercado y evitar problemas que actualmente vemos, como es el caso de Odebrecht? ¿Se podría evitar de alguna manera tantas investigaciones que se están haciendo?

Existiendo toda una legislación sobre lavados de activos, me parece que es exactamente lo mismo, como grupo o como persona jurídica como lo que sea, si en el fondo son irregulares o ilícitos, y tú te prestas a utilizarlos de alguna forma, entonces ya entras al tema de lavado de activos; para mí tendría la misma concurrencia la participación de una persona individual o como parte de un grupo

Se podrían atenuar de alguna manera las investigaciones preliminares que tienen como fin descubrir cuáles son los grupos económicos involucrados, porque siempre hay empresas líderes, que son las dominantes y se fiscalizará la dominante por supuesto.

Si aceptáramos la idea que los grupos económicos sean considerados como personas jurídicas ¿Considera necesario la regulación de los grupos económicos como una empresa distinta a las ya existentes para tipificar sus derechos y obligaciones?

Es que hay demasiadas actividades económicas diferentes, es imposible, nosotros hicimos un gran esfuerzo para introducir a este fenómeno de grupo dentro de nuestra legislación. La regulación de la CONASEV, hoy en día Superintendencia de Mercado

de Valores, es diferente a la de la banca, la transparencia en las operaciones son totalmente distintas en las que se manejan en la SMV ya que tienen libertad absoluta, hay porcentajes, incluso pueden superar ciertos límites, el Banco de Crédito no le puede prestar a sus propias empresas del grupo.

En energía y minas, hidrocarburos en todas habían irregularidades, tiramos la esponja en realidad, vimos que no eran las recomendaciones que proporciona la ley, o sea, ¿Cómo podemos ver una legislación única cuando los elementos principales o las cumbres regionales son diferentes en cada sector?

Tal cual lo ha mencionado, existen instrumentos jurídicos que regulan a los grupos económicos como lo son el reglamento de la SBS, o resolución de la CONASEV (hoy en día SMV), entre otros, que de alguna manera pretenden regular a este fenómeno de grupo, claro está que solamente lo ven desde el enfoque financiero ¿Cree usted que es suficiente dejarlo de esta manera?

No vamos a tener problemas, para nada. Podría optimizarse si es que se incorporaría en nuestra Ley de sociedades, pero de ahí a dar el paso a que sea una sola persona jurídica distinta, eso sí no creo.

Por ejemplo un grupo económico minero tiene yacimientos mineros, unos suyos y otros son de los demás socios, pero cada uno es individual como empresa con sus socios extranjeros, nacionales; con lo cual si tú le planteas a un socio extranjero propietario de uno de los yacimientos si quieren formarse como grupos económicos, ellos te van a decir que son accionistas de esta compañía con lo cual no aceptarían, si aceptarían por tener un socio que tiene el 30 o 40%, que a su vez tengan otras compañías que a se sometan a ciertos lineamientos, creo yo.

En otros países existen varias legislaciones que regulan a los grupos económicos, tal es el caso de Alemania, Francia, España, Estados Unidos, entre otros, los cuales se encuentran – en algunos casos – se encuentran bajo

sistemas jurídicos distintos siendo algunos anglosajonas otras como romano-germánicos.

Actualmente existe la tendencia que se puede unificar ambos sistemas, con la finalidad de formar un grupo de normas única ¿Qué opina usted sobre regular los grupos económicos dentro del esquema de ambos sistemas?

No creo que se tan fácil, por ejemplo cuando vienen abogados extranjeros para desarrollar el tema del *Joint Venture*, señalan que bajo esta figura se puede constituir una empresa, a diferencia del manejo peruano que es únicamente un contrato, incluso mencionan que esta figura es sinónimo de un consorcio el cual en nuestro caso no es así; por ejemplo cuando he hablado con abogados de otros países, ellos me han señalado que querían adquirir acciones a través de este contrato. Claro que para otros países esta accionar es viable, ya que si profundizamos a este contrato y revisando doctrina y legislación extranjera, encontramos que existen dos figuras del *Joint Venture*; una de ellas es la contractual que está en la esfera de los contratos asociativos; y el corporativo que pasa a ser una persona jurídica, se constituye como sociedad anónima y reparte acciones, entonces bajo este esquema si es posible el intercambio e incluso adquirir cierto porcentaje de acciones bajo la figura del mencionado contrato, y hasta constituir una persona jurídica, tener RUC, declaración jurídica y todo lo que sea propio de una persona jurídica.

Hace cuarenta años la figura del *Joint Venture* en Europa era distinta al que manejábamos en el Perú, a raíz de las privatizaciones hemos logrado aproximarlos en nuestro sistema; los cuales no afectan en nada estén como estén, ya que pese a existir una variedad de conceptos, igual se sigue manejando con normalidad esta figura de contrato.

En Alemania se ha desarrollado a los grupos económicos como contratos asociativos, reconociendo además la responsabilidad de la empresa matriz si en caso afectara a alguna empresa vinculada por la toma de alguna decisión, siendo su sanción íntegramente pecuniaria ¿Qué opina usted sobre ese tipo de

sanciones pecuniarias? ¿Podría darse la posibilidad de que si va en reiteradas oportunidades se podría eliminar el grupo económico de hecho, excluido o retirado del grupo, o si el grupo matriz afecta a muchas empresas desligar la responsabilidad del grupo matriz?

Si es un contrato de tipo asociativo, por supuesto que es viable esta figura, como hay cláusulas penales por supuesto que puedes pactar indemnizaciones por incumplimiento, por supuesto. Si se regula a los grupos económicos como un contrato asociativo debería haber cláusulas de incorporación de tercero a ese grupo y cláusulas de salida de todas maneras. Que te permitan salir ¿Por qué te vas a vincular eternamente?

ANALISIS:

- Soy de la idea que los grupos económicos deben de ser consideramos como un tipo societario, toda vez que de esta manera se podría enmarcar mejor todas las características de estas grandes corporaciones, sobre todo porque de aquí habría una mayor transparencia en el mercado bajo la idea de los comportamientos sociales en los que pueden estar estas agrupaciones; evitando de esta manera no saber cuándo estamos frente a un grupo económico, o cuando es que una empresa está actuando bajo las direcciones de alguien.
- No comporta la idea del Dr. Hundskopf respecto de la imposibilidad de tipificar a los grupos económicos como un tipo societario, ya que no considero cierto que si algunas empresas son parte de una agrupación de empresas estas pierdan su personalidad jurídica, o que incluso podrían verse perdidas respecto de su propia actividad empresarial; la tipicidad de una forma especial, tiene como finalidad zanjar ciertos supuesto que involucren otras figuras societarias existentes – como lo es la fusión o la sección -.

- Incluso, recordando lo que hasta aquí he desarrollado en mi investigación la constitución de un grupo económico (sea cual fuera la forma societaria en la que se quiere perfilar) exige que las empresas vinculadas sigan un mismo patrón el cual se encuentra enmarcada bajo la dirección unificada y el interés común de la agrupación. Considero que si se da la figura de un contrato asociativo a los grupos económicos, esto podría dejar de lado varias funciones que hoy en día vemos con frecuencia de estas agrupaciones, sobre todo porque no podríamos reconocer a estos grupos como una sujeto de derecho susceptible de imputarle responsabilidad cuando se compruebe fehacientemente su vínculo con algún hecho que vulnere derechos.
- Sin perjuicio de lo antes mencionado, debo de mencionar que si bien el interés del grupo debería de primar en la política de cada empresa vinculada, también es cierto que estas (con autorización de la empresa matriz) pueden actuar de manera autónoma con la condición de no perjudicar los ideales grupales, con lo cual considero que la dirección unificada debe de ser visto desde dos enfoque individuales, uno de ellos es la dominación ejercida de la empresa matriz a las demás empresas vinculadas, y el otro es la dirección que podría tener cada una de las empresas vinculadas siguiendo su autonomía jurídica para actuar; situación que debería de estar claramente señalado cuando se legalice a estas grandes corporaciones dentro de nuestro marco societario
- Por otro lado, comparto parcialmente la idea del Dr. Hundskopf respecto de las sanciones que deberían tener la empresa matriz frente a alguna acción dañosa en perjuicio de las demás empresas vinculadas; sin embargo, no considero que debería estar sujeto a la voluntad de las partes, ya que de aquí podría haber un abuso de poder si es que la suscripción del contrato dependiese de la empresa dominantes, debido a que esta podría omitir ciertas sanciones que lo perjudicaran, con lo cual soy de la idea que estas sanciones y responsabilidades deberían de estar enmarcadas de manera vinculante en nuestra Ley General de Sociedades.

- Definitivamente sería una tarea difícil unificar los sistemas jurídicos anglosajón como la románica - germánica que hoy en día existen; sin embargo, no considero que sea imposible la unificación de estos, ya que en mi entender, lo óptimo sería alcanzar un sistema que mundialmente se entienda para poder salvaguardar derechos de todos, sin importar en donde estemos.

5.3.2. Entrevista realizada al Sr. Javier Zuñiga Quevedo

Javier Zuñiga Quevedo: Doctor en Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Autónoma de Madrid – España, Maestría en administración Pública (Instituto de Estudios Superiores de Administración Pública en México D.F.). Economista de la Universidad de Lima (1974). Ha sido Decano de la Facultad de Economía de la Universidad de Lima durante 14 años y Catedrático Principal de Economía. Actualmente es Gerente General de Asesoría y Negocios Financieros S.A.- ASFINSA, Vocal de la Sala Especializada de Protección al Consumidor del INDECOPI y Director de distintas empresas privadas vinculadas a grupos económicos.

Buenas tardes Sr. Zuñiga.

En principio quisiera agradecerle por su valiosa participación para el desarrollo de la presente encuesta que tiene como fin intercambiar ideas y reforzar mi investigación de mi tesis titulada “La Regulación de los Grupos Económicos en el Ámbito de Derecho Societario”, quisiera comenzar preguntándole ¿Cuál es el impacto que usted considera existe con la constitución de los grupos económicos en nuestro país a diferencia de una empresa conformados solamente por personas naturales?

Voy a empezar diciéndote que el 80% de las empresas en el país son empresas en donde su propiedad es familiar, cuyas cifras estadísticas dicen que solamente duran tres generaciones y en la cuarta generación desaparecen. Por esa razón las empresas familiares, como todas las empresas grandes, lo que están haciendo es convertir sus empresas en grandes gobiernos corporativos; no solamente por la exigencia de que el Perú quiere asociarse a los demás países desarrollados, sino porque el gobierno corporativo es la mejor alternativa para poder manejar varias empresas e incluso también a los grupos corporativos se puede manejar a cualquier cantidad de empresas si es que estas cuentan con buenos gobiernos corporativo.

Estos gobiernos corporativos tienen estructuras transversales en donde una gerencia de contabilidad puede llevar la contabilidad de varias empresas, o una gerencia de finanzas que es capaz de ver a todas las empresas vinculadas al grupo, una gerencia de tecnología e información, una gerencia de logística o suppliance que ve todas las empresas a la vez. Lo que tratan de hacer no es reducir costos únicamente, sino también controlar; la mejor manera para que el dueño pueda “dormir” tranquilo es a través de gobiernos corporativos que de manera transversal entran en todas las empresas.

Doctrinariamente, los grupos económicos pueden ser identificados si se advierte la concurrencia de tres elementos característicos: (i) la persistencia de la autonomía jurídica; (ii) la relación dominio dependencia; y (iii) la dirección unificada, Desde su experiencia ¿Estos elementos actualmente se rigen a todos los grupos económicos o tal vez pueda carecer de alguno, por ejemplo la dirección unificada?

Yo creo que la dirección unificada es una alternativa para todos los grupos, hay grupos como el Grupo Brescia que agrupan veintitrés empresas en donde el Banco Continental no está incluido, ni tampoco lo está Rimac ¿Porque razón? Porque son empresas sumamente grandes y no pueden manejarse de manera corporativa, pero las veintiuno empresas restantes si tienen gobiernos corporativos. Hay empresas

como el Grupo Romero en donde tiene grupo corporativo pero también Alicorp, Banco de Crédito no están dentro del gobierno corporativo porque son sumamente grandes y pesadas.

Entonces, el gobierno corporativo unificada es un criterio que se van a manejar dependiendo del tipo de empresa... Es bien fácil manejar empresas del sector agroindustrial, porque de alguna u otra manera están vinculadas a la agricultura pero cuando la empresa entra a una agrupación, por ejemplo, en un negocio de pesca o la empresa entra en un negocio de seguros, o un negocio financiero, ya la contabilidad no es exactamente igual es totalmente diferenciada a como hacen los gobiernos corporativos, entonces la dirección unificada es una criterio transversal que puede ser adecuado dependiendo del número de empresa y el tipo de sector que se desarrolla.

¿Considera necesario la legalización de los grupos económicos dentro de nuestra Ley General de sociedades para optimizar el buen gobierno corporativo que debería tener toda empresa o cree usted que sin la regulación en nuestra ley de societaria se está alcanzado esta maneta empresarial?

Desde mi perspectiva todo debería estar regulado, yo soy de la idea que todo debería de estar legalizado, por ejemplo si estas en el mundo de la AFP o las empresas financieras deberías de estas alineado con lo regulado por la SBS; si estas en el mundo de la sociedad agentes de bolsa deberías de estas en el marco de lo regulado por la SMV. Siempre una regulación es buena para que uno sea perfectible y pueda mejorar. A mí me gusta la regulación, y las regulaciones en las empresas en general se hacen a través de sociedades de auditorías y las auditorias son las que regulan de una u otra manera las empresas

Dejando de lado el gobierno corporativo, desde su experiencia ¿Usted aceptaría ser reconocido como un grupo económico como persona jurídica

independientes a sus empresas vinculadas como un tipo societario especial, susceptible de asumir derechos y obligaciones?

Yo creo que sí, el cumplimiento de las disposiciones legales es algo que tiene que estar en el chip de todos los peruanos, justamente la diferencia entre formar e informal es esa, te dicen por un lado es un tema de corto pero por otro lado es porque no quieres sentirte regulado.

¿Si usted fuese el dueño de una empresa, se sentiría que pierde su poder al ingresar a un grupo económico o sería simplemente autónomo respecto de su empresa con algún grupo económico?

Depende del grupo económico, si la pregunta fuera muy general yo ganaría con formar parte del grupo económico, no perdería mi persona jurídica en absoluto

Lo que haría básicamente es amoldar su empresa frente a las necesidades de los grupos económicos, la idea es mejorar, los grupos económicos nos llevan una delantera, por citarte a dos, el Grupo Romero y el Grupo Brescia, todos ellos están integrados en un grupo que se llama el club de familias, y es un club en donde están las más importantes empresas familiares peruanas y todos buscan los mismos criterios, protocolos que los hijos, sobrinos no entren a la empresa o quienes entren estén bien preparados.

Entonces, yo creo que cualquier empresa que se integra a un grupo económico lo hace para avanzar

**¿Cuál cree que sería la mejor forma de legalización de los grupos económicos?
¿Cree que los grupos económicos están conformados para simplemente unir alianzas y apoyarse entre ellas o son sujetos que independientemente se encuentran vinculadas a diferentes agentes como una empresa independiente?**

Yo creo que en todo lo que se busca es la rentabilidad o que su volumen de acciones cada vez sea mayor o incrementan su patrimonio, todo lo demás son solo palabras, porque quien entra a formar una empresa es porque quiere generar una utilidad, nadie formar una empresa para perder.

Creo que todo aquel que está en el mundo de legalidad, aquel que quiere adquirir mayor rentabilidad tiene que comportarse dentro de los sistemas de legalidad, en ese sentido, sería imperioso reconocer a los grupos económicos como empresa para así determinar cuál sería su marco de acción.

¿Considera que sería óptimo nuestro mercado si reconociéramos a los grupos económicos como una figura de empresas y no como un contrato asociativo?

Lo que pasa es que cuando tu estas en un mundo competitivo, te exigen un conjunto de acreditaciones, vamos al mundo de las empresas exportadoras, te exigen grados de responsabilidad social, te exigen una serie de acreditaciones que tienes que tener y de alguna u otra manera son regulaciones, sino las tienes no vas a poder estar, por ejemplo, podrás ser agrario o podrás ser exportador de pimientos pero si quieres darle un elemento más al pimiento como alimento no vas a poder desarrollarte; por lo tanto, la regulación y la legalidad como empresa es inicua, ya no puedes decir como antes que las obligaciones los cumplamos más adelante, hoy en día tienes que incluirlos en tu manejo empresarial diario.

Yo creo que sí, ¿En qué les afectaría negativamente? en nada, porque no legalizarlas.

¿Cree que con la constitución de un grupo económico, las empresas vinculadas perderían su personalidad jurídica?

No creo, si es que es una empresa local que no tiene un conjunto de acreditaciones no va a vender, y si es una empresa del exterior que compite con productos chinos,

suecos, japoneses, tailandeses si no estás acreditado legalizado, y regulado; no vas a poder salir adelante. Yo creo que al final del camino tienes que estar legalizado totalmente como empresa para que actúes de acuerdo a las reglas del mercado.

¿Cuál sería su visión contable si se reconociera a los grupos económicos como una figura de empresa independiente?

Depende del sector, hace un momento te decía que en una empresa la lectura de los estados financieros a una empresa del sector agrícola es totalmente diferente a la lectura de una empresa de seguros, de la lectura de una empresa financiera y a la lectura de una AFP.

Entonces tributariamente tienen scores y tips totalmente diferentes, las cuentas por cobrar pueden ser las mismas pero funcionan de manera diferente.

Los estados financieros, volviendo al caso de Brescia y Romero; son estados financieros que tratan de identificar a todas las empresas que se pueden manejar, si alguna no se pueden manejar, salen y se manejan de manera individual, entonces creo que la lectura y la interpretación tributaria difiere en función al tipo de empresa, hay empresas exportadoras que no la tienen, las que colocan productos locales que por remitir determinados bienes y servicios con composición importada reciben un *throw back*, eso no lo tienen las locales. Hay empresas exportadoras que nacen del sector agrario y pagan 10% de impuesto, las empresas manufactureras pagan 30%, cada una tiene una característica diferente, desde el punto de vista contable puedes hacer una generalización pero hay un momento en que no puedes interpretarlas ni manejarlas a la vez, porque tributariamente tienen otras características.

Como empresario ¿Usted cree que nuestra ley general de sociedades esté actualizada, amoldada con nuestra realidad global empresarial?

Yo creo que no, creo que siempre tiene que estar cambiándose y lógicamente con desarrollo de las empresas. El salto del Perú de 1992, que es cuando se hace las reformas estructurales al 2017, es un salto donde el PBI ha crecido casi cien veces, entonces la envergadura del país ha cambiado notablemente, guste o no guste en reformas estructurales hechas por Fujimori pero que han significado que hoy día se coseche y se tenga un país mucho más grande

Los grupos económicos han existido desde muchísimo tiempo, incluso Alemania fue uno de los primeros países en regular a los grupos económicos desde hace mucho tiempo. En comparación a esas legislaciones que son superiores al nuestro ¿Cree usted que somos mal vistos por otros países si no legalizamos lo antes posible?

Mira nosotros vamos a cumplir 200 años de democracia en el 2021 y cualquiera de esos países del lado Europeo, llámese España, Italia, Francia, Alemania; tienen más de mil años de democracia.

Hacer comparaciones de que es lo que se hace en Alemania que en el camino a perdido guerras mundiales y que hoy día es una potencia, no creo que tenga ningún sentido compararlo con un país que recién va a cumplir doscientos años de democracia. Somos totalmente diferentes estamos en un desarrollo incipiente, Chile ya es un país medianamente desarrollado (subdesarrollado como se denominaba antiguamente), entonces esas comparaciones son odiosas y no creo que sean permisibles porque alguien que tiene una democracia de mil años es diferente a una que tiene una democracia de doscientos años

Me estaba refiriendo al comportamiento empresarial

Yo sé, por lo tanto, yo creería que el desarrollo de dispositivos legales, el desarrollo de las empresas pues tiene un recorrido de ochocientos años más, por lo tanto, cualquier mecanismo que se haga (llámala copy-paste), debe ser copiado de

aquellos países que se encuentran regulados. Por ejemplo, en mi experiencia personal en 1958 Corea, Japón y China y hoy en día son países desarrollados, potencias mundiales, cada vez que veo a Samsung o veo Hyundai me quedo horrorizado, Hyundai no es de carros solamente esta empresa es todo, hacen hidroeléctricas, hacen ascensores, montacargas, hacen todo, refrigeradoras, microondas, todo, y Samsung cada vez que saca algo, me quedo impresionado viendo lo lindo que es. Son países que han copiado esquemas/sistemas de otros países potencias y son grupos económicos que se manejan totalmente regulados, no puedes estar hoy en día fuera de la realidad ni fuera de la regulación...

Viéndolo desde esa perspectiva ¿Legalizar a los grupos económicos serviría para que el Perú se fortalezca en el mercado?

A mí me parecer sí, yo creo que es una exigencia de que los grupos económicos y las empresas se regulen.

Y te vuelvo a repetir, los niveles de informalidad en el Perú son espantosos, 85% a 87% de informalidad

¿Usted cree que la legalización de los grupos económicos debería darse como un tipo societario per se o puede regularse a los grupos económicos de hecho, tal cual se encuentra reconocido en la legislación de Alemania?

A mí me parece debería ser *per se*, esta es una economía, Que si tú no das las pautas necesarias o no la sancionas con multas u otros mecanismo, no lo van a realizar, con lo cual nunca vas a lograr nada si no se logra regular a los grupos económicos como una persona jurídica.

Mira yo estoy vinculado a un grupo empresarial que son los primeros exportadores mundiales de pimientos; y ellos son gente que están dentro de un grupo empresarial de la familia Rosas, de descendencia del Cuzco, los negocios lo tienen en los departamentos de La Libertad y Lambayeque, tienen alrededor de doce mil

hectáreas allá y ellos cualquier cosa que signifique legalidad y cumplimiento en normas lo van a hacer y cualquier cosa que signifique coima, no lo van a hacer. Los cuales buscan la legalidad.

O sea, ¿Considera que la legalización de los grupos económicos como empresas independientes no entorpecería el funcionamiento de estas agrupaciones ni de las empresas vinculadas?

No, ¿porque no ser un grupo formal, legal? ¿En qué entorpece?... Hay un argumento, *“no soy formal, soy informal porque el seguro social es muy alto”, “no soy formal porque hay que pagar impuestos”, “no soy formal porque es un periodo de tiempo muy extenso”*

El periodo de tiempo se ha reducido hay hasta un grupo de notarios que cobran baratísimo a través de un esquema no evidenciado por COFIDE, el seguro social me parece una alternativa interesante, porque de esa manera si te pasara algo o te sirva para curarte, te permita acceder a la mitad de vacaciones, mitad de CTS, en un periodo de tiempo, en algunos casos hasta diez años, y no lo hacen ¿Sabes porque no lo hacen? Porque no quieren ser formales, y lo que hacen cada año es crear una empresa, cerraran y crear otra empresa; si vamos por el lado de la licencia, ellos prefieren coimear al policía municipal que hacer sus trámites, antes tenías que renovarlo todos los años ahora es una sola vez y punto, antes tenías que presentar los documentos y que te den la licencia ahora lo dejas en mesa de partes y puedes actuar, pero pese a eso no se quiere realizar

¿Usted cree que los grupos tendría temor o rechazo a la idea de legalizarlos si ponemos como una cláusula o un artículo dentro de la ley general de sociedades la responsabilidad vincular que tendría las empresa matriz con las empresas vinculadas?

No creo, yo estoy dentro de doce grupos económicos algunos son exportadores y otros una financiera y son familiares y su comportamiento es igual – claro que tiene enzima a la SBS y cumplen con todo lo que deben de cumplir.

No sé si después de lo de Odebrecht es un mecanismo que empieza a aflorar, si todos nos pusiéramos de acuerdo en no volver a coimear a un policía nunca, se acabó – como idea metafórica para la aplicación jurídica societaria de las empresas.

Yo creo que no habría ningún inconveniente que un grupo empresarial, a través de una cláusula en la ley de sociedades podría estar regularizado/legalizado, yo no creo en la experiencia que vivo que tenga algún inconveniente.

¿Sería más atractivo para el mercado peruano que otras empresas vengan si ven esta regulación?

Lo que pasa es que si viene alguien de afuera y ve eso, se va a sentir atraído, más seguro, más transparente en el mercado.

Hay tres reglas de oro por las cuales un inversionista toma la decisión de invertir en el Perú, la primera es la estabilidad económica, la segunda estabilidad jurídica y la tercera de ellas es reglas clara de juego que no se cambien. La primera hay (estabilidad económico), la segunda no se sabe en el Perú si uno gana o no un juicio, y la tercera tampoco; porque en el gobierno anterior estábamos en un proceso de reducción al impuesto a la renta, estábamos en 26 íbamos a pasar a 24; entra este gobierno y lo cambio de veintiséis a veintinueve, o sea en pocas palabras las reglas duran cada cinco años.

¿Considera que el concepto de empresa ha cambiado o ha evolucionado, ya no es una empresa “la agrupación de personas” si no una agrupación de personas natural y jurídica?

Yo creo que sí ha evolucionado, si vemos al Perú de 1992 al 2017, la evolución ha sido en toda órbita y ojala que la evolución sea para estar en el mundo de la legalidad, en el mundo de la regulación...

¿Desea acotar algo más respecto a su experiencia ante los grupos económicos en el Perú?

Yo lo que he sentido, y no sé si es un tema a raíz del horroroso caso de corrupción de Odebrecht es de que los jóvenes, empiezan a tener un nuevo chip en su vida y empiezan a desarrollar empresas sin coimear, sin estar en el mundo de la informalidad, son los primero interesados en conducir empresas dentro de la legalidad.

Eso es como idea primigenia, empresas ya como grupo económico es otro tema, porque tienes que irte integrando primero en un grupo de empresas tuyas y después con el paso integrarte en un grupo económico mayor. Yo no le tengo ningún temor, ni tampoco los empresarios, de ser cabeza de ratón o cola de león, la cosa es que ganen o que tengan predilectos, yo creo que no les interesa

ANALISIS:

- Principalmente el Sr. Zúñiga menciona que la posibilidad que los grupos económicos puedan existir de acuerdo a ley y sobre todo de acuerdo a sus necesidades frente al mercado y demás leyes es a través del buen gobierno corporativo que debería de tener toda empresa, sea vinculada o no a estas grandes corporaciones, dicho perfil empresarial, desde mi análisis desarrollado anteriormente y por lo citado por Conde Granados, se logra si las bases jurídicas societarias se encuentran alineadas a los hechos y estrategias empresariales que en la actualidad vemos con más frecuencia, en cuya estructura principalmente deben estar delimitadas sus derechos y obligaciones para que estas puedan volverse vinculantes en todos sus efectos.

- Dicha obligatoriedad, se logra a través de legislaciones con rango de ley susceptibles de ser impuestas a todas las empresas, como es el caso de los diversos tipos societarios que hasta hoy se encuentran reconocidos en nuestra Ley General de sociedad; situación que no ocurriría si es que a estas grandes corporaciones son tratadas como contratos asociativos, ya que bajo esta figura no se podría obligar a las empresas a tener una base societaria sólida que les permita estar de acuerdo a ley y demás normas sectoriales que se encuentran vigentes, ya que recordemos que la celebración, ejecución y resolución de un contrato dependerá de la libertad de contratar de las partes, tal como se encuentra reconocido en el artículo 62 y siguientes de nuestra constitución.
- Asimismo, respecto de la dirección unificada, comparto lo señalado por el Sr. Zúñiga, debido a que este elemento en algunos casos puede ser susceptibles de amoldarse a las necesidades del grupo, dejando en la libertad de discreción de la agrupación otorgar autonomía jurídica a empresas cuyo marco societario sea grande.
- En la práctica empresarial, he analizado que la necesidad de regular a los grupos económicos es sumamente importante si es que queremos optimizar el mercado, ya que de esta manera podríamos obligar a las grandes corporaciones a tener una base sólida que les permita situarse y desarrollar sus actividades en nuestro país, siendo ello atractivo para las empresas que quieran instalarse y ser partícipes de nuestra economía, ya que de esta manera verían la transparencia jurídica que tendríamos.
- Asimismo, desde el enfoque de un empresario, puedo analizar que la legalización de los grupos económicos lo ayudaría para optimizarse en el mercado, sobre todo teniendo en cuenta que su reconocimiento ayudaría a volverse más transparente frente a empresas de diferentes países; asimismo,

la tipificada de los grupos económicos como un tipo societario, no enervaría su situación de empresa parte, no perdería su personalidad jurídica; recordemos que la finalidad de la tipificada de estas grandes corporaciones es tener las reglas claras que nos permitan identificarlas, no siendo la idea que las demás empresas pierdan económicamente.

- Finalmente, debo de resaltar una principal idea que ha mencionado el Sr. Zúñiga y es respecto de las reglas de oro de un inversionista, entre los cuales mencionó, las reglas claras de juego; la legalización de los grupos económicos como un tipo societario, daría esta seguridad para toda persona que quiera invertir en nuestro país, ya que con esta figura sería de cumplimiento obligatorio para todas aquellas agrupaciones que quieran constituirse en nuestro país, de acuerdo al Artículo 2 de la Ley General de Sociedades.
- Sobre todo porque esta última regla es la que sobre sale en el ámbito inversionista; sobre el particular con fecha 08 de Mayo del 2017 salió publicada en periodo “El Comercio” un artículo titulado “3 pasos básicos para construir una buena reputación” en donde como tercer paso se señala claramente que la identificación de los *stakeholders* o grupos de interés es sumamente importante para el manejo corporativo de una empresa, ya que de esta manera se podría identificar cual la unidad de negocio y cuáles son las oportunidades, riesgos y problemas potenciales que afrontan, con lo cual la identificación de estas agrupaciones ayudaría a la seguridad de todo inversionista ya que con ello se mejoraría la información, las medidas de prevención frente a cualquier riesgo, entre otros supuestos.

5.3.3. Entrevista realizada al Dr. Hernando Montoya Alberti

Hernando Montoya Alberti: Abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos con especialización y post grado en dicha Casa de Estudios y en Escuela

Superior de Altos Negocios ESAN; ex Presidente del Consejo Administrativo de Supervigilancia de Funciones. Secretario Letrado de la Comisión Reformadora del Código de Comercio; Docente en las universidades Femenina del Sagrado Corazón, San Martín de Porres, De Lima, Nacional Mayor de San Marcos (De 1998 a la fecha); Profesor de la Escuela de Post Grado en las Maestrías de Derecho Empresarial, Civil, Comercial, y de Derecho de los Negocios en las Universidades de Lima, San Martín de Porres, Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, y De Piura; Profesor del Programa de Derecho Empresarial y Financiero de la Escuela de Administración de Negocios para Graduados ESAN 2000; Miembro de la Comisión Liquidadora de los Bancos Estatales de Fomento (Agrario, Industrial y Minero) (1992-1996); Miembro de diversas comisiones encargadas de elaborar proyectos y anteproyectos del Congreso de la República; Miembro de Comisiones Consultivas del Colegio de Abogados de Lima; Miembro fundador del Instituto Peruano de Derecho Mercantil; Miembro de la Federación Interamericana de Abogados FIA.

Buenas días Dr. Montoya.

En principio quisiera agradecerle por su valiosa participación para el desarrollo de la presente encuesta que tiene como fin intercambiar ideas y reforzar mi investigación de mi tesis titulada “La Regulación de los Grupos Económicos en el Ámbito de Derecho Societario”, quisiera comenzar preguntándole ¿Cuál es el impacto que usted considera existe con la constitución de los grupos económicos en nuestro país a diferencia de una empresa conformados solamente por personas naturales?

Bueno, no sé cómo está estructurado el mercado, salvo que una respuesta te enseñe a tener una base económica porque a veces son muy pocas las empresas que abastecen al mercado y hay muchas empresas pequeñas que sumadas no hacen ni la décima parte de lo que ocupa el mercado de las empresas grandes. Si estamos hablando de las empresas representativas de una empresa grande, yo creo que en

realidad las empresas representativas que absorben una buena cantidad del mercado tienen influencia en el mismo precio de los productos, entonces es un poco relevante decir que esa empresa domina o no al mercado.

Hay empresas que creo que a simple vista dominan el mercado, por ejemplo, las empresas telefónicas se reparten el mercado en porcentajes representativos, entonces si hay empresas que tienen incidencias en el mercado

Cuando menciona a las grandes empresas ¿Se refiere a los grupos económicos o las empresas dominantes del mercado?

Generalmente cuando hablas de grupos económicos es porque dentro de esa gran empresa se ha formado un accionariado que pertenecen a grupos frente a otros accionistas que no pertenecen a grupos, o sea una sociedad que está integrada por diferentes accionistas, pero un grupo de ellos pertenecen a los grupos. Esos grupos de accionistas puede ser que estén representados a través de una sociedad donde se forman los holding o puede ser que no; pueden ser que son accionistas del grupo y que se manejan bajo los intereses del grupo y puede ser que ellos como accionistas del grupo no tengan ninguna sociedad constituida con la cual participen en la sociedad objetivo.

El otro caso, es que entre ellos puedan haber convenios asociativos entre estas empresas que integran grupos dentro de otra sociedad, lo cual no nos llamaría la atención del punto de vista que apoya la ley societaria de los convenios societarios, esos convenios asociativos se deberían de dar a los convenios societarios extra societarios, porque se puede acelerar por documentos aparte. En muchos de los casos no existen documentos aparte, no se dejan nunca pruebas fehacientes de ese convenio salvo que las partes quieran dejarlo, si no que resulta de convicciones porque puede ser que el mismo gerente de una empresa sea director en otra empresa, entonces no necesariamente tiene los convenios sino que tiene la idea concentrada en el representante del grupo que a su vez no ve ningún convenio de

por medio, sino que actúa por interés colectivo del grupo y no por interés de la sociedad, es uno de los problemas más grandes que hay en las cuestiones de las empresas de grupo, es que se siga midiendo con mucha finura lo que viene a ser el interés social, porque una cosa es el interés de la sociedad y otra cosa es el interés del grupo y eso tiene relevancia porque hay ciertos acuerdos que deben tomarse en función del interés de la sociedad y no del interés del grupo. Si analizas esa situación podrías decir que podría ser impugnable en la medida que beneficie a una parte de los accionistas y explicas el artículo N° 139 de la ley

O sea, en otras palabras la ley de sociedades te da mecanismos siempre y cuando apliques los criterios fundamentales que es el interés societario. Si está en el marco social entonces podrás decir que prevalece interés societario o interés de grupo.

Doctrinariamente, los grupos económicos pueden ser identificados si se advierte la concurrencia de tres elementos característicos: (i) la persistencia de la autonomía jurídica; (ii) la relación dominio dependencia; y (iii) la dirección unificada, Desde su experiencia ¿Estos elementos actualmente se rigen a todos los grupos económicos o tal vez pueda carecer de alguno, por ejemplo la dirección unificada?

Yo creo que con cualquiera de los tres, o sea basta con que haya un interés grupal. Una dirección unificada es a nivel de grupo, salvo que me digan que no porque el representante del grupo es una persona muy pura y no obstante representar al grupo siempre es definir las decisiones societarias de lo que es el objetivo, podría darse el caso.

Por más que el gerente aquel sea en esta empresa y tiene que asumir directorio en esta otra, podría decirse que está en el fondo a través de sus representatividades eventuales al grupo en este directorio, pero esa persona puede decir: “yo aplico mi ley societaria, la ley societaria dice que yo como director soy responsable de esto personal, yo no me debo a quien me eligió, yo me debo para quien ejerzo”. Bajo ese

criterio te podría decir que podríamos analizar este comportamiento, pero podría darse el caso de que no necesariamente el hecho de confluir en una persona en la parte de control signifique que pueda actuar como una personalidad de grupo, tendría que analizar sus decisiones para ver si es que está prevaleciendo la del grupo o la de sociedad.

Entonces yo te digo, los tres estamentos podrían darse por separado, ahora a la medida que tu tengas los tres puntos; en principio yo te diría si vez en forma general, te diría no siempre, pero tal es en sí que cuando hablan de empresas que influyen en el mercado, las reglas sectoriales te dicen que si hay presunciones, como por ejemplo la ley del mercado de valores y la ley de banca, o sea el legislador ya definió por naturaleza que hay una presunción de grupo y por tanto te dice “si tú no tienes más de tal porcentaje ya tienes ciertas limitaciones”; razón por la cual, quiere decir que el legislador ya calificó para ciertas empresas reguladas cuando esa dependencia económica era frustrante para decisiones finales o para ciertos ajustes, o sea no estás hablando de esas empresas, sino en general de las demás que no están reguladas; ni por la banca ni por la CONASEV (hoy en día la SMV) entonces habría que decirle, en estos sectores cómo se está definiendo al público en general, se ha partido de esta presunción, si yo bajo al llano para las demás ¿debo partir de una presunción seguida? Yo le diría que debería tomar actos como toma la banca y el mercado de valores, para decir que a partir de cierto porcentaje entiendo que hay una dependencia económica.

En otros países, existe la figura de los grupos económicos de hecho, los cuales son constituidos cuando una empresa adquiere un gran número de acciones de otra empresa, o incluso cuando hay muchas acciones y teniendo pocas se presenta el fenómeno de ausentismos, el cual surge cuando hay un elevado número de acciones en una sociedad, y en la junta general de accionistas no se presentan todos los accionistas sino se presentan unos pocos, entonces a veces esos pocos no tienen la mayoría de las acciones, no tienen más del 50%, pero en una segunda convocatoria si pueden alcanzarlo

Bueno eso son dos escenarios diferentes, en EEUU cuando convoca la *General Motors* asiste el 5% de accionistas y si tiene el 3% dominas, ya que hablas de un mercado disperso, donde los accionistas no los llama el efecto *sociatis*, sino el efecto económico, o sea solo les llamada la atención su rentabilidad.

Entonces llevar eso al esquema fraccional, te dicen que tiene que llevarlo al esquema social anónimas abiertas, porque es la única que se puede prestar a esta figura como pequeño grupo sea el que domine. Esa es la regla, si ese pequeño grupo actúa en grupo por intereses grupales en perjuicio de los demás, en realidad se haría la incompatibilidad para la impugnación de los acuerdos.

¿Qué opina usted sobre la regulación de los grupos societarios en instrumentos dictados por la SMV y la SBS los cuales no tienen rango de ley pero que a su vez se ha tenido a bien regular de alguna manera algunos conceptos de los grupos económicos?

No tiene rango de ley pero es reguladora para la empresa del sistema para que sea regular, son instrumentos que sean amparo de la ley, la ley de bancos y la ley de banca de valores, que permiten que superintendente emita resoluciones normativas para su sector, lo que está diciendo es que empresas que yo regulo (qué son las bancarias) tienen esta norma y son resoluciones directorales de superintendencia, eso lo veo con más claridad en el caso banco, porque para construirte como sociedad tienes que pedir permiso a la Superintendencia de Banca y Seguro, entonces tu regulador te dice esta son las reglas para ti, Yo no veo mal que sea por una norma de ese rango que se regule esa situación.

En el caso de la ley de mercado de valores, lo que están haciendo es regulando dos cosas, la primera es para las empresas que cotizan y están inscritas en los valores de la bolsa o en registro público, entonces si tú dices si eres una sociedad anónima

que puede ser abierta como que puede ser no abierta, pero que tienen valores inscritos en el registro público del mercado de valores, está regulado por mí.

Entonces ese hecho que por ley yo te regulo, significaría que yo doy las normas respecto a lo que yo considero, vinculación, yo considero que tus balances, cuando tú me lo presentas hacia mí, me tienes que presentar el balance de tu empresa y de tus empresas filiales porque todas para mí son solo un grupo económico

¿Usted qué opina respecto de la implementación de los grupos económicos dentro de la ley general de sociedades?

Yo no creo que deben regularse los grupos económicos dentro de la ley general de sociedades, en todo caso, creo que lo que se hizo como proyecto fue, dentro de la parte asociativa definir qué son los grupos empresariales o económicos y en todo caso modificar la ley como se hizo en ese supuesto para permitir que el accionista que está en condiciones pudiera tener una causal para separarse; es decir, si yo estoy de accionista de una empresa en la cual hay un grupo de accionistas que actúan como grupo en base a sus intereses económicos y en base a su constitución societaria y de cada uno de ellos, y yo veo que las decisiones se toman siempre para beneficiar a las empresas del grupo, como fue el caso Chapaja, yo quisiera no pertenecer a esa sociedad, pero no me puedo ir porque en la ley no hay una causal, la ley debería de contemplar la causal si sus accionares actúan por grupo tiene uno distinto al mío y por tanto, me separo.

En ese caso la impugnación fue esa, se están dando las fianzas o las garantías de esta gran sociedad Chapaja, que tiene un consorcio inmobiliario, a favor de una de las empresas del grupo, porque no era socio era del grupo, entonces yo no puedo permitir que mi sociedad garantice a una persona que nada tiene que ver.

Yo estoy en ese supuesto, calificar a las empresas del grupo como empresas asociativas, puede ser, asociativa de hecho pero no son entes societarios como grupo, salvo que se constituyan en una holding o una empresa que formalice.

¿El esquema que usted propone es dejar de lado la ley general de sociedades para dar un esquema o nuevo de una ley nueva?

No, lo que te digo es que sea basada en ese anteproyecto, lo que es la parte asociativa, no dentro del campo societario sino parte asociativa regular la relación grupal; y, por otro lado cuando haya relación grupal, entonces permitir que dentro de la ley establezca una causal de derecho de declaración.

Entonces ¿Usted considera al grupo económico como empresa o como contrato asociativo?

No, la empresa se basan y se apoya en la persona natural o en la persona jurídica para desarrollar actividad, como empresa es un ente abstracto en realidad, entonces requiere materializarse con un sujeto de derecho, bajo ese punto de vista yo no creo que haya una constitución de empresa por la agrupación de empresas, y si eso se hace se puede dar, es la construcción de una sociedad que agrupa las empresas, o sea la persona jurídica va a desarrollar.

No es que se va a desarrollar empresa, la empresa es un poco de producción y servicios y en el caso de los grupos empresariales lo que busca es concertación de políticas, más que nada es eso. Yo te diría, no creo que los grupos como grupo generador de empresa salvo que se constituya como tales, lo otro es pensar que sí, porque desarrolla actividad empresarial de hecho y así como una sociedad de hecho también podría amoldarse a esta figura.

Más que nada yo creo que los grupos funcionan por convenios físicamente redactados por convenios de presunciones, basta que tengamos a un director los

tres de la empresa en otra, para poder decir que somos grupo al mando de un director.

En Alemania se ha constituido los grupos económicos de hecho y derecho, ambos se regulan dentro de su ley societaria, desde la perspectiva de los grupos de derecho mediante los contratos de nominación...

Bueno es lo que te digo, yo tengo una Ley de Sociedades que tienen dos grandes libros, uno de ellos te habla de la parte societaria y la otra lo referente a los asociativos, y bajo este último esquema yo los califico a esta figura.

Y los de hecho como Usted menciona, los grupos económicos conformados por la misma actividad de la empresa, lo cual ya no sería como asociación sino que básicamente lo están planteando como una idea de una empresa de hecho, alinear a esa perspectiva...

Claro, pero como una empresa de hecho, el tema para mi es saber quién es el titular porque yo puedo entender eso muy fácilmente cuando dices Hernando Montoya de hecho ejerce el comercio al fin y acabo es Hernando Montoya , no tiene autorizaciones ni nada por el estilo, pero al final se sabe que es Hernando Montoya quien ejerce esa actividad , tengo una sociedad que la constituyo contigo pero no la formalizo ni si quiera la pongo por escrito, pero si convenimos en constituir una empresa, entonces somos una empresa irregular; pero en el caso de las empresas que tú dices, grupo de empresas de hecho, simplemente quedarían en los convenios o la presunción de los convenios, porque ellos ejercen la actividad empresarial te diría quien la ejerce, quien es a través el cual la empresa se expresa para poder identificarse como empresa .

Habría que decir en todo caso, todos son responsables, todos lo administran, o sea si es de hecho (se ejerce una actividad empresarial de hecho); se presume que todos

los integrantes tienen la facultad de estar o comprometer una presunción en otros aspectos societarios.

Definitivamente regular a los grupos económicos desde la perspectiva de hecho, no sé si usted comparta mi idea, habría mayores costos, porque para investigar algún hecho que se encuentre involucrado algún grupo económico, tendrías que investigar preliminarmente su existencia...

Ya pero lo otro es supongamos que adviertas que un grupo de hecho realiza actividades, entonces ¿a quién pondría como responsable?, al que lo haces o a todas las personas que lo conforman esta empresa de hecho. Eso es para mí, si voy a regular, voy a regular por ese lado la presunción de responsabilidades.

Porque las empresas grupales se quieren ejercer como grupos deberían de constituirse y formalizadas.

¿Considera que sería óptimo nuestro mercado si reconociéramos a los grupos económicos dentro de nuestra Ley General de Sociedades?

Si fuera a nivel nacional habría una respuesta que fluye, si porque ahora hay transparencia, entonces sabes que al comprar acciones estas incorporándote a un grupo económico, es transparente y es bueno.

Pero yo digo, si es que esto lo llevas a una ley a nivel internacional, no sé y ahí tengo dudas, si es que eso espantaría al inversionista te diría que mejor desarrollemos más actividad porque tienes es tramitación respecto a los grupos, no sé si eso sea una limitación a ese énfasis de inversión.

Y por otro lado, aún más cuando tú lo pongas acá, es difícil porque muchas empresas extranjeras, muchas de ellas se constituyen en paraísos fiscales, tendrías que buscar normas como las que tienen la CONASEV, para que hagan

declaraciones de quienes son sus accionistas y las normas que rigen sus accionistas.

Yo no veo práctico regulación a empresa de grupo, yo sí creo que uno puede poner en la ley de sociedades definir que es una empresa de grupo y definir presunciones, cuando se presume que es un grupo y eso simplemente para alimentar la buena calificación de lo que es el interés social.

¿Porque es que en los contratos asociativos están dentro de la ley general de sociedades?

Por una cuestión de hecho y de costumbre, no de hecho prácticamente porque la ley de sociedades eran sociedades mercantiles Ley N° 16123 del año 1966.

En el año 1984 cuando sale el Código Civil, dentro del código civil vota a las sociedades ya que estas no están en su marco civil y le dicen a la ley de sociedades mercantiles que pongan en tu libro de sociedades, lo que hace la ley de sociedades mercantiles es abrir un espacio e incorporar a las sociedades civiles a partir del año 1984 con el decreto legislativo N° 311, y así es como venimos bajo esa costumbre regular dentro de la parte societaria a las asociaciones pero con la salvedad que son dos libros diferentes, y así se ha venido haciendo, es más cuando se vio la posibilidad de que saliera la ley de marco de empresariado, de forma tal que derogar los artículos que trae el código de comercio, definir qué cosa era la empresa, el empresario, poner el fondo empresarial, se pensó de que los contratos asociativos deberían salir en la ley de sociedades y entrar en la ley de marco de la empresa.

Esta idea no prosperó, entonces quedó dentro de la ley general de sociedades, en las discusiones que hubo en la Cámara de Comercio y en las comisiones del congreso, se señalan que son contratos, los cuales deberían estar en el código civil. Sin embargo, su naturaleza a pesar de ser contratos contractuales, tienen mucho que ver con la parte asociativa societaria.

Entonces lo que más se acomoda o se adecua a un contrato asociativo es la regulación societaria, por eso se dijo manténganse en la ley general de sociedades, no regresen al código civil y como se había propuesto que vayan a la ley de marco empresariado, también se dijo que no era por ahora conveniente llevar a ley de marco empresariado también se dijo que no era conveniente llevarlo en el marco empresarial en la fase de la ley general de sociedades, pero siempre haciendo diferencia que estos son contratos asociativos con la finalidad que no lleva la constitución de un nuevo ente.

¿Usted cree que se debería adecuar algunos conceptos dentro de la ley general de sociedades frente a los hechos societarios o empresariales que actualmente existen?

Yo lo que veo hasta ahora es lo siguiente, cuando se nombró la comisión para redactar la ley de sociedades, la idea fue y por la experiencia de nuestros mayores de esa época, era permitir que se haga una ley general de sociedades permeable al inversionista, o sea cuando un inversionista diga cuál es la herramienta en el Perú, es una sociedad que tenga estas características y dentro de éstas, sean características que acojan al inversionista no que la rechacen, porque antes querías invertir y poner ciertas cláusulas en los estatutos y no se podía porque ahí lo prohibía.

Entonces la mentalidad de hoy es, mente abierta al extremo que se abre la puerta a la confrontación y a los convenios societarios, entonces yo creo que es esta ley hasta ahora tiene un espíritu abierto a la inversión.

Si tú me preguntaras cuales son las limitaciones que podrían existir, yo te digo bueno hay algunas que habría que analizar si es que ves necesario imponerlas en lo que se refiere a los pactos o convenios, o sea los convenios societarios o los pactos de sindicación de acciones, hay muchos pactos de sindicación de acciones y en la

teoría y en la doctrina de otros países existen diferentes pactos, tú te darás cuenta que gracias a la modificación de la ley general de sociedades es posible que esos pactos puedan incorporarse a un estatuto porque ya no van contra la ley de sociedades.

Pero quedan algunos otros que en realidad, no los podrías incorporar porque están chocando con la ley, entonces esa es una parte de mayor flexibilidad se puede realizar para que los pactos de los socios puedan ser acogidos en el mismo estatuto, sin que ello signifique que vayan en contra de la ley.

Por otro lado, yo no veo mayor modificaciones en la ley, salvo que yo si pienso que la ley debe ser modificada en aspectos muy puntual, como por ejemplo todo lo que es impugnación de acuerdo que ha sido muy confuso, y hacer ajustes en cuanto a alguna normativa pero no más de cuarenta artículos.

La idea es un poco mantener el espíritu de esa ley, que es una ley abierta. Por eso cuanto tú me preguntas “¿Es necesario acoplarlo a los tiempos modernos?” Yo te dije, los tiempos modernos son del año 2010 al 2020, no han cambiado, o sea esa etapa era de aceptar inversiones y que hacemos si no hay inversiones, hay alguna modificación que haya que hacer en la ley para facilitar que se adecuen las inversiones y se acojan bajo un modelo societario, yo te diría salvo algunos pactos societarios que no se permitirían porque estarían contra la ley, sería lo que podría ampliarse.

La propuesta entonces vendría a ser que, la legalicen de los grupos económicos únicamente serviría para definir sus conceptos en el marco societario

En el marco societario si porque creo que es importante que se defina a efecto de que pueda calificarse el interés social correctamente, porque cuando tú calificas el interés social ahí dices, si tú tienes o no conflictos permanentes, dentro del directorio

o dentro de la junta general no tiene voto, entonces hay normas societarias que te dicen cuando reflejan interés en conflicto y tienes que abstenerte.

Bajo el esquema de los contratos asociativos, sin que exista una persona jurídica. Pero también bajo este esquema podrían crearse empresas, como se realiza con los *joint venture*. Pudiendo desembocar, ya cuando ese grupo desemboca en una sociedad ya pasaría al primer libro de la Ley General de Sociedades.

¿Usted cree que es necesario crear un tipo societario especial para las personas que quieran constituir un grupo económico y que al igual regulen de forma especial?

No, porque eso me va a perturbar lo que es la inversión extranjera, o sea va a ser mortificante la inversión extranjera y por otro caso yo tendría que decir que el sistema está regulado para sociedades que están reguladas por el mercado de valores y por la banca.

En general podríamos regularlo para las demás, si quieren pueden poner presunción en el grupo cuando tenga 5% o a partir del 10%, pero lo único que me lleva a la presunción de grupo es el accionar del interés social.

Actualmente existe la tendencia que se puede unificar el sistema anglosajona con el romano – germánico, con la finalidad de formar un grupo de normas única ¿Qué opina usted sobre regular los grupos económicos dentro del esquema de ambos sistemas?

No, yo creo que muchas veces tenemos tradiciones y venimos desde que iniciamos nuestro derecho, con un sistema romano-germánico, y así lo hemos venido aplicando, entonces si tú vas a incorporar la regulación o la forma de operar del sistema anglosajón, vas a darle paso a lo que es la jurisprudencia y eso de repente puede truncar la aplicación de derecho, porque no va a tener el engarce suficiente,

en cambio yo puedo seguir en el sistema romano-germánico, alimentar mi jurisprudencia con plenos casatorios, con las congruencias vinculantes y seguir regulando con derechos positivo e implementando con el jurisprudencial a través que lo integro con el jurisprudencial y aplicando el efecto vinculante me estoy acercando al sistema anglosajón.

Yo no sé cuántos años podría, desde esta que estamos viviendo, para decir que ya estamos a través de la jurisprudencia todo lo que se encuentra previsto en el derechos positivo, por tanto nos olvidamos del positivo y vamos al jurisprudencial, podría ser, pero por ahora no.

¿No cree que sería mejor que se implemente de derecho las mismas personas jurídicas que están vinculadas al grupo económico para que formalicen como parte de su obligación y con ello delimitar el interés y señalarlo como tal, en vez de estar presumiendo?

Yo creo que de repente podría hacerse eso como una declaración jurada de los directores a la central el ejercicio de cargo y comprometerse a prevenir, a que tomen conocimiento las personas que lo han elegido, aunque no es la persona, él es el que tiene que decir “yo estoy en un grupo económico” o “yo no pertenezco a un grupo económico”.

Qué pasa si después, tú como persona natural vas a trabajar para el grupo económico, entonces también estar obligado en el momento a declarar esa situación y eso daría lugar a que si no lo haces, remover el cargo. Eso sería para mí, más que nada en la parte directriz, en la parte de control.

¿Desea acotar algo más respecto a su experiencia ante los grupos económicos en el Perú?

Yo creo que si algo hay que hacer con los grupos económicos es permitir que el accionista minoritario tenga menos de tal porcentaje de las acciones, pueda tener el derecho a separarse de la sociedad imputando la causa que tiene que ser que es socio de personas que funcionan en un grupo.

ANALISIS:

Como podemos apreciar, el Dr. Montoya tiene como idea la legalización de los grupos económicos como una figura asociativa, siendo para ellos la suscripción de un contrato sin que ello signifique la constitución de una nueva empresa independiente; sin embargo, también menciona que este puede ser el instrumento que permita que a futuro se formalice una empresa. Dando la misma figura que en Alemana.

Lo antes mencionado obedece a que esta figura opcional seria optativa para que estas grandes corporaciones puedan formalizarse de acuerdo a su criterio, no siendo en mi perspectiva la más óptima si queremos volver transparente y seguro nuestro mercado.

Con lo cual, habiendo recopilado suficiente información doctrinaria nacional como extranjera, así como opiniones de personas representativas para el sector empresarial, considero que he culminado mi investigación, pudiendo en ese sentido definir las siguientes conclusiones:

CONCLUSIONES

1. Los grupos económicos son estrategias empresariales que, desde su constitución y desenvolvimiento, demandan cambios en la estructura tradicionales de la sociedad reconocida en nuestra actual Ley General de sociedades; incluso, dejando de lado el análisis de si debería de estar dentro de algún tipo societario, el simple hecho que una sociedad de personas naturales forme parte de una agrupaciones de empresas, esto demandará su alteración en su desarrollo empresarial de manera interna y/o externa, dependiendo del interés de la agrupación.
2. Con lo cual la regulación de los grupos económicos, serviría para convertir el mercado más transparente y sobre todo más seguro frente a cualquier persona (sea natural o jurídica) que se encuentre vinculada a estas grandes corporaciones, ya que de esta manera se podría delimitar su comportamiento societario, su forma de constitución, su exigibilidad para su correcta formalización, su naturaleza jurídica y sobre todo nos permitiría saber cuáles son las empresas vinculadas, entre otras supuestos; situación que de ninguna manera alteraría la naturaleza jurídica de nuestra Ley General Sociedades.
3. Definir su forma de constitución de los grupos económicos se podría determinar desde cuándo es que estas agrupaciones son sujetos de derecho, con la finalidad de saber que leyes se les aplica de acuerdo a su temporalidad de surgimiento desde cualquier sector a la que se encuentre involucrada.
4. Los grupos económicos como una forma especial de contratos asociativos pueden afectar la realidad y estructura empresarial de estas agrupaciones, toda

vez que legalmente disminuiríamos su posición en el mercado como grandes corporaciones; asimismo, a través de esta figura de contrato, tampoco se podría exigir su formalización al amparo de la libertad de contratar tipificada en nuestro ordenamiento jurídico constitucional; con lo cual, la tipicidad de los grupos económicos como contratos asociativos, podría no ser útil y caer en inservible.

5. Desde esta misma posición, no estoy de acuerdo que sean tratados como contratos asociativos ya que con ello se debería de implementar en nuestro ordenamiento jurídico societario la figura de los grupos económicos de hecho, toda vez que si las mismas corporaciones no quieren celebrar el respectivo contrato, se debería de señalar una solución supletoria que nos permita reconocerlos como agrupaciones de empresas susceptibles de ser imputables de alguna responsabilidad por actos que sean cometidos en mérito de alguna dirección por parte de la empresa matriz o el mismo grupo.
6. Desde mi consideración, aceptar la figura de los grupos económicos de hecho, podría generar desorden en el comportamiento empresarial de estas agrupaciones, tal cual fue el problema que se advirtió en la unión europea cuando se analizó los *konzern* de hecho desarrollados en Alemania; esta figura podría generar que si quisiéramos tipificar a los grupos económicos de derecho, esta no se implementaría en su cavidad ya que también existiría la posibilidad de constituir grupos económicos irregulares.
7. Por otro lado, y de acuerdo al desarrollo comparado con los tipos societarios reconocidos en nuestra Ley General de Sociedades, puedo señalar que ninguno resultan ser compatibles con el comportamiento social de los grupos económicos, con lo cual una de las ideas principales de mi investigación radicaría en la creación de un nuevo tipo societario que acobije todas las características especiales de estas grandes corporaciones, así como delimitar su comportamiento interno y externo frente al mercado, para que de esta manera

podamos ser cuidadosos en salvaguardar derechos de todo agente que se encuentre vinculado.

8. Desde mi consideración la creación de un nuevo tipo social para los grupos económicos, nos ayudaría a reconocer mejor a estas agrupaciones; sobre todo porque en este contexto daríamos un paso más en la evolución conceptual de nuestro marco jurídico societario en relación a las estrategias empresariales que alteran la tradicional forma que nosotros tenemos de personas jurídicas, tal cual se hace en diferentes países subdesarrollados que nos llevan la delante legal, económica, entre otras aristas; de esta manera se lograría armonizar todos los instrumentos legales de diferentes sectores que tipifiquen a estas agrupaciones, teniendo como utilidad principal una mejor organización legislativa.
9. La legalización de los grupos económicos dentro de nuestra ley societaria, ayudaría que nuestro sistema jurídico se modernice y sea más atractivo para que otras empresas puedan desarrollar sus actividades económicas con más seguridad en nuestro país, e incluso se podría inculcar la idea que estas grandes corporaciones tengan buen gobierno corporativo alineando, de acuerdo a exigencias propias de la ley especializada, sus instrumentos de gestión y de apoyo empresarial para su correcto desarrollo.
10. La incorporación de los grupos económicos en nuestra Ley General de Sociedades, permitiría ordenar todos los demás instrumentos jurídicos que pretenden regular algunos comportamientos empresariales de estas agrupaciones dependiendo del sector en donde se encuentra desarrollando su actividad, debido a que con esta incorporación se podría profundizar su estudio y se lograría obtener reglas generales como es el caso de los demás tipos societarios.
11. Tal como ha sido la opinión del Sr. Zúñiga – en la entrevista que realice –, la idea de tipificar a los grupos económicos como un tipo societario debería estar dentro

de la forma ideal que tendría que tener todo empresario, ya que de esta manera se podría estructurar mejor a estas agrupaciones; sobre todo se estaría sosteniendo jurídicamente la incorporación del buen gobierno corporativo, la responsabilidad social empresarial, entre otros supuestos característicos de las grandes corporaciones exitosas.

12. Por otro lado, no considero que la constitución de los grupos económicos sea razón para que las empresas vinculantes pierdan su personalidad jurídica o que en su totalidad pierdan el rumbo de su actividad societaria; la finalidad de legalizarlos es para perfilar y salvaguardar los derechos de todos los integrantes y en general a todos los sujetos que estén vinculados con estas agrupaciones. La idea principal es tener un mayor orden, transparencia y sobre todo darle el ajuste evolutivo a nuestra Ley General de Sociedades de acuerdo a las modernas figuras sociales que existen a nivel mundial.

13. Por otro lado, respecto del enfoque económico, la legalización de los grupos económicos ayudaría a que se pueda identificar quienes son estas grandes corporaciones y con ello saber quiénes están vinculadas a estas, con la finalidad de salvaguardar derechos de todas las personas que buscan tener contacto con ellas, con lo cual sería más sencillo para cualquier persona, prevenir riesgos, saber cuáles son las oportunidades de rentabilidad, cuales son los problemas potenciales que afrontaría asociarse con estas corporaciones, e incluso se podría hacer un estudio financiero para ver la rentabilidad del negocio y su potencial apoyo económico para cualquier sujeto. Su estabilidad jurídica ayudaría a mejorar el mercado, la rentabilidad de toda empresa vinculada a estas agrupaciones y sobre todo, en la medida que sean reconocidos como sujetos de derecho independientes, serviría para asegurar derechos ya que de aquí se les podría imputar responsabilidad, situación que sería difícil si lo vemos desde el enfoque de los contratos asociativos.

RECOMENDACIONES

1. En principio considero que debería de modernizarse algunos conceptos tipificados en nuestra Ley General de Sociedades, con la finalidad que al incorporarse los grupos económicos estas puedan ser compatibles, así como otras estrategias empresariales que actualmente se utilizan a raíz de estas grandes corporaciones ejecutadas a nivel mundial; ya que, desde mi considerar nuestra ley de sociedades debería de ser el marco jurídico base que delimite los supuestos de hecho, conceptos, características, responsabilidades, derechos y obligaciones de todas aquellas personas sujetas al régimen empresarial.
2. Entre estas modernizaciones debería de reconocerse por ejemplo que las participaciones también podrían ser aportadas mediante el ejercicio empresarial de una empresa, y no únicamente alineados a las personas naturales; por otro lado, se debería de extender el artículo cuatro de nuestra Ley General de Sociedad, para incorporar los supuestos de hecho cuando una empresa vinculada pierde su personalidad jurídica, o si en caso el grupo económico pierde su pluralidad de socios, en estas situaciones.
3. Considero pertinente reconocer a los grupos económicos desde el enfoque de un tipo especial, ya que de esta manera se tendría un instrumento con carácter vinculante para que los empresarios que quieren conformar agrupaciones se vean en la obligaciones de formalizar y de esta manera ser transparentes frente a cualquier agente que se encuentre involucrado con estas; sobre todo porque de esta manera se obligaría a que el instrumento por

el cual se constituye una agrupación se inscriba a Registros Públicos, permitiendo que esta información sea publica al público en general.

4. Considero necesaria que el trato jurídico de los grupos económicos deba de ser especial, individualizando sus características esenciales, indicando cada uno de los supuestos por los cuales se pueda presumir la existe de alguno de ellos; pero sobre todo delimitando el elemento de dirección unificada, en el amparo del interés grupal que debería tener toda empresa dominante, para no recaer en una orden o dirección arbitral.
5. Asimismo, considero necesaria la tipificada de responsabilidad pecuniaria y no pecuniaria, cuando la empresa matriz se encuentre abusando de su condición y con ello perjudique el negocio de aquellas empresas que estén bajo su mando; no siendo factible la situación de hecho, tal cual se encuentra reconocido en legislaciones extrajeras como la Alemana.

FUENTES DE INFORMACIÓN

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

Arias Schreiber Pezet, M. (1994). *Los Contratos Modernos*. Lima, Perú: WG Editor.

Bá Thán, N. (1963). *La Sociedad Anónima Familiar*. Barcelona, España: Editorial Hispano Europea.

Brustenga Garcia del Pino, M. (2015). *La Legitimación del Interés del Grupo de Sociedades*, A. Tarragona, España: Universitat Rovira I Virgill.

Cabanellas de las Cuevas, G. (2008). *Derecho Societario - Parte General - Fusiones y Otros Actos de Concentración Societaria. Los Grupos de Sociedades*. Buenos Aires, Argentina: Heliaste.

Chuliá Vicént, E., & Beltrán Alandete, T. (1996). *Aspectos Juridicos de los Contratos Atipicos*. Barcelona, España: José María Bosch Editor. S.L.

Conde Granados, J. L. (2008). El Análsis Económico del Derecho, Los Grupos Económicos y su Relación con el Gobierno Corporativo en la Creación de Valor de las Empresas. En F. Córdova Beltrán, *Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo* (págs. 351-372). Lima - Perú: Editorial Juridica Grijley.

De Casso y Romero, I. (1950). *Diccionario de Derecho Privado. Tomo II*. Barcelo: Labor.

De la Puente y Lavalle, M. (1991). *El Contrato en General*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Echaiz Moreno, D. (2010). *Instituciones de Derecho Empresarial*. Lima, Perú: Asociación Peruana de Ciencias Juridicas y Conciliación.

Elias Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano - La Ley General de Sociedades Del Perú, Tomo II. 3° Edición*. Lima, Perú: Gaceta Juridica.

- Elías Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano - La Ley General de Sociedades Del Perú. Tomo I. 3° edición*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (1986). *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Lima - Perú: Librería Studium Editores.
- García - Pita y Lastres, J. L. (s.f.). *Los Grupos de Sociedades y la Concentración de Empresas (Consideraciones Generales)*. La Coruña, España: Universidad de La Coruña.
- Garrigues, J. (1979). *Curso de Derecho Mercantil - Tomo I*. México: Porrúa.
- Garrigues, J., & Uría, R. (1976). *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo I. 3° edición*. Madrid, España: Imprenta Aguirre.
- Girón Tena, J. (1965). *Las Grandes Empresas: Problemas Jurídicos Actuales de Tipología Empresarial: La Gran S.A.: Los Grupos de Sociedades*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gómez Calero, J. (1993). *Las Agrupaciones de Interés Económico*. Barcelona: José Marí Bosh Editor S.A.
- Halperin, I. (1978). *Curso de Derecho Comercial. Volumen I. 3 ° edición*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Hundskopf Exebio, O. (24 de 09 de 2008). *Law&Iuris*. Obtenido de <https://lawiuris.wordpress.com/2008/09/24/la-junta-general-de-accionistas/>
- Hundskopf Exebio, O. (2012). *Manual de Derecho Societario - Segunda Edición*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.
- Hundskopf Exebio, O. (2003). *Derecho Comercial - Temas Societarios - Tomo IV*. Lima: Fondo De Desarrollo Editorial Universidad De Lima.
- León Montalbán, A. (1964). *Derecho Comercial Peruano*. Lima, Perú: Talleres de la Editorial Lumen.

- Lozano Hernández, J. (2006). *La Responsabilidad de los Empresarios en las Crisis Patrimoniales - Desde el Derecho Romano hasta el Derecho de Grupos*. Lima, Perú: Universidad San Martín de Porres.
- Messineo, F. (1971). *Derecho Civil y Comercial. Tomo V*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Miguens, H. (1998). *Extensión de la Quiebra y la Responsabilidad en los Grupos de Sociedades*. Buenos Aires Argentina.
- Oteagui, J. (1984). *Concentración Societaria*. Buenos Aires: Ábaco.
- Palmadera Romero, D. (2011). *Manual de la Ley General de Sociedades*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.
- Paz Ares, C. (2001). Agrupaciones de Interés Económico y las Sociedades Profesionales. En R. Uria, & A. Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil I*. Madrid: Editorial Civitas.
- Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho Societario - Tomo I*. Bogotá - Colombia: Temis.
- Reyes Villamizar, F. (2011). *Derecho Societario - Tomo II*. Bogotá - Colombia: Temis.
- Ripert, G. (1954). *Derecho Comercial - Tomo II*. Buenos Aires - Argentina: Editora Argentina.
- Romero Villalobos, B. (2009). La Sociedad Holding – Como un Instrumento de Reorganización Empresarial y Protección Patrimonial. *Patrimonial y Empresas Familiares*.
- Rubio, J. (1974). *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas . 3º edición*. Madrid, España: Derecho Financiero.
- Sacristán Represa, M. (2000). Los Grupos de Sociedades: El Derecho Español en el Contexto Europeo.

- Sasot Betes, M., & Sasot, M. (1986). *Sociedades Anónimas. El Organo de Administración*. Buenos Aires: Abaco.
- Uría, R. (1978). *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uria*. Madrid - España: Civitas.
- Uria, R., & otros. (1979). *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Tomo IV. Volumen 1*. Madrid - España: Imprenta Aguirre.
- Velasco Pérez Velasco, D. (s.f.). El Derecho de la Competencia y el Derecho de la Regulación como Institutos Jurídicos Integrados a una Economía Social de Mercado.
- Verón, A. (1979). *Sociedades Anónimas de Familia. Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Abaco.

FUENTES HEMEOGRAFICAS

- Echaiz Moreno, D. (Noviembre de 2007). Lineamientos conceptuales sobre los grupos de empresas. *Revista jurídica jus, doctrina & práctica*.
- Díez Estella, F. (2016). Tema 17. Acciones y Participaciones Sociales. Emisión de Obligaciones. En F. Díez Estella, *Temario Derecho Mercantil I* (págs. 46-65). Madrid, España: Centro Universitario Villanueva.
- Gasperoni, N. (1950). *Las Acciones de las Sociedades Mercantiles*. Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Girgado Perandones, P. (Julio 2014). En torno a la Noción de Grupo de Sociedades y su Delimitación en el Ambito Español y Europeo. *Revista Boliviana de Derecho N° 18*, 76-97.
- Hundskopf Exebio, O. (1998). La Regulación Jurídica de los Grupos de Empresas. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa - La Nueva Ley General de Sociedades*, 171-185.

Hundskopf Exebio, O. (1999). Elementos Constitutivos de los Grupos de Empresas. *Informativo Legal Rodrigo, Vol 153.*

Hundskopf Exebio, O. (1999). Empresa y Sociedad: ¿Por que Grupo de Empresas en Lugar de Grupos de Sociedades? *Informativo Legal Rodrigo. Vol. 152.*

Quintana Sanchez, E. (2011). Prácticas Concertadas entre Competidores y Estándar de Prueba Requerido. *Derecho de la Competencia - Revista de Derecho Administrativo - Tomo I, 15-45.*

Sánchez Dominguez, T. (Diciembre de 1991). Las Empresas Transnacionales y la Imputación de Responsabilidad: Problemática Jurídica. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa (Derecho Empresarial: Eesponsabilidad Civil N° 40.*

PAGINA WEB CONSULTADA

Hundskopf Exebio, O. (24 de 09 de 2008). *Law&luris*. Obtenido de <https://lawiuris.wordpress.com/2008/09/24/la-junta-general-de-accionistas/>

TESIS CONSULTADAS

Castellanos Fernandez, G. (2014). *Adquisición de Empresas en Proceso Concursal*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mercado Neumann, S. (1987). *Los Grupos de Empresas y sus Consecuencias en el Derecho Mercantil*. Lima: Tesis para optar el grado de bachiller en Derecho Universidad de Lima.