

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PUCP

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DENTRO DEL
FUNCIONAMIENTO DEL GRUPO DE EMPRESAS: UN ESCENARIO NO
PREVISTO POR LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

Tesis para optar el Título de Abogado que presentan los Bachilleres:

**KEVIN FERNANDO FERNÁNDEZ HERRERA
MARIA TERESA SERPA SANTOS**

**Asesor:
JULIO MOISÉS SALAS SÁNCHEZ**

Lima – 2019

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito solucionar un problema ocasionado por la falta de regulación de los grupos de empresas en la Ley General de Sociedades. Este vacío genera inconvenientes desde la perspectiva de diversos agentes, como la misma sociedad, los accionistas, los administradores y terceros. En la presente tesis, nos centramos en buscar una solución al problema de la responsabilidad de los administradores en los grupos de empresas, teniendo como presupuesto que la legislación societaria está pensada para ser aplicada a una sociedad independiente, y no a una sociedad parte de un grupo. La aplicación directa de la Ley General de Sociedades responsabiliza a los administradores de una sociedad por cualquier perjuicio generado a esta, a sus accionistas o terceros, inclusive cuando los administradores se encuentran cumpliendo políticas o lineamientos del grupo de empresas sin tener poder de decisión o un margen de actuación respecto del acuerdo, como sí lo debe tener un administrador de una sociedad independiente. Es por ello que buscamos demostrar que debe existir una alternativa al sistema de responsabilidad para el caso de administradores de sociedades que forman parte de un grupo. Para llegar a encontrar una solución, analizamos la doctrina nacional y extranjera relacionada a los deberes de responsabilidad de los administradores, así como a los grupos empresariales. Adicionalmente estudiamos lo dispuesto por legislaciones de países en donde los grupos de empresas han sido materia de regulación. Como resultado de la investigación, se comprobó que existen alternativas de protección a los afectados por este problema, sin que se impongan mayores trabas a la formación de grupos empresariales. Así, proponemos el reconocimiento de los grupos de empresas, del interés grupal y del administrador de hecho como un primer intento de propuesta para una regulación societaria sobre grupos empresariales.

AGRADECIMIENTO

Por el desarrollo de la presente investigación no podemos recibir todos los créditos. En primer lugar, agradecemos a Dios por acompañarnos diariamente. En segundo lugar, gracias a nuestros padres por los consejos que nos han dado y por creer siempre en nuestros proyectos. A nuestros hermanos, por su paciencia y ánimos a lo largo de este camino. Finalmente, pero no menos importante, un agradecimiento especial al doctor Julio Salas por el valioso apoyo que nos ha brindado desde que acudimos a él en el inicio de esta investigación, sin el cual el desarrollo de esta tesis no hubiera sido posible.

A nuestros padres y hermanos



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: EL GRUPO EMPRESARIAL	10
1. Los grupos empresariales	10
1.1. Origen	10
1.2. Terminología	13
1.3. Definición	16
2. Características	19
2.1. Autonomía jurídica.....	20
2.2. Relación de control.....	21
2.3. Dirección unificada	26
3. Tipología o clasificación	28
3.1. Por la actividad de las empresas miembro	29
3.2. Por la estructura del grupo	29
4. Breve referencia al ordenamiento legal de los grupos empresariales en el mundo.	33
4.1. Alemania	33
4.2. Brasil	35
4.3. Portugal.....	37
5. El caso peruano: los principales grupos en el Perú	38
6. Nuestra opinión sobre ¿qué es un grupo?	41
7. Importancia de los grupos empresariales y justificación de estudio	45
7.1. Importancia Constitucional	45
7.2. Aspectos económicos vinculados a la existencia de grupos empresariales.....	48
7.3. Justificación de estudio.....	56
CAPÍTULO II: LOS GRUPOS EMPRESARIALES Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN	59
1. Estado actual: La responsabilidad de la administración en la Ley General de Sociedades N° 26887	61
1.1. El Directorio.....	62
1.2. La Gerencia.....	63
1.3. Deberes fiduciarios.....	65
1.3.1. Deber de diligencia.....	69
1.3.2. Deber de lealtad	69
1.4. La finalidad de la regulación de la administración de las sociedades y el interés social.....	72
2. El caso de los grupos de sociedades y la responsabilidad de la administración	76
2.1. Ley General de Sociedades vs. Grupos de sociedades: Descripción del problema.....	77
2.1.1. Accionistas minoritarios o externos	78

2.1.2. Los acreedores.....	81
2.1.3. Conflictos de intereses	84
2.1.4. Otros	86
2.2. Consecuencia de los problemas en el caso de los grupos: Responsabilidad de la administración de las empresas dominadas	89
CAPÍTULO III: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN: RECONOCIENDO EL INTERÉS GRUPAL	94
1. El origen de los problemas: La no regulación del interés grupal	94
1.1. ¿Qué es el interés grupal?	95
1.2. Configuración del conflicto: interés social vs. interés grupal	97
2. Mecanismos y reconocimiento de regulación de los grupos de sociedades.....	100
2.1. Contratos de grupo.....	100
2.1.1. El contrato de control.....	101
2.1.2. El contrato de transferencia de ganancias.....	103
2.1.3. La “convención de grupo”	105
2.2. Integración de sociedades.....	106
2.3. Reconocimiento de órganos de grupo: Consejo de Administración	107
2.4. Regulación de grupos fácticos.....	109
2.4.1. Sistemas de compensación.....	109
2.4.2. Desarrollo jurisprudencial	110
3. Nuestra opinión: Consecuencias y utilidad de las medidas propuestas	112
3.1. Análisis de las medidas estudiadas	112
3.1.1. Contratos de grupo.....	113
3.1.2. Integración de sociedades.....	117
3.1.3. Comité de Administración.....	118
3.1.4. Sistemas de compensación.....	119
3.2. Nuestra opinión	123
3.2.1. Integración de sociedades.....	123
3.2.2. Contratos de control	128
4. Propuesta de Proyecto de Ley.....	136
CONCLUSIONES.....	143
BIBLIOGRAFÍA.....	146

INTRODUCCIÓN

Es conocido por muchos que la realidad supera al Derecho. Este hecho no es extraño si tenemos en cuenta que el proceso de creación de normas es complejo y, en muchas ocasiones toma más tiempo del que se requiere realmente, sea por la excesiva burocracia o por la complejidad del asunto. Asimismo, es imposible que un solo grupo de legisladores tenga presente todos los problemas o las situaciones que ameritan una solución legislativa.

En ese sentido, es común que existan normas legales que se encuentran en desuso, o que merecen ser revisadas para que reflejen la forma en la que se desarrollan ciertas actividades en la actualidad. Asimismo, encontramos supuestos que antes no generaban un problema o simplemente no existían en la realidad, para los que es necesaria la creación de nuevas normas. Esta disociación es más dramática cuando los aspectos del Derecho están vinculados a actividades económicas que desarrollan los agentes en el mercado debido al dinamismo de este último, marcadamente más ágil que el proceso de creación normativa.

Si bien no es objetivo del presente trabajo definir cuándo el Derecho debe ceder ante la realidad o cuándo deben establecerse reglas mínimas para evitar la vulneración de derechos, lo cual debe analizarse caso por caso, consideramos que el tema de la presente tesis es uno de los supuestos en los que el Derecho no se encuentra acorde con la realidad, generando inconvenientes para los agentes involucrados. Nos referimos a la creación de grupos empresariales, conformados por diferentes entidades económicas – usualmente sociedades – para lograr un beneficio común a una persona o a un conjunto de personas que se encontrarán siempre en control de una matriz, cabeza del grupo.

En nuestro país no existe una regulación específica sobre el grupo empresarial, más allá de las definiciones que pueden dar normas como las emitidas por la Superintendencia del Mercado de Valores (en adelante, “SMV”) o la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante, “SBS”), las cuales se aplican solamente para supuestos mencionados en su misma legislación. Por esta razón, si bien son una buena referencia para entender el fenómeno del grupo empresarial, no son suficientes para dejar de considerarlo como un tema desconocido para el Derecho peruano, pues no desarrollan los problemas que se generan por el conflicto entre la lógica de nuestra legislación societaria y la lógica de los grupos empresariales.

Consideramos que la falta de regulación del grupo empresarial puede generar diversos problemas desde la perspectiva del Derecho Societario, rama que, en nuestra opinión, es la más indicada para imponer una regulación general respecto de este fenómeno. Uno de los problemas más relevantes que encontramos es el tratamiento de la responsabilidad que puede generarse a los administradores de las sociedades controladas debido a decisiones que puedan perjudicar a la misma en beneficio de su controladora o de otra sociedad del grupo. Para ello, no solamente debemos centrarnos en cómo está regulada hoy en día la responsabilidad de los administradores en nuestra norma societaria, pensada para empresas no pertenecientes a grupos, sino que debemos ir más allá y establecer qué solución es la más conveniente para afrontar la responsabilidad de los administradores, adecuando un sistema de responsabilidad más congruente con la realidad económica de los grupos.

Considerando lo anterior, desarrollaremos una definición de grupo empresarial, mostrando las características esenciales que debe tener para ser considerado como tal. Además, nos ocuparemos de los tipos de grupo que pueden existir, haciendo hincapié en la importancia económica y constitucional de contar con una regulación específica

sobre este fenómeno que son los grupos empresariales. Más adelante en la investigación, limitando la misma a las sociedades anónimas, nos centraremos en la problemática de la administración, desarrollando los deberes que tienen los administradores y a quiénes se los deben. Finalmente, luego de exponer distintas alternativas que vienen siendo aplicadas actualmente por distintos países que cuentan con una regulación sobre el grupo empresarial, propondremos una alternativa legislativa para llenar el vacío existente y encontrar una solución al problema identificado.



CAPÍTULO I: EL GRUPO EMPRESARIAL

1. Los grupos empresariales

Para realizar un estudio a profundidad sobre esta materia, es importante no solo presentar una definición de grupo empresarial que refleje la realidad económica de nuestro país, sino indagar en el origen de esta figura, así como discutir sobre la terminología que debe ser utilizada al referirnos a la misma.

1.1. Origen

El grupo empresarial como fenómeno económico surge del desarrollo de la concentración empresarial, puesto que se crea “*para lograr una posición de dominio sobre el mercado y poder controlar los abastecimientos de materias primas y la formación de los precios*”¹. Para un mejor entendimiento sobre el desarrollo de este fenómeno, es necesario remontarnos a la historia de la creación de las sociedades comerciales que, brevemente, explicamos a continuación.

A finales del Siglo XVIII, el modelo económico individual, el utilizado por los artesanos y comerciantes de la época, fue desapareciendo, dando lugar a un modelo caracterizado por la concentración económica, donde la protagonista era la sociedad comercial o empresa societaria. Este nuevo modelo surge a raíz de la primera y la segunda revolución industrial. De esta

¹ BROSETA PONT, Manuel. *La empresa y la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1965, p.82. Citado por ECHAIZ MORENO, Daniel. *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2001, p. 37.

manera, el derecho de los comerciantes individuales comenzó a convertirse en un derecho de las sociedades comerciales ².

Como respuesta a la evolución de la economía, las empresas empezaron a expandirse internamente. No obstante, esta forma de expansión tenía ciertos límites financieros y de organización, problemas que se volvían cada vez más complejos y hacían inviable que todas las actividades se concentraran en una sola sociedad ³.

Ante ello, los comerciantes tuvieron que buscar alternativas a sus estructuras de negocio, razón por la cual, adoptaron la estrategia de expansión externa adquiriendo el control de otros operadores económicos. Los agrupamientos empezaron siendo horizontales, mediante la adquisición de otras sociedades en el mismo sector del mercado y posteriormente verticales, a través de la creación de otras empresas. De esta manera, el mecanismo de los grupos de empresas se impuso como la única estructura organizativa capaz de soportar el crecimiento de la empresa, en respuesta al crecimiento de la economía mundial ⁴.

Es así que varios de los grupos empresariales cuyos nacimientos se remontan a fines del Siglo XIX o inicios del Siglo XX ⁵, continúan activos hasta nuestros días. Un claro ejemplo de ello es el Grupo Nestlé, el cual surge de la fusión en 1905 de dos sociedades: la AngloSwiss Condensed

² ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Q.L. *Os grupos de sociedades: Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 5 y ss.

³ *Ibídem*.

⁴ *Ibídem*.

⁵ Al respecto, FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007, p. 41 y ss. y MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Los grupos económicos y de sociedades*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1991, p. 25 y ss.

Milk Company (constituida en 1866) y la empresa de Henri Nestlé (constituida en 1867). Poco a poco, a través de los años, la sociedad fusionada empezó a crear subsidiarias para expandir sus negocios a otros espacios geográficos, con lo cual consiguió llegar a otros continentes como Asia, África o América Latina⁶. Hoy, este es uno de los grupos más conocidos a nivel mundial⁷.

Así como el caso del Grupo Nestlé, en nuestro país, hacia comienzos del Siglo XX,

“se nota ya la presencia de la gran empresa en el Perú, representada por las corporaciones extranjeras y nacionales dueñas de casas algodoneras, como Anderson & Clayton, enclaves petroleros y mineros como International Petroleum Co. y Cerro Corporation; bancos como el Alemán Transatlántico, el Banco del Perú y Londres y el Banco Italiano (fundado por inmigrantes como Brescia, Nicolini, Raffo, Verme y otros); y poderosas casas comerciales norteamericanas como Grace & Co., que manejaba los ferrocarriles, el comercio naviero del Pacífico, haciendas azucareras y minas. Entre los peruanos de origen destacaban los terratenientes, fortunas financieras e industriales como los Prado o industriales como los Bentín, de la cervecería Backus & Johnston [...]”⁸.

En ese sentido, es posible indicar que la concentración empresarial surge de la necesidad de unir a dos o más empresas, con un fin común, que no

⁶ Sobre el origen del Grupo Nestlé: *The Nestlé company history*. En: <http://www.nestle.com/aboutus/history/nestle-company-history#tab-1866>. Consulta del 30 de julio de 2018.

⁷ Similares experiencias pueden apreciarse en los casos del Grupo BMW, Grupo Coca-Cola, entre otros.

⁸ DURAND, Francisco. *Los doce apóstoles de la economía peruana. Una mirada social a los grupos de poder limeños y provincianos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 36.

podría lograrse con la misma facilidad sin la sinergia de dicha unión, debido a la evolución de la economía en el mundo, lo cual da paso a la creación de grupos empresariales.

Esta concentración empresarial se manifiesta de dos maneras: (i) con pérdida de personalidad jurídica, en la que todas o algunas de las empresas participantes reúnen en una sola su personalidad jurídica (fusiones); o, (ii) sin pérdida de personalidad jurídica, manteniéndose como sujetos de derecho, con la opción o no, de crear un nuevo sujeto de derecho. Ejemplos de este segundo tipo son los contratos asociativos, los conglomerados financieros, así como nuestro objeto de estudio: el grupo empresarial.

1.2. Terminología

Según Guillermo Cabanellas de las Cuevas, no existe hoy una terminología uniforme sobre este tema ⁹. Así, además de las expresiones *grupos empresariales* o *grupos de empresas*, pueden encontrarse otros términos, algunos más utilizados que otros.

En este sentido, varios cuerpos normativos peruanos, así como diversos autores, se refieren a este fenómeno utilizando la denominación *grupos económicos*, *grupos de sociedades* o *grupos societarios*, en tanto que la legislación tributaria prefiere el nombre de *empresas vinculadas económicamente*. Con menos frecuencia, encontramos *conjunto*

⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. *Derecho societario: parte general*. Buenos Aires: Heliasta. Volumen 11, 1997, p. 468.

económico, grupos de empresarios, sociedades de empresas o sociedades imbricadas ¹⁰.

Así, actualmente, en nuestro país encontramos las siguientes normas sobre grupos empresariales que consideramos las más importantes:

- a) Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos ¹¹: Define en su artículo 7° a los grupos económicos delimitando el universo de sociedades y/u otros entes jurídicos ¹² regulados por la SMV a los cuales exige obligación de comunicación y consolidación de estados financieros. Asimismo, se regula un concepto de control que le permite identificar a los entes jurídicos pertenecientes al grupo económico de que se trate.
- b) Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico ¹³: Como en el caso anterior, el artículo 8° de esta norma, define a los grupos económicos para identificar las sociedades y/u otros entes jurídicos que integran el grupo de empresas supervisadas por la SBS, para cuantificar el impacto de sus actividades de cara a los fondos administrados por ella. Cabe resaltar que la introducción de los

¹⁰ En doctrina peruana, ECHAIZ profundiza esta lista de denominaciones, indicando ejemplos claros en donde son utilizados por los diversos autores, tanto nacionales como internacionales. ECHAIZ. Óp. Cit. p. 56.

También desarrolla este tema a cabalidad HUNDSKOPF. HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Empresa y sociedad: ¿por qué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades? En: *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 152. Lima: Asesores Financieros, 1999.

En doctrina extranjera, encontramos a CABANELLAS, quien hace una lista de nombres con los cuales se conoce a este fenómeno, tanto en Argentina como en el derecho comparado. CABANELLAS. Óp. Cit. p. 469.

¹¹ Resolución SMV No. 019-2015-SMV-01.

¹² El término "entes jurídicos" es utilizado tanto por el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, emitido por la SMV, así como en las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, emitidas por la SBS. Este concepto incluye (i) patrimonios autónomos gestionados por terceros que carecen de personalidad jurídica; así como, (ii) contratos asociativos donde no se crea una persona jurídica distinta a las partes.

¹³ Resolución SBS No. 5780-2015.

conceptos de conglomerados financieros y no financieros responden a la naturaleza de las empresas que esta norma regula.

- c) Ley del Impuesto a la Renta y Reglamento ¹⁴: Si bien en las normas sobre Impuesto a la Renta no se hace referencia expresa a 'grupos empresariales', en la Ley encontramos el concepto de partes vinculadas. Este concepto es definido por el Reglamento que establece quiénes serán considerados como tal, dándole un contenido mucho más amplio que el correspondiente a grupos empresariales. El concepto de partes vinculadas se usa con el propósito de aplicar reglas especiales que impidan que el fisco se perjudique por el actuar de contribuyentes que, gracias a su especial vinculación, podrían subvaluar o sobrevalorar el monto de las contraprestaciones en sus relaciones.
- d) Normativa sobre Mediana y Pequeña Empresa (MYPES) ¹⁵: El artículo 4º del Reglamento de MYPES define a los grupos económicos para excluir expresamente a las empresas que forman parte de uno de la posibilidad de constituirse bajo este régimen especial, evitando que obtengan un beneficio que no les corresponde, ya que en la realidad serían una empresa mucho más grande.

¹⁴ Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo No. 179-2004-EF. Reglamento de la Ley del impuesto a la Renta, Decreto Supremo No. 122-94-EF.

¹⁵ Las normas de MYPES que desarrollan el concepto son (i) el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante Decreto Supremo No. 013-2013-PRODUCE y (ii) el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2008-TR.

Las disposiciones analizadas responden a finalidades específicas de cada rama del Derecho. A diferencia de ello, la Ley General de Sociedades (en adelante la “LGS”) ¹⁶ no contiene referencia expresa a los grupos empresariales; se ha limitado a establecer en su artículo 105º una definición de control para aclarar qué se entenderá por sociedad controlada ¹⁷ pero no menciona que, en dicho caso, se entenderá que las sociedades forman parte de un mismo grupo, ni hace remisión a las definiciones que encontramos en las normas descritas previamente en esta sección.

Asimismo, como puede apreciarse de las normas citadas, coincidimos con Cabanellas de las Cuevas en el sentido que cada rama del Derecho hace referencia a este fenómeno con una terminología diferente. No obstante, es claro que todas se refieren a nuestro objeto de estudio.

En cuanto a la doctrina nacional, cabe resaltar la opinión de Echaiz, quien considera que el término ‘grupos empresariales’ *“refleja con notoriedad que estamos ante empresas agrupadas, siendo el término “empresas” de carácter amplio y permite subsumir toda clase de organización destinada a la actividad empresarial”* ¹⁸. Agrega que esta terminología *“no incide ni en la economía ni en el derecho, sino en el fenómeno mismo”* ¹⁹.

1.3. Definición

¹⁶ Ley No. 26887.

¹⁷ De acuerdo al artículo 105º de la LGS, una sociedad controlada es *“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”*.

¹⁸ ECHAIZ. Loc. Cit.

¹⁹ *Ibidem*.

Así como existen diversas maneras de calificar a los grupos empresariales en la doctrina, los autores dan enfoque distinto a sus respectivos estudios sobre este fenómeno. Así:

Por el lado de los autores extranjeros, José Engracia Antúnez²⁰ postula que *los grupos de sociedades pueden ser definidos en función a dos conceptos principales: dirección unitaria y relación de dependencia y control*. Cabanellas indica que un grupo de empresas “*consiste en un conjunto de factores de producción sujetos a la conducción de una única sociedad de órganos; la diferencia con la sociedad consiste en que esa estructura se encuentra dividida en varias sociedades, las cuales se caracterizan por estar bajo el control común de una única persona, física o jurídica*”²¹.

El autor español José Miguel Embid Irujo, sostiene que el fenómeno debe entenderse como “*la articulación de varias entidades – preferentemente sociedades– jurídicamente autónomas bajo la dirección económica única de otra sociedad*”²². En virtud de esta articulación, los operadores económicos deciden crear una nueva forma para obtener “*economías de escala, [logrando así] la mejor utilización de las redes de distribución y la difusión de los conocimientos técnicos*”²³.

Para los autores argentinos Horacio Roitman y Hugo Aguirre²⁴, los grupos de sociedades son una empresa policorporativa, en la que existe una sola

²⁰ ENGRÁCIA ANTÚNEZ, José. “El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas”. En: *La Modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Madrid: Thomson Reuters – Aranzadi, 2011, p. 383.

²¹ CABANELLAS. Óp. Cit., p. 516.

²² EMBID IRUJO, Jose Miguel. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1987, p. 25.

²³ *Ibidem*.

²⁴ AGUIRRE, Hugo y ROITMAN, Horacio. “Grupos de sociedades, coordinación y dirección empresarial”. En: *Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Tomo II. Lima: IDEMSA, 2011, p. 538

realidad económica que se divide en varias personas jurídicas. Estas interactúan entre sí por medio de relaciones de dirección y coordinación empresarial, en las que se pueden identificar relaciones de dominación o dependencia entre una que dirige la actividad de la empresa y otras que se encargan de operar la actividad empresarial.

Por otro lado, y de una forma más concisa, Paz-Ares señala que los grupos de sociedades pueden definirse como *“la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria”* ²⁵.

Del mismo modo, es importante recalcar que en doctrina nacional son Hundskopf y Echaiz quienes han desarrollado más a fondo este fenómeno. El primero define los grupos empresariales como *“uniones de empresas que conservan por sí 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”* ²⁶.

En esa misma línea, Echaiz define a los grupos empresariales como:

“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

²⁵ PAZ-ARES, Cándido. “Uniones de empresas y grupos de sociedades”. En: *Revista Jurídica de Estudiantes Universidad Autónoma de Madrid*. No. 1. Madrid: Editorial DYKINSON S.L., 1999, p. 229.

²⁶ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Empresa y sociedad...”. Óp. Cit., pp. XVIII-XIX.

varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las sociedades) sobre la sociedad o sociedades dominadas” ²⁷.

En las definiciones antes señaladas se repiten los conceptos de independencia, dirección unificada y subordinación de las sociedades miembro. Estos, como desarrollamos más adelante, más que ayudar a definir este concepto, son elementos que caracterizan a un grupo empresarial.

2. Características

Como lo adelantamos en el punto anterior, los autores al definir el concepto de grupo empresarial hacen referencia a tres características esenciales: (i) autonomía jurídica; (ii) relación de control; y, (iii) dirección unificada. Luis Bustillo Tejedor ²⁸ indica que, para identificar un grupo de sociedades, son necesarias:

- a) *Dos sociedades distintas, independientes y autónomas, dotadas de su propia personalidad jurídica y, por tanto, centros de imputación de relaciones jurídicas, titulares de sus propios derechos y obligaciones.*
- b) *Que esas sociedades estén sometidas a una dirección unitaria en su actuación en el tráfico.*

A continuación, describimos estas características a mayor detalle.

²⁷ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Los grupos de empresas en el Perú”. En: *Gaceta Jurídica*. Tomo 82-B, 2000, p. 34. En otros trabajos por el mismo autor, este utiliza el mismo concepto de grupo empresarial.

²⁸ BUSTILLO TEJEDOR, Luis L. “Los grupos de sociedades”. En: *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Núm. 62, 2014, pp. 15-60.

2.1. Autonomía jurídica

La autonomía jurídica de cualquier grupo empresarial “*consiste en la existencia de una pluralidad de empresarios independientes (individuales o sociales) que conservan la titularidad sobre sus establecimientos, [siendo,] por consiguiente, los sujetos que, en principio, soportan con su patrimonio las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial conjunta*”²⁹.

La independencia de estas sociedades del grupo es solamente jurídica. Económica o empresarialmente van a ver limitada su independencia, sujetándose a lo que establezca la sociedad controladora. En ese sentido, los miembros de un grupo empresarial mantienen intactos su propio objeto, su denominación, sus propietarios, y todas las relaciones (acreencias o deudas con terceros)³⁰.

Aparte de ello, cabe resaltar que esta autonomía jurídica podría ser, a decisión de la sociedad controladora, flexibilizada. Coincidimos con Echaiz quien considera posible que la sociedad dominante disponga

*“que todas las empresas integrantes del grupo modifiquen su denominación para que introduzcan cierta palabra que las identifique como parte de aquel grupo societario o [...] que las empresas pertenecientes al grupo compartiesen a la mayoría de los gerentes o que, ante la mala situación económica de uno de los miembros, otra de las sociedades del grupo acudiese en su “rescate” y asumiese sus deudas o parte de ellas”*³¹.

²⁹ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Elementos constitutivos de los grupos de empresas”. En: *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 153. Lima: Asesores Financieros, 1999, pp. XX.

³⁰ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Análisis jurídico del “control” en los grupos de sociedades”. En: *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Derecho Societario, 2003, p. 1332.

³¹ Ídem, p. 1333.

Esto es así, debido a que nos encontramos ante un supuesto de autonomía jurídica mas no empresarial ni económica.

De acuerdo con Alonso Morales Acosta, se puede distinguir entre dos niveles de autonomía jurídica: (i) el nivel externo, en el cual se ve a la empresa frente a los trabajadores, el Estado, los acreedores y los demás socios; y, (ii) el nivel interno, en el cual esta autonomía se puede ver limitada por la sociedad controladora, en tanto supone la gestión, participación en utilidades y asunción de riesgos ³². Estamos de acuerdo con lo mencionado por Morales, toda vez que, en el desarrollo de actividades económicas, las empresas parte de un grupo empresarial seguirán siendo independientes en sus relaciones con terceros; sin embargo, para el grupo, cada una de ellas puede ser vista como una rama de la estructura de la actividad.

2.2. Relación de control

Sobre este aspecto, Echaiz identifica diferencias entre los términos control y dominación, indicando que

“la dominación es la capacidad que tiene un sujeto (persona natural o jurídica) para ejercer influencia sobre una sociedad, imponiéndole conductas empresariales aún en contra de su voluntad (entendiendo por “voluntad” lo decidido por el titular o titulares de la sociedad), mientras que el control es el ejercicio concreto (la materialización) de esa capacidad” ³³.

³² MORALES ACOSTA, Alonso. “Los Grupos de Sociedades”. En: *Advocatus*. Primera época. No. 6. 1994. p. 26.

³³ ECHAIZ MORENO, Daniel. “El control en la política empresarial de los grupos de sociedad”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Temas Societarios*. Número 54, 2002, p. 62 y ss.

Consideramos que la distinción entre estos dos conceptos carece de relevancia al ser más trascendental que se identifique una relación en la que una persona jurídica influya de manera decisiva sobre la actuación de otra u otras, lo cual es exigible al margen de denominarlo control o dominio, y que el mismo sea efectivo.

Profundizando un poco más en la definición de control, estamos de acuerdo con Hundskopf quien hace suya la opinión de Claude Champaud, según el cual el *“poder de disponer de los bienes que a ella son destinados, de tal suerte que el controlador se convierte en señor de su actividad económica”*³⁴. Este control de unas empresas sobre otras debe ser duradero, puesto que, como también desarrolla Julio Falconi Canepa³⁵, si este fuera transitorio *“no podría tener incidencia con la administración de los negocios o con la actividad de las empresas dominantes”*³⁶.

En nuestra opinión, para que exista control no es necesario que la empresa dominante sea titular de un porcentaje determinado de las acciones o participaciones de las empresas dominadas. Esto quiere decir que, para nuestra definición de control, no vamos a exigir un porcentaje mínimo de participación en las empresas, sino que la controladora pueda real y efectivamente orientar a la controlada hacia los fines que el grupo busca, sea que esto se lleve a cabo por medio de la tenencia de acciones o participaciones con derecho a voto que permitan la toma de acuerdos en estas empresas, que exista un contrato firmado entre la empresa controlada

³⁴ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Óp. Cit., p. XXIII.

³⁵ FALCONI CANEPA, Julio. *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*. Lima: Grijley, 2005, pp. 10-11.

³⁶ HUNDSKOPF, Óp. Cit., p. XXII.

y la controladora o cualquier otro vínculo que genere la consecuencia previamente señalada.

Por un lado, de acuerdo con Morales, esta relación de control entre la empresa controladora y la empresa controlada puede diferenciarse entre lo que llaman *dominación de hecho y dominación de derecho*³⁷. Por otro lado, autores como Hundskopf, Echaiz y Roitman y Aguirre, hacen una clasificación más extensa que separa al control en *control interno y control externo*, pudiendo ser cada uno de estos *de hecho y de derecho*³⁸.

No obstante, en nuestra opinión, es más sencillo clasificar el control en dos tipos: (i) control por propiedad o titularidad; y, (ii) control vía acuerdo de voluntades, los cuales pasaremos a describir a continuación.

a) Control por propiedad o titularidad

Bajo esta división, se entiende relevante la relación existente entre la entidad controladora y la controlada por medio de la titularidad de las acciones o participaciones que la primera tenga sobre la última. Este es un símil a lo que otros autores definen como control interno.

Dentro de esta clasificación, existe la posibilidad de encontrar cinco variantes: (i) control totalitario: el controlador es propietario de casi el total de los títulos representativos del capital de la controlada; (ii) control mayoritario: el controlador cuenta con la mitad del capital

³⁷ MORALES. Loc. Cit.

³⁸ Al respecto, HUNDSKOPF. Ibidem; ECHAIZ MORENO, Daniel. Óp. Cit., p. 65 y ss.; y, AGUIRRE y ROITMAN. Íbid., p. 543.

más una acción o participación con derecho a voto sobre la controlada, como mínimo; (iii) control mediante expedientes o artificios legales: ejerce el control por medio de un derecho distinto al derecho de propiedad sobre las acciones; (iv) control minoritario: mediante la cual una participación menor al cincuenta por ciento de las acciones o participaciones de la controlada una empresa puede controlar a otra debido al ausentismo o atomización de los demás titulares de la empresa; y, (v) control administrativo o gerencial: administradores son quienes controlan la empresa ³⁹.

b) Control vía acuerdo de voluntades

En este caso, el control se encuentra dado no por la titularidad de los títulos representativos del capital de las entidades, sino por medio de un contrato que crea la vinculación entre estos sujetos. Esta clasificación es similar al llamado control externo.

El referido contrato puede ser el contrato de control o el contrato de transferencia de ganancias que regula la legislación alemana, así como el de dominación al que hace referencia la doctrina peruana ⁴⁰, que desarrollamos más adelante. Asimismo, puede ser un convenio de accionistas el que genere este derecho para uno de los accionistas.

³⁹ HUNDSKOPF. Loc. Cit.

⁴⁰ Este contrato es desarrollado tanto por ECHAIZ como por HUNDSKOPF, quienes establecen las características que debe tener este contrato en ECHAIZ MORENO, Daniel. "El Contrato de Dominación Grupal". *Contratos: doctrina, legislación y modelos*. Compilador: Hugo Huayanay Chuquillanqui. Tomo II. Lima: Editorial Rao S.R.L., segunda edición. 2002, y HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "El Contrato de Grupo o de Dominación Grupal y la Concentración Empresarial". *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica. 2008.

De acuerdo con Echaiz y Hundskopf, el control puede provenir también de la suscripción de un contrato que no tenga como objeto principal el dar el control de una empresa sobre otra, sino que sea un efecto derivado del mismo ⁴¹. Como ejemplos se mencionan los de licencia de marca y de franquicia, así como de suministro y concesión mercantil. Todos ellos tienen como característica común que la empresa dominada tiene que acatar ciertos parámetros que establece la contraparte para que el contrato siga teniendo efectos.

Por ejemplo, en el caso de los contratos de licencia de marca o de franquicia, dado que el licenciante o dueño de la franquicia tiene que salvaguardar el prestigio de su marca, establece como condiciones de la permanencia del contrato que el usuario con la marca o franquicia siga ciertas indicaciones, como mantener un estándar de calidad, brindar ciertos servicios, respetar colores, entre otras obligaciones que van a limitar el actuar de la entidad limitada.

Para nosotros este tipo de control no forma parte del concepto de control característico de los grupos empresariales, salvo que este venga acompañado de una real intención de tener una dirección unificada como describiremos líneas más adelante. En otras palabras, solo se consideran dentro de un grupo empresarial a las empresas que hayan suscrito este tipo de contratos pero que no solo limiten la libertad de decisión de una parte para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en ese contrato, sino que conlleve a que actúen todas hacia un interés grupal.

⁴¹ HUNDSKOPF. "Elementos constitutivos...". Óp. Cit., p. XXIII, y ECHAIZ. "Características estructurales...". Loc. Cit.

Por ejemplo, en el sector de comida rápida, existen casos de empresas como McDonald's o Kentucky Fried Chicken, quienes siguen lineamientos provenientes del dueño de la franquicia, como el uso de colores o signos distintivos de propiedad del franquiciante, sin que se identifique un interés grupal. En este caso, las empresas son autónomas jurídica y económicamente de la sociedad creadora de la marca, lo que no está en un supuesto de control de grupo. Por el contrario, existen ejemplos en los cuales existe una marca que no es explotada fuera del grupo empresarial, como en el caso de Bombos, perteneciente al Grupo Intercorp, en la cual el desarrollo de la sociedad interesa al grupo.

2.3. Dirección unificada

Como tercera y última característica, un grupo empresarial debe llevar todas sus acciones hacia una dirección unificada: satisfacer el interés grupal. Esta característica se define como *“transferir el poder de dirección, planificación y gestión de la empresa que normalmente incumbe a sus titulares, hacia un tercero (que puede ser, incluso, ajeno a dicha empresa) y que tiene la calidad de sujeto dominante”*⁴².

En la misma línea, Falconi indica que la dirección unificada puede incidir significativamente en tres áreas de la empresa: (i) en la política de planificación de la empresa y del grupo a medio y largo plazo; (ii) en la política de organización, que incluye a la política de financiación y la de

⁴² HUNDSKOPF. Óp. Cit., p. XXIII.

personal; y, (iii) en la política gerencial, la que ayuda a supervisar el desarrollo de las actividades de las empresas agrupadas ⁴³.

Dicho autor indica que lo más importante es tener el dominio de la política de organización, toda vez que permite el *“control de los fondos de las sociedades y, de modo indirecto, provee el dominio de gestión de cada una de las empresas agrupadas, hecho que redundará en la pérdida de la autonomía de las sociedades filiales”* ⁴⁴.

De otra opinión es Mónica Fuentes Naharro, quien analiza la dirección unificada desde una doble perspectiva: (i) económica, que supone planificar la actividad empresarial de los miembros del grupo, mandar a ejecutar lo planificado y controlar que la ejecución sea como se planificó; y, (ii) jurídica, a través de un órgano de administración o a través de la junta general de accionistas o de socios, supuesto en el que hay un mejor control de parte de la matriz ⁴⁵.

Aparte de ello, la dirección unificada puede interpretarse de forma restringida o amplia. En el primero de los casos, la búsqueda de un fin común involucra que la entidad controladora pueda decidir cada una de las acciones que va a realizar la controlada sin dejar lugar a los administradores para decidir efectivamente qué acuerdos aprobar o qué hacer porque consideren que es lo mejor para la sociedad que administran. En el segundo caso, el sujeto controlador va a dar lineamientos que deberán seguir los administradores de la empresa controlada; sin embargo, a diferencia del

⁴³ FALCONI. Óp. Cit., pp. 27-28.

⁴⁴ Ibídem.

⁴⁵ FUENTES. Óp. Cit., pp. 97 y ss.

caso anterior, estos tienen un ámbito de decisión mucho mayor. Solamente se dan las políticas empresariales a seguir, pero no se establecen las acciones específicas a tomar por el sujeto controlado ⁴⁶.

Consideramos que, efectivamente, la dirección puede ser amplia o restringida, siendo más sólida si es que proviene de la junta general de accionistas o socios. A diferencia de Falconi, consideramos que la dirección unificada debe recaer en todos los aspectos del funcionamiento de las empresas miembro de un grupo: planificación, organización y gestión, de modo similar a como indica Fuentes al comentar la perspectiva económica de la dirección unificada. Esto es así puesto que de poco serviría que la planificación pueda llevarse a cabo sin un respaldo en la gestión, organización, ejecución o supervisión de lo planificado. Lo contrario sería suponer que la planificación quedaría solo en el plano teórico.

3. Tipología o clasificación

De acuerdo con Hundskopf, existen seis tipos de clasificación: (i) por la actividad de las empresas miembro; (ii) por la estructura del grupo; (iii) por la forma de manifestación de los grupos; (iv) por su origen; (v) por la empresa matriz; y, (vi) por ser grupos multinacionales ⁴⁷.

Para efectos de esta investigación, haremos hincapié en los dos primeros tipos de clasificación, al ser los que se desarrollan doctrinariamente de manera más completa.

⁴⁶ HUNDSKOPF. Loc. Cit.

⁴⁷ HUNDSKOPF. "Criterios de...". Óp. Cit., p. XIX y ss.

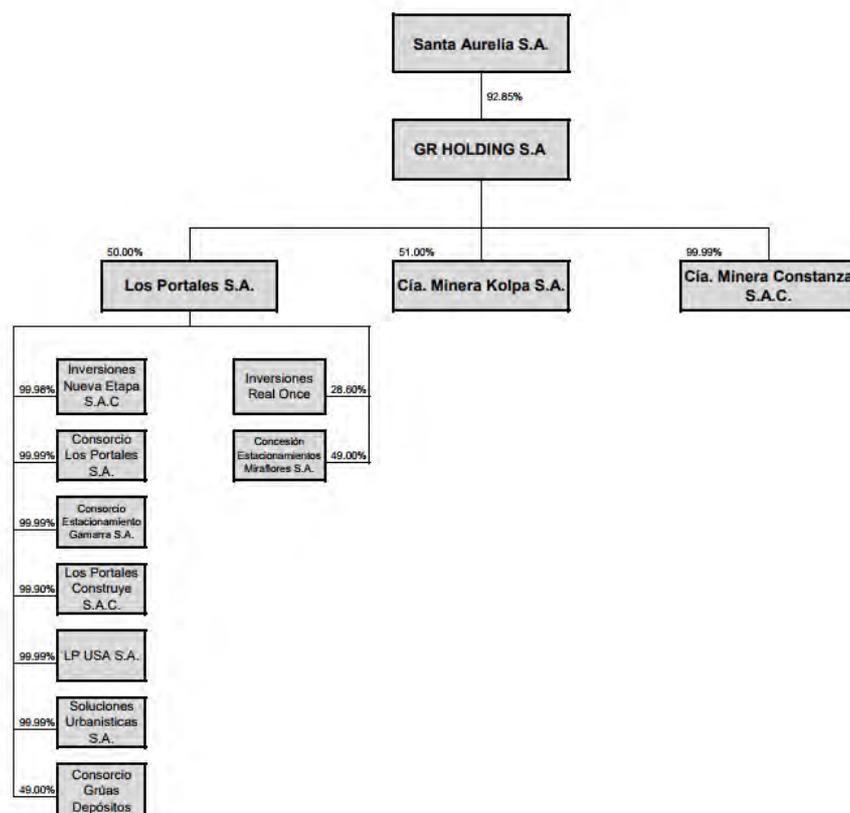
3.1. Por la actividad de las empresas miembro

Según este criterio, los grupos empresariales pueden dividirse en aquellos donde sus miembros tienen una actividad económica homogénea, es decir, todas las empresas que son miembros de grupo se dedican a la misma actividad económica - por ejemplo, el Grupo SURA, quienes invierten en temas de banca y seguros-, y aquellos donde sus miembros tienen una actividad económica heterogénea, es decir, que no se centran en un solo sector de la economía. Este último tipo se divide a su vez entre (i) los grupos conformados por empresas que realizan actividades económicamente relacionadas, es decir, donde cada empresa miembro realiza una de las actividades necesarias para elaborar productos desde su producción hasta su comercialización, como el Grupo Portugal que hasta hace poco tenía una sociedad productora y otras encargadas de la distribución de los productos; y, (ii) aquellos en los que las actividades económicas no tienen relación alguna entre una y otra empresa, como por ejemplo el Grupo Wiese, quienes tienen inversiones en empresas de diversa índole, desde fondos de inversión (AFP) hasta transporte (Hermes).

3.2. Por la estructura del grupo

De acuerdo con este criterio, los grupos pueden diferenciarse en grupo de participación, grupo contractual y grupo personal. El primer caso, grupo de participación, da relevancia a la participación del sujeto controlador en las demás empresas miembros del grupo. Esta clasificación se divide a su vez en tres clases: radial, piramidal y circular.

En el caso del grupo de participación radial, comúnmente ejemplificado por la figura de la holding y sus subsidiarias, la matriz participa directamente en el capital de las empresas dominadas. Esto genera que el único vínculo existente entre sus miembros es compartir el mismo sujeto controlador ⁴⁸. Un ejemplo de este tipo de grupo es el Grupo Los Portales, como se muestra a continuación ⁴⁹:

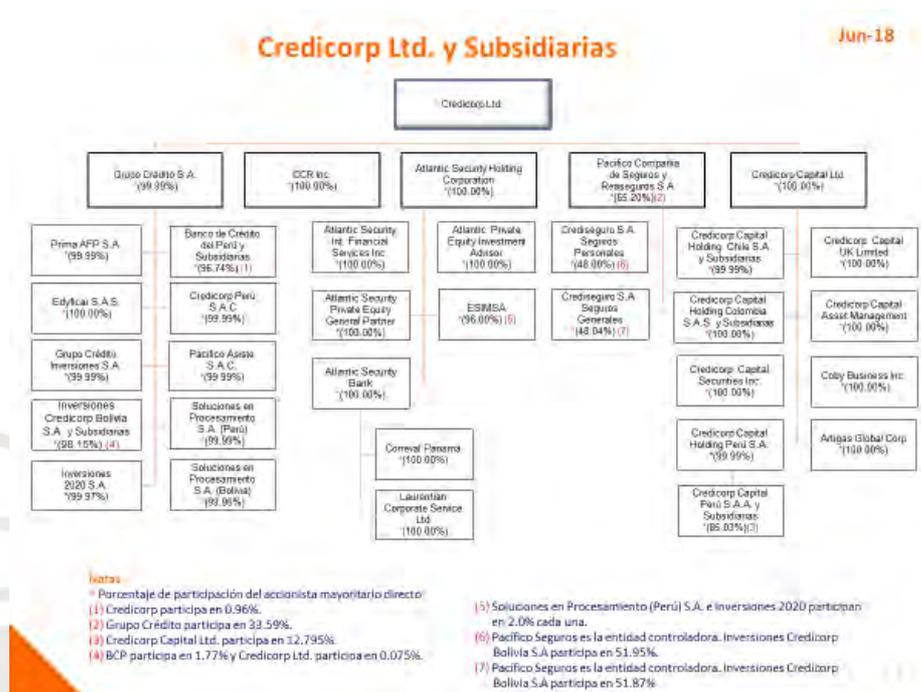


En cuanto al grupo de participación piramidal, se trata de una figura más compleja que la anterior; debe su existencia a la necesidad de evitar concentrar el manejo del grupo en una sola cabeza para que no se vuelva

⁴⁸ ECHAIZ. "Lineamientos conceptuales sobre los grupos de empresas". En: *Revista Jus, doctrina y práctica*. No. 11. Lima, 2007, p. 24.

⁴⁹ Gráfico disponible en: <http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Diagrama%20GE%20al%2015.06.2017.pdf>. Consulta: 30 de julio de 2018.

inmanejable, debido al tamaño que puede tener. Hay un sujeto controlador que participa en el capital de empresas, titulares a su vez del capital de otras empresas, con lo cual la cabeza del grupo participa indirectamente de estas terceras. Un claro ejemplo es el Grupo Credicorp, como se ve en el siguiente gráfico ⁵⁰:



Por último, encontramos al grupo de participación circular, también conocido como “*cascada*” ⁵¹ donde la controladora participa en el capital de una de las empresas del grupo, la cual participa a su vez de una tercera; sin embargo, a diferencia del tipo anterior, la última empresa en la línea es titular de acciones o participaciones en el capital de la empresa controladora. En este sentido, existe una propiedad indirecta de la matriz sobre sus propias acciones. Esta figura es menos utilizada que las anteriores ⁵² debido a que

⁵⁰ Gráfico disponible en: http://www.smv.gov.pe/Frm_GrupoEconomico.aspx?data=9BFB89FCFDC5C7825C76A9364552DA8F22C480AFB0. Consulta: 30 de julio de 2018.

⁵¹ HUNDSKOPF. Óp. Cit., p. XXI.

⁵² ECHAIZ. “Los grupos de empresas...” Óp. Cit., p. 70.

tienen como desventajas el hecho de tener un capital ficticio, dado que el capital de la matriz circula hacia el capital de la subsidiaria y así hasta llegar nuevamente a la matriz, y genera un mal funcionamiento de los órganos sociales ⁵³. Si bien no se encuentra prohibida por nuestra legislación, esta forma de grupo no es utilizada.

En el segundo caso, grupo contractual, se identifica a los grupos que tienen origen sobre contratos que pueden haber sido celebrados exclusivamente para crear el grupo o puede generar el grupo debido a un contrato cuyo objeto principal es otra figura contractual que, de todas maneras, une a las empresas en tal sentido que permiten identificar las tres características descritas como esenciales ⁵⁴.

El tercer y último caso, grupo personal, tienen como característica principal el predominio del factor humano y no la participación que tiene una empresa sobre otra. En este supuesto, las personas no solo son propietarias de las empresas, sino que tienen cargos administrativos en las mismas, lo cual hace que el control efectivo, tanto accionario como administrativo, esté en sus manos ⁵⁵. Generalmente, se les representa por los grupos familiares, entre los cuales encontramos como ejemplos en nuestro país al Grupo Romero, al Grupo Aje o al Grupo Breca.

⁵³ HUNDSKOPF. Óp. Cit., p. XXII.

⁵⁴ Ver Sección 2.2. del presente capítulo donde hacemos referencia al control vía acuerdo de voluntades, donde describimos los tipos de contratos por los cuales pueden vincularse dos o más empresas.

⁵⁵ ECHAIZ. Óp. Cit., p. 71.

4. Breve referencia al ordenamiento legal de los grupos empresariales en el mundo.

Si bien en nuestro país no hay un desarrollo legislativo uniforme respecto de los grupos de sociedades, en otros países sí existen normas que los regulan tanto en la formación del grupo como en su funcionamiento. Alemania, Brasil y Portugal son buenas referencias ⁵⁶.

4.1. Alemania

Regula el comportamiento de las sociedades a través de la *Aktiengesetz* o Ley de Sociedades por Acciones (*AktG*), vigente desde el 1 de enero de 1966.

En su artículo 15º, la AktG hace referencia a las *verbundene Unternehmen* (empresas afiliadas), definidas como sociedades autónomas respecto de otras sociedades con las cuales puede tener alguna de las siguientes relaciones: (i) matriz-subsidiaria, donde el elemento principal es el número de acciones de una sociedad sobre otra; (ii) controladora-controlada, donde la relevancia está en el control efectivo de una sociedad sobre otra; (iii) empresas miembro de un grupo empresarial; (iv) empresas con participaciones recíprocas entre sí; o, (v) empresas vinculadas por un contrato empresarial.

De acuerdo con el artículo 18º de la AktG, existe un grupo de sociedades en dos supuestos: (i) cuando hay una entidad controladora y una o varias

⁵⁶ Asimismo, hemos advertido que otras legislaciones hacen referencia a grupos empresariales; no obstante, no siempre cuentan con una definición de estos. Entre estas encontramos a España, Australia, Singapur, Japón, Francia, Senegal, entre otras.

controladas, sujetas a la misma dirección con la empresa controlada; y, (ii) cuando comparten una dirección en común pese a que no existe control de por medio.

Sobre el punto (i) anterior, se precisa que, además del caso de las sociedades controladas y controladoras, definidas en el precedente artículo 17º, existirá control cuando las sociedades miembro (a) sean parte de un contrato de control, (que describiremos más adelante); o, (b) sean sociedades integradas.

Como se ha mencionado, de acuerdo con la norma alemana existe un grupo empresarial cuando se suscribe un “*contrato de control*”. Este tipo de contratos, desconocidos en nuestro derecho, pueden darse en dos supuestos: (i) contrato de control, donde una sociedad cede el control sobre si misma a otra sociedad; o, (ii) contrato de transferencia de ganancias, por el cual una sociedad transfiere a otra las ganancias que ha obtenido, o le brinda el control de la sociedad para su beneficio. Será necesario que una de las sociedades suscriptoras del contrato sea elegida como la controladora para que este sea considerado un contrato de control.

En el caso de la integración de sociedades, nos encontramos frente a una situación en la cual una sociedad alemana es titular del 95% o más de las acciones representativas del capital de otra sociedad cuyo órgano de control decide integrarla para que la sociedad principal sea la que tome las decisiones sobre ésta. En otras palabras, esta figura genera la misma consecuencia que el contrato de control descrito en el párrafo anterior, con la salvedad que, en lugar de ser un contrato suscrito entre las dos partes, es

un órgano societario de la misma sociedad controlada quien toma la decisión de formar parte de un grupo.

Como vemos, el elemento común y necesario para crear un grupo de empresas es el control unificado, de modo que todas las empresas que se agrupan van hacia un mismo fin grupal. Además, es interesante recalcar el tema de los contratos empresariales que crea la legislación alemana, puesto que no solo supone que entre los accionistas se repartan el control de la sociedad, sino que permite que la empresa misma suscriba un contrato con otra para que la controle, y da la posibilidad de que este control pueda ser tanto en beneficio como en perjuicio de esta. Asimismo, cabe resaltar la figura de la integración de sociedades puesto que explícitamente permite que la sociedad principal sea quien dé instrucciones al órgano administrativo de la sociedad controlada.

Es importante recalcar que esta ley contiene disposiciones especiales para la administración de las sociedades pertenecientes a un grupo. Asimismo, se pone en el supuesto de un perjuicio a accionistas externos y a acreedores de la sociedad miembro, temas que serán materia de análisis más adelante en la presente investigación.

4.2. Brasil

La *Lei das Sociedades por Ações*, o Ley de Sociedades por Acciones, vigente desde el año 1977, es la norma brasilera que regula a las sociedades.

En su artículo 265º, esta norma establece que una sociedad controladora y sus controladas pueden constituir un grupo de sociedades cuando se obligan a combinar sus recursos o esfuerzos para realizar sus objetivos respectivos o a participar en actividades o emprendimientos comunes. El funcionamiento de la relación entre sociedad controladora y sus controladas se regulará por una “*convención de grupo*”; sin embargo, se deja en claro que cada sociedad conservará su personalidad jurídica y su patrimonio. Es importante recalcar que la norma brasilera impone como presupuesto que la controladora sea brasilera, con la cual se ejercerá directa o indirectamente y permanentemente, el control de las demás sociedades mediante sus derechos de socio o de accionistas, o mediante convenio de accionistas.

De acuerdo con esta legislación, para que se constituya un grupo de sociedades y pueda incluir las palabras ‘grupo de sociedades’ o ‘grupo’ en su nombre, debe haberse aprobado por sus sociedades miembro la “*convención de grupo*” en donde se establezcan (i) las condiciones de participación de las diversas sociedades; (ii) el plazo de duración; (iii) la forma de su extinción; (iv) cómo admitir o retirar sociedades del grupo; así como otros temas relevantes para el funcionamiento del mismo. Esta aprobación se tomará como una modificación estatutaria para cada una de las sociedades miembro.

Cabe resaltar el artículo 271º de la legislación brasilera, por el cual se considera constituido al grupo cuando se registre el mismo en el Registro de Comercio de la sede de la sociedad controladora, así como en las sedes de las controladas, si estas últimas se encontraran en otra localidad. Para realizar dicha inscripción, será necesario presentar la convención de grupo, las actas de las asambleas generales de accionistas aprobando la

constitución del grupo y la declaración legalizada de un documento donde se indique el número de acciones de cada una de las sociedades miembro y el porcentaje de participación que tengan entre ellas.

Además de lo expuesto anteriormente, al igual que la norma alemana, esta legislación tiene una regulación especial para el tema de la administración del grupo, así como sobre los perjuicios que puedan haberse creado para los accionistas de las sociedades controladas que no son parte del grupo (accionistas externos), entre otros aspectos. Si bien el acuerdo para la firma de la convención es tomado por la junta general de accionistas de las sociedades miembro, es posible que se esté perjudicando a alguno de los accionistas y que este haya votado en contra, toda vez que el acuerdo puede haber sido tomado por la mayoría de accionistas y este último podría haber votado en contra del acuerdo.

4.3. Portugal

Es el *Código das Sociedades Comerciais*, o Código de Sociedades Comerciales, el que regula lo relacionado a los grupos de empresas en Portugal. En sus artículos 488º y 489º, da las pautas para la formación de grupos tanto de forma originaria como derivada.

En el primer caso, un grupo se forma desde que la sociedad matriz constituye una sociedad subsidiaria. Por el contrario, en el segundo caso, el grupo debe crearse cuando luego de seis meses la sociedad matriz sea la única accionista, directa o indirectamente, de la sociedad controlada, y la junta general acuerde que esta situación se mantenga en el tiempo. En este

caso, la administración de la sociedad controlada debe solicitar el registro del acuerdo de formación del grupo.

Innova esta norma cuando regula la posibilidad de que la sociedad controladora titular de más del 90% de las acciones representativas del capital social de la sociedad controlada, decida realizar una oferta a los demás accionistas para adquirir sus acciones, dentro de los seis meses siguientes a la comunicación de adquisición de tal porcentaje. Si el controlador no realiza dicha oferta de adquisición, los demás accionistas se lo pueden solicitar mediante comunicación escrita.

Otra manera de constituir los grupos de sociedades en Portugal es a través de contratos de subordinación regulados en el artículo 493º del este cuerpo normativo. La sociedad administradora está obligada a formar un grupo con todas las sociedades con las que ha suscrito un contrato de subordinación y con las sociedades de las que es controladora. En estos casos se regula también la posibilidad para los accionistas externos de observar este contrato, otorgándoles también un derecho de separación. Cabe resaltar que estos contratos de subordinación pueden además tener una cláusula de distribución de ganancias.

5. El caso peruano: los principales grupos en el Perú

En nuestro país no tenemos una regulación general para los grupos de empresas, más allá de un desarrollo sectorial en aquellas ramas del Derecho donde interesa obtener información sobre una sociedad regulada y sus relacionadas o para la obtención de ciertos beneficios.

Hoy día, muchas de las empresas más importantes del Perú han formado grupos empresariales. Esto es reconocido año tras año por “Perú Top 10,000”, publicación de Perú Top Publications que, desde 1986, publica manuales de información empresarial y *business books*, indicando los avances de las principales empresas del país, haciendo referencia también a sus principales funcionarios, los ingresos obtenidos en el año, entre otros datos que resultan de relevancia para el estudio de la economía del país. En las publicaciones se analizan las empresas en la economía nacional, relevando la información sobre su pertenencia a un grupo empresarial, con capital nacional, internacional o mixto.

En una entrevista a José Carlos Lumbreras, gerente de Desarrollo de Proyectos de Perú Top ⁵⁷, comenta que en los años 80 la economía del país estaba liderada por los conocidos “Doce Apóstoles” ⁵⁸, integrado por las familias más importantes del país quienes, a su vez, conformaban un grupo empresarial. Con la crisis del sudeste asiático, que afectó el acceso al crédito en países en desarrollo, algunos de esos grupos empresariales se vieron afectados. Ello permitió dar paso a nuevos grupos empresariales como protagonistas en la economía del país.

De los Doce Apóstoles originales, se mantuvieron el Grupo Romero y el Grupo Breca. A estos se sumaron los grupos Ajegroup, de la familia Añaños, Gloria (Grupo Rodríguez), Graña y Montero, entre otros. Como se observa en el cuadro que presentamos a continuación, entre los años 1989 y 2015, tanto los grupos principales como su ingreso promedio han variado en gran cantidad:

⁵⁷ SALAZAR VEGA, Elizabeth. “El poder económico en el Perú está representado por 12 grupos empresariales”. En: *Ojo Público*. 27 de julio de 2016. Revisión el 2 de julio de 2017. <https://ojo-publico.com/259/el-poder-economico-en-el-peru-esta-representado-por-12-empresas>

⁵⁸ Los “doce apóstoles” estaban compuestos por las familias Benavides de la Quintana, Brescia, Romero, Lanata Piaggio, Wiese, Bentín Mujica, Picasso Candamo, Raffo, Ferreyros Nicolini, Olaechea-Álvarez Calderón, Piazza Tangüis y Delgado Parker, quienes aparecieron dentro de los primeros lugares de la producción nacional en la publicación Perú Top 1.500, en el año 1985.

1989

2015

GRUPOS	Ingresos*	GRUPOS	Ingresos* ^
ROMERO	367.9	REPSOL	7,451
BRESCIA	196.1	BRECA	5,000
BENTÍN	179.7	ROMERO	4,500
NICOLINI	173.6	TELEFÓNICA	4,065
LANATA PIAGGIO	157.0	CENCOSUD	4,000
LA FABRIL	130.2	INTERCORP	3,900
HOCHSCHILD	139.4	CREDICORP	3,900
BUENAVENTURA	99.6	FALABELLA	3,579
WIESE	75.7	GRAÑA Y MONTERO	2,463
ARIAS DÁVILA	70.4	BBVA	2,460
FIERRO	40.3	GLORIA	2,142
RAFFO	27.8	BELCORP	2,000

Fuente: Peru: The Top 10,000 Companies

* Mils US\$

Sobre el poder económico que tienen los grupos empresariales en el país, el entrevistado menciona que ahora son doce grupos los que lo representan. Entre ellos se encuentran a los grupos nacionales Romero, Breca, Credicorp, Intercorp, Graña y Montero, Gloria y Belcorp, y a los grupos extranjeros Repsol, Telefónica, Cencosud, Falabella y BBVA. Como se menciona en la entrevista, estas empresas no destacan por el número de trabajadores o el tamaño del grupo, sino por el monto al que ascienden sus ingresos.

“Hay unos 10 millones de empresas registradas en Perú y, de estas, 3 millones en promedio siguen activas y solo unas 800 están bajo la administración de los grandes grupos económicos. De ellas, unas 120 empresas se mantienen en los primeros lugares por su facturación anual. Casi todo [sic] los productos que compramos o servicios que usamos son facturadas por ellas, sin que lo sepamos. [Solo los 12 primeros grupos facturaron unos US\$ 45 mil millones en el 2015]”⁵⁹.

⁵⁹ *Ibíd.*

En la misma línea, Durand, en su reciente estudio sobre grupos económicos, señala que solamente entre los grupos Romero, Brescia, Benavides, Ferreyros, Rodríguez-Pastor, Rodríguez Rodríguez, Añaños – Aje, Acuña, Flores, Dyer y Huancaruna, los que él señala como los grupos peruanos más importantes a la fecha, tienen el control de 235 empresas en el Perú, y muchas otras en el extranjero ⁶⁰.

Es importante resaltar que, de acuerdo con este experto, en los próximos diez años se espera que aparezcan otros grupos; sin embargo, los grupos más grandes de la actualidad seguirán siendo los que lideren la economía del país. De esta manera, se demuestra que hoy en día los grupos empresariales ocupan un lugar sumamente importante en la economía de nuestro país y que existe una proyección a que en el futuro seguirán existiendo.

6. Nuestra opinión sobre ¿qué es un grupo?

Teniendo en cuenta las opiniones y disposiciones legales recogidas y revisadas en las líneas precedentes, consideramos necesario elaborar, un concepto de lo que entendemos por grupo empresarial, que usaremos a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, es necesario precisar la terminología a emplearse, la que debe reflejar claramente la realidad económica en la que este fenómeno se desarrolla, así como alinearse con las características esenciales de los grupos.

⁶⁰ DURAND. Óp. Cit., p. 309.

En los hechos advertimos que los grupos involucran dos elementos que son presupuestos para su existencia: (i) conjunto de entes corporativos; y, (ii) una o más actividades económicas.

Por un lado, sobre el punto (i), dicho concepto puede ser resumido en el término 'grupo', cuya definición es ser una pluralidad de cosas que forman un conjunto ⁶¹. Por otro lado, respecto del punto (ii) un término que refleja claramente el desarrollo de una actividad económica es el de 'empresa', debido a que esta se define como una forma organizada de realizar actividades económicas de diversa índole ⁶². En ese sentido, el término que consideramos debe ser utilizado para hacer referencia a este fenómeno es grupo de empresas.

Respecto a las características de los grupos, coincidimos con los autores ya citados cuando identifican a tres características principales: (i) la autonomía jurídica; (ii) la relación de control; y, (iii) la dirección unificada.

Sobre el primer concepto, destacamos que cada empresa miembro debe gozar de personalidad jurídica distinta. A su vez, tratándose de una persona natural puede actuar como cabeza de grupo.

En referencia a la relación de control o de dominio es importante que esta característica sea efectiva y no sea solamente una posibilidad de tomar decisiones que afecten a la empresa miembro. Por temas de orden y para evitar confusiones en adelante utilizamos la palabra control. Este control no surge solo por el

⁶¹ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el término grupo se define como, entre otros, "*pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado*".

⁶² De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, el término empresa se define como, entre otros, "*unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos*".

porcentaje de participación que tiene uno de los accionistas sobre la sociedad, pues puede existir un control de hecho, donde una empresa tiene el control sobre otra, no por su participación accionaria, sino porque ejerce realmente la capacidad de decidir sobre el devenir de otra empresa mediante otros tipos de control por titularidad o, por un control que surja por la celebración de un contrato entre dos o más empresas, es decir, por control vía acuerdo de voluntades.

Por último, en cuanto a la dirección unificada, entendemos que ésta es un elemento esencial e ineludible de los grupos empresariales, puesto que el grupo requiere contar con una directriz que la lleve hacia un fin en específico: el beneficio de una sola o más empresas del grupo, o el beneficio de la totalidad de empresas miembro ⁶³.

Habiendo analizado las características de este fenómeno, reafirmamos que el término de grupo de empresas o grupo empresarial es el más idóneo. Adicionalmente, es preciso señalar que, al ser una característica que cada miembro del grupo tenga autonomía jurídica distinta del resto, es necesario que el término empresa englobe solamente a las organizaciones que realizan actividades empresariales a través de algún tipo de persona jurídica, el cual podría o no ser un tipo societario, dado que en la realidad personas jurídicas sin fines de lucro forman parte de ellos. Este sería el caso de la Fundación Wiese o la Fundación

⁶³ De forma excepcional, pueden encontrarse casos en los que no haya una dirección unificada definida. Así, puede darse el caso de un inversionista que constituye una determinada cantidad de sociedades con el único fin de realizar inversiones pasivas y percibir los resultados de sus operaciones sin concretizar en estas sociedades una dirección unificada a largo plazo. El único propósito en estos casos es el goce de los rendimientos existiendo en los hechos un grupo de empresas, pero no una dirección unificada.

Sin perjuicio de lo anterior, como advertimos en el siguiente capítulo, para el enfoque de la presente investigación, la dirección unificada es considerada como una característica común a los grupos de empresas, toda vez que es una fuente de conflictos en el ámbito societario. Al respecto, consideramos que esta dirección unificada tiene que ser plena, en todos los factores de actuación de la empresa y es más sólida o robusta cuando se ejerce desde la junta general de accionistas o socios.

BBVA, ambas parte de respectivos grupos empresariales pero constituidas como personas jurídicas no lucrativas ⁶⁴.

Queda entonces descartado el término de empresas vinculadas por ser muy amplio, el cual incluye a cualquier entidad que puede no tener la calidad de sujeto de derecho, como un consorcio o contrato de asociación en participación. Asimismo, tampoco son correctos los conceptos de grupos económicos, en tanto este término se utiliza normalmente para el cumplimiento de regulación financiera y bursátil, ni asociación de empresas, por no formar necesariamente un grupo, sino una relación comercial.

Ahora, sobre la definición de grupo empresarial, debemos indicar que, en nuestra opinión, el término interés grupal debe necesariamente formar parte del concepto, toda vez que es el elemento distintivo que le da a un conjunto de personas jurídicas el significado de grupo de empresas. De lo contrario, cualquier agrupación de personas jurídicas podría ser considerado como tal y, como mencionamos anteriormente, esto no sucede en todos los casos.

No estamos de acuerdo con los autores que definen al grupo empresarial como un resumen de las características de los grupos, toda vez que esto puede resultar en una conceptualización imprecisa del término. En otras palabras, consideramos que cuando se realiza una definición, se debe indicar qué es el objeto de definición, no cómo es. Esta distinción se evidencia en el lenguaje cuando se atribuyen significados distintos a las palabras “*sujeto*” y “*característica*”. Así, la primera se define como un ser o ente respecto del cual se predica algo y la segunda se refiere a una cualidad de distinción del ser o sujeto. En ese sentido, y

⁶⁴ Información disponible en: <http://www.fundacionwiese.org> y <http://fundacionbbva.pe/>

dado que es importante que el término grupo empresarial se encuentre definido de forma básica para conceptualizarlo correctamente, preferimos definir este término como un conjunto de personas jurídicas guiadas por un interés grupal.

7. Importancia de los grupos empresariales y justificación de estudio

El estudio de los grupos empresariales no se circunscribe al Derecho de Sociedades o ramas relacionadas al funcionamiento de las personas jurídicas, como relaciones contractuales, laborales o asuntos tributarios. También tiene importancia constitucional y económica, como exponemos en las siguientes líneas.

7.1. Importancia Constitucional

Los grupos empresariales y los derechos constitucionales tienen importante vinculación. En el artículo 2º, numerales 16 y 17, de la Carta Magna, se dispone el derecho de toda persona a la propiedad y a la participación en forma individual o asociada en la vida económica para lo cual el Título III del Régimen Económico establece claramente que:

Artículo 58º.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía 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.

Artículo 59º.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad

públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades [El subrayado es nuestro].

De estas disposiciones se desprenden diversas conclusiones que han dado lugar al desarrollo de cuantiosos trabajos y publicaciones, toda vez que suponen un cambio fundamental en el enfoque del funcionamiento del modelo económico del Perú. Para los fines que obedecen al objetivo del presente trabajo, nos limitamos a destacar una de las principales directrices transmitida por estas citas de la Norma Fundamental: la protección del derecho de propiedad, así como de la participación de las personas en la vida económica del país son labor del Estado.

Siendo ello así, la protección de estos derechos fundamentales tiene relación con los grupos empresariales puesto que, siendo su existencia una manifestación del derecho de propiedad, sus patrimonios van a verse debidamente explotados y protegidos. Los grupos empresariales y la constitución de otras sociedades son los instrumentos a través de los cuales los derechos constitucionales mencionados se ven concretizados en la realidad económica de nuestro país.

Por otro lado, reiteramos que son pilares de nuestro régimen económico: (i) que el Estado fomente la creación de riqueza; y, (ii) que nuestra economía sea una de mercado, lo que significa que el desarrollo de la misma se encarga al sector privado y la intervención del Estado debe ser mínima y solo en ocasiones justificadas.

Esta afirmación es relevante, debido a que el régimen económico y el rol del Estado en el fomento de la riqueza son elementos que permiten que el desarrollo de cada nación se vea concretizado. En otras palabras, el régimen económico es el que va a determinar que los peruanos podamos alcanzar un mejor nivel de vida materializado en aspectos como educación, salud, empleo, ahorro, entre otros.

Los grupos empresariales tienen en este aspecto una doble vinculación. Por un lado, son una manifestación concreta del régimen económico. Este régimen, al tener al sector privado como su mayor protagonista, brinda un escenario de actuación y fomento a los grupos empresariales, permitiendo su existencia y funcionamiento. Prueba de ello es que los grupos son, desde hace muchos años, una realidad en el ámbito económico. Por otro lado, estos están plenamente vinculados a la generación de riqueza, en tanto la creación de grupos ha sido y continuará siendo un instrumento muy usado para canalizar y proteger inversiones.

Ahora bien, toda vez que este trabajo tiene como propósito evidenciar la existencia de un problema que atañe a los grupos empresariales vinculado a la legislación societaria, así como ofrecer una solución al respecto, consideramos válido preguntarnos si la existencia de una regulación sobre grupos empresariales resulta contraproducente o no. Este cuestionamiento cobra relevancia puesto que, pese a la intención que puede tener el legislador, la normativa sobre determinada materia no siempre produce la solución anhelada; por el contrario, puede hasta crear un costo mayor de cumplimiento de las normas.

Al respecto, sujeto a un mayor desarrollo en los capítulos siguientes, consideramos que, pese a que existen derechos constitucionales que deben ser protegidos o tutelados en la formación de nuevas normas, el legislador siempre debe tener en cuenta una serie de aspectos adicionales, como en este caso en concreto, el funcionamiento del día a día de los grupos empresariales, su utilidad, su importancia y, en general, todo cuanto corresponde al desarrollo eficiente de una sociedad. De no ser así, la modificación normativa tendría un efecto no deseado: desincentivar la formación de grupos empresariales.

7.2. Aspectos económicos vinculados a la existencia de grupos empresariales

También es importante tener en cuenta los aspectos económicos involucrados en determinada materia, debido a que la economía es un aspecto que percibimos todos los días, sea en el precio de los productos de básico consumo, en la oferta laboral, la inversión pública, entre muchos otros.

En lo que respecta a la relación entre la economía y nuestra materia de estudio, el Derecho, la necesidad de entender las razones económicas se hace fundamental porque el Derecho proporciona las reglas a ser cumplidas por la sociedad, orientando su funcionamiento, sean las reglas eficientes o no desde una perspectiva económica.

Por ello, el legislador debe procurar la eficiencia económica de las normas. No obstante, no son pocas las ocasiones en las que el desarrollo económico, o sus principios, han avanzado en una dirección o sentido diferente al del curso que tomó el derecho en una determinada materia. Así, pueden citarse

claros ejemplos en los que la Economía y el Derecho no han concordado, como la regulación del sueldo mínimo o la limitación de deducciones para la determinación del Impuesto a la Renta. Estos casos demuestran que la eficiencia económica y los objetivos que perseguían o pretendieron perseguir las normas, no siempre son congruentes.

El caso de los grupos de empresas es uno de estos ejemplos. Como hemos mencionado en el punto 1 del presente capítulo, la regulación existente sobre grupos empresariales solamente está centrada en contadas ramas del Derecho, prácticamente enfocadas en que los grupos empresariales no sean un instrumento de abuso ni una forma de evadir las disposiciones generales o fines que buscan salvaguardar determinadas ramas del Derecho.

Dicho de otra forma, sea como consecuencia del actuar de empresas parte de un grupo o de los prejuicios que los legisladores tuvieron en mente, la legislación sobre grupos empresariales ha operado más con el fin de limitar la actuación de los grupos o proteger a terceros de las posibles consecuencias de esta, en lugar de identificar los puntos positivos del funcionamiento de grupos empresariales y fomentarlos.

Sin embargo, aún con el tratamiento legislativo recibido, los grupos empresariales forman parte importante de la actividad económica de diversos países, no siendo el Perú una excepción, tal y como se ha analizado en apartados anteriores.

Al respecto, enfocándonos en los aspectos económicos de los grupos empresariales, se ha indicado que estos no tienen una utilidad determinante

como medio de concentración, puesto que podrían existir otro tipo de mecanismos, como la fusión, si no que tienen utilidad por razones económicas, siendo que:

“[E]l grupo de sociedades ha de verse sobre todo como una forma de empresa -la empresa policorporativa- y, bajo este punto de vista, entenderse como una respuesta organizativa de las fuerzas del mercado a las exigencias de racionalización que impone el crecimiento de las empresas en dimensión, complejidad, nivel de actividades e implantación territorial”⁶⁵.

En esta medida, se han citado algunas razones para la formación de grupos de sociedades, siendo las más comunes la diversificación del riesgo, la especialización de actividades, la flexibilización de la organización y por imposiciones legales.

En primer lugar, la diversificación de riesgo puede ser tanto por actividad como por ámbito geográfico⁶⁶. En cuanto a la realizada por actividad, esta se lleva a cabo cuando el empresario no desea que el riesgo de una actividad pueda poner en peligro otra. Por ejemplo, si una persona desea invertir en el sector construcción y también en el sector de servicios empresariales, podría hacerlo a través de una sola sociedad, existiendo la posibilidad que una desaceleración o crisis en uno de los sectores afecte la rentabilidad de otro.

Sin embargo, si es que el empresario de nuestro ejemplo decide llevar a cabo la misma inversión en los mencionados sectores, pero a través de dos

⁶⁵ PAZ-ARES, Cándido. “Uniones de empresas ...” Óp. Cit., p. 236.

⁶⁶ Ibídem.

sociedades diferentes, la crisis o los problemas en un sector de la inversión no afectarían los resultados que se obtienen en otra sociedad que opera en un sector diferente. Esta afectación no se llevaría a cabo debido a la limitación de responsabilidad al patrimonio comprometido en cada sociedad.

Por otro lado, el fundamento de limitación del riesgo por razones geográficas está referida a los *riesgos asociados a cada una de las economías nacionales o regionales* ⁶⁷. Este es un factor de notoria importancia en nuestro país, dado el riesgo político y social que muchas veces sufre la inversión privada. Por ejemplo, en los últimos años el sector minero ha sufrido muchos altibajos, los cuales, si bien se deben a la variación en los precios de los minerales, también tuvieron como motivo la paralización de diversos proyectos. Por estas razones muchos inversionistas extranjeros no actúan directamente a través de sucursales, sino que constituyen una subsidiaria que canalizará la inversión y que absorberá los eventuales resultados negativos de la misma.

En segundo lugar, en cuanto a la especialización de actividades, esta se origina debido a la gestión y manejo de diversas actividades de manera más eficiente a través de estructuras jurídicas independientes ⁶⁸. Por ejemplo, si una determinada actividad económica se canaliza a través de una sola sociedad, es más simple para sus administradores que el patrimonio limitado sea solo utilizado en los fines de esta sociedad, situación que no sucedía cuando dos o más actividades estaban concentradas en una sola sociedad. Esta estructura puede darse en una empresa de tecnología, quienes podrían canalizar las áreas de investigación y desarrollo de nuevas tecnologías en

⁶⁷ *Ibidem.*

⁶⁸ *Ídem.*, p. 327.

una subsidiaria o en una sociedad afiliada que permita tener un personal especializado y un presupuesto especial. En ese sentido, en caso que las innovaciones no resulten como se esperaban, las pérdidas podrían ser asumidas solamente por el capital de la que se dedica exclusivamente a este objeto.

Por otro lado, la flexibilización de la organización, llamada así por Paz-Ares ⁶⁹, está referida a la posibilidad de que empresas independientes sean más fáciles de administrar y por tanto más eficientes. Ello obedece a razones netamente económicas, debido a que cada día crece más la tendencia a que los administradores o directores de las empresas sean más especializados en el sector donde estas operan, para así generar mayores beneficios. Será más probable que un Directorio o Gerencia más especializados tomen decisiones más acertadas en los negocios por el conocimiento que poseen sobre el tema en cuestión, que un Directorio conformado por personas con experiencias en otros rubros de negocio.

También, como sugiere Pamplona Hernández ⁷⁰, la distribución de riesgos, responsabilidades y capitales son elementos a tener en cuenta al momento de la conformación de grupos empresariales. Este autor señala que:

“[L]a estructura grupal simplifica y consolida las gestiones sociales al centralizar los recursos de los diversos elementos agrupados (y de la sociedad) y evita, al mismo tiempo, el gigantismo, el que es contrario a la especialización que exige atender ciertos nichos del mercado. La figura de

⁶⁹ Ibídem.

⁷⁰ PAMPLONA HERNÁNDEZ, Armando. “Grupo de sociedades mercantiles: el fenómeno de las sociedades controladoras y controladas”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 92. Lima: Editora de Normas Legales S.A., 2008, pp. 409-410.

los grupos de sociedades permite una dimensión óptima de concentración empresarial, una reducción de costos y una mayor eficiencia en tiempo y en recursos, al menos en comparación con lo que implica llevar a cabo gestiones únicas y aisladas” ⁷¹.

Otra razón de formación de grupos empresariales es la indicada por Paz-Ares⁷², quien se refiere a que las exigencias legales, o beneficios legales especiales, pueden generar la existencia de grupos empresariales. Así, en nuestro país, solo por citar un ejemplo, tenemos el caso de la Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, Ley No. 27037 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 103-99-EF, normativa en la cual se establecen, entre otros, diversos beneficios tributarios bajo ciertas condiciones a las empresas establecidas en la Amazonía. Uno de los requisitos para gozar de determinado beneficio es que la actividad principal de la empresa sea alguna de las listadas en las normas, o al menos esta actividad produzca el 80% de los ingresos de la empresa.

Claramente, si es que una empresa de gran tamaño considera invertir en la Amazonía y acogerse a los beneficios de la Ley No. 27037 y su Reglamento, no podrá realizarlo actuando solamente a través de la sociedad que concentra todas las actividades, debido a que (i) ni estará establecida en la Amazonía; (ii) ni más del 80% de sus ingresos provendrá de alguna de las actividades listadas. Por ello, para gozar de los beneficios de promoción de la inversión tendrá que crear una sociedad vehículo para realizar la inversión en la Amazonía. Un claro ejemplo de ello es la constitución de sociedades subsidiarias o afiliadas en las regiones de la Amazonía, como el caso de

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² PAZ-ARES, Cándido. “Uniones de empresas ...” *Óp. Cit.*, p. 237.

Embotelladora la Selva S.A., empresa subsidiaria de Arca Continental Lindley ⁷³.

En adición a lo apuntado anteriormente, se ha planteado la novedosa idea de que en nuestros días vivimos tiempos de economía terciaria ⁷⁴, lo cual significa que los servicios han ocupado un lugar predominante en la economía, brindándose en mayor cantidad que los productos industriales. Esto ha sido impulsado por el desarrollo de las finanzas y la tecnología, así como los servicios profesionales propiamente. Según este postulado, la predominancia de los servicios ha impulsado que la tercerización tenga un rol más activo, habiendo separado la funciones estratégicas y financieras, de las operativas. Esta separación se habría traducido en la creación de nuevas sociedades por cada función de producción, lo que a su vez genera la existencia de grupos.

Otro factor importante a tener en cuenta son los socios estratégicos. Hoy en día, muchos sectores requieren de inversionistas que pueden aportar bienes diferentes al dinero, como *know how*, experiencia en el sector, influencia en el mercado, signos distintivos, marcas, patentes, etc. Los inversionistas que normalmente se asocian con este tipo de socios no siempre van a desear que estos sean parte del accionariado del grupo, pudiendo así participar de las utilidades de varias empresas del grupo, sino solamente de la línea de negocio en la que están invirtiendo o en un sector en específico. En otras palabras, los inversionistas desean tener socios estratégicos en un negocio

⁷³ Información disponible en: <http://www.arcacontinentallindley.pe/nuestra-produccion.php>

⁷⁴ GALGANO, Francesco; ROITMAN, Horacio; LEÓN ROBAYO, Edgar Iván y LÓPEZ CASTRO, Yira. *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, pp. 26-36.

sin hacerlos partícipes de otros que nada tienen que ver con el sector de la economía en la que se desarrollan.

Asimismo, la globalización es otro fenómeno que produce la creación de grupos, en tanto cada vez más los mercados, salvo muy pocas excepciones, están menos aislados, siendo la tendencia que las economías se encuentren más integradas. De esta forma, inversionistas de diversas partes del mundo pueden encontrar atractiva una plaza que se encuentra en un país diferente al que pertenecen, viéndose así en la necesidad de establecer subsidiarias en el país que desean invertir. Es gracias a este proceder que se crean sociedades, formando poco a poco un grupo con el fin de canalizar inversiones.

Finalmente, no debemos olvidar que, en ocasiones, invertir o mantenerse en una compañía puede ser riesgoso, independientemente si es que el sector en el que opera es atractivo o si los resultados de ejercicios anteriores han sido positivos. Nos referimos a que determinadas características de una sociedad pueden hacerla no atractiva, optándose por la formación de una nueva sociedad para realizar otras actividades. Por ejemplo, existen compañías que cuentan con un sindicato muy fortalecido y que normalmente ha sido adverso a reformas en las empresas. Otro ejemplo son los pasivos que la empresa podrían enfrentar en el futuro, tales como los laborales o tributarios que, si bien no se tienen que afrontar de inmediato, podrían materializarse con eventuales fiscalizaciones de las autoridades administrativas.

Sea cual fuere la razón, siempre dependerá del empresario evaluar qué razones pueden llevarlo a conformar un grupo empresarial, por lo que mal

haríamos en pretender establecer una lista taxativa de razones que den origen a la creación de estos. Por lo tanto, es evidente que los grupos empresariales son una realidad económica que ha avanzado y se ha desarrollado al margen del aspecto jurídico.

7.3. Justificación de estudio

A raíz de lo expuesto en los puntos anteriores, estamos en condición de realizar dos afirmaciones: (i) los grupos empresariales involucran la concretización y protección de derechos constitucionales vinculados al ámbito empresarial y sus agentes; y, (ii) la existencia de grupos empresariales tiene justificación en razones económicas que influyen en la decisión de los agentes y son positivas para la generación de mayor riqueza. Estas afirmaciones nos permiten sostener la relevancia de la investigación sobre grupos empresariales, la cual se ve reforzada por la data proporcionada anteriormente sobre los grupos empresariales y su magnitud en la economía local.

En adición a ello, el estudio de los grupos empresariales también tiene asidero en un concepto que va más allá de las razones económicas de su creación. Este encuentra su fundamento en la utilidad que tiene el estudio de la empresa en general, la cual puede realizarse desde diversos enfoques, correspondiéndonos el jurídico.

Al igual que la Economía, ciencia que procura la utilización más eficiente de recursos para un mayor beneficio, el Derecho, entre otros, busca un mayor beneficio en la sociedad basándose en principios y disposiciones. Como hemos mencionado, a veces ambas materias no conversan; sin embargo,

ello no suprime la importancia que tiene la sola investigación en alguna de ellas.

Sin quitar mérito a otras ramas del derecho, la investigación en Derecho de Sociedades tiene una trascendental importancia, pues ella regulará el funcionamiento de las empresas, utilizando cualquiera de los tipos societarios existentes. Son estas reglas las que van a permitir, limitar o conducir el desarrollo de las sociedades y coadyugarán al desenvolvimiento de la economía de cada nación; tendrán un papel protagónico en la generación de riqueza y desarrollo del país, metas perseguidas por el régimen económico del texto constitucional.

Pese a ello, en nuestro país, la investigación y el trabajo académico en Derecho de Sociedades y en general, en Derecho de la Empresa o Derecho Comercial, no se han desarrollado de manera plena. La misma suerte ha tenido el estudio de la empresa como factor de desarrollo, pese al entusiasmo vigente por el emprendimiento empresarial.

Esta afirmación ya ha sido apuntada, señalándose que:

“[E]xistiría un conjunto de impedimentos institucionales y profesionales que van desde una tendencia entre los científicos sociales a favorecer la investigación en los grupos menos favorecidos, pasando por la relativa falta de interés en los economistas (y consiguientemente en las agencias multilaterales) de estudiar las firmas, hasta la relativamente débil tradición de investigación en las en las escuelas de negocios de la región”⁷⁵.

⁷⁵ KARCHER, Sebastian y SCHNEIDER, Ben Ross. “La política de las empresas en Latinoamérica: investigando sus estructuras, preferencias e influencia”. En: *Apuntes: Empresas y grupos económicos*. No. 70. Vol. XXXIX. Primer Semestre. Lima: Centro de Investigación Universidad del Pacífico, 2012, pp. 21-23.

Sea por las razones indicadas o por otras de diversa índole, el resultado es que el estudio de las empresas se encuentra relegado en el ámbito académico, especialmente en el Derecho y Perú no es la excepción a esta afirmación. Para verificarlo, solamente es necesario revisar la escasa existencia de programas de apoyo a la investigación, siendo aún más crítico que los pocos existentes privilegian determinados enfoques o materia de investigación no cercanos a las empresas o aspectos relacionados.

Justamente, la presente investigación es un intento por contribuir a acortar la brecha existente entre la importancia y realidad económica de la empresa y su estudio, aportando, aunque sea breve y específicamente, una investigación sobre los grupos empresariales y el Derecho de Sociedades. Sin embargo, dado nuestro enfoque, centrado en exclusiva en los deberes de la administración en el grupo de empresas, aún queda mucho camino por recorrer solamente en el fenómeno del grupo de empresas en el Derecho de Sociedades ⁷⁶, quedando aún mayor espacio en esta rama del Derecho para el desarrollo de trabajos académicos sobre diversas materias relacionadas con el Derecho y la Economía.

En los siguientes capítulos desarrollamos los problemas con los que tienen que lidiar los grupos de empresas, haciendo hincapié en los temas relacionados con su administración, centrándonos en su causa, así como proponiendo finalmente una solución.

⁷⁶ Para un desarrollo de postulados más amplios sobre los grupos empresariales y el derecho, puede consultarse: ECHAÍZ. *Los grupos de empresas. Bases para....*

CAPÍTULO II: LOS GRUPOS EMPRESARIALES Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

En el capítulo anterior desarrollamos la definición de grupo empresarial, así como sus principales características y la importancia de su estudio. Corresponde ahora analizar la regulación societaria sobre la responsabilidad de la administración y los problemas que surgen a raíz del conflicto entre el marco normativo sobre esta materia y las actividades que desarrollan normalmente los grupos empresariales.

La responsabilidad de la administración de las personas jurídicas no ha sido desarrollada en exclusiva por el Derecho de Sociedades. Además de las disposiciones societarias que desarrollamos en este capítulo, están vigentes, a modo de ejemplo, normas del Código Tributario ⁷⁷ que tipifican supuestos de responsabilidad solidaria de los administradores de personas jurídicas e, inclusive, de entidades que carecen de personería jurídica, respecto del pago de la deuda tributaria de los contribuyentes. En líneas generales, el Código Tributario señala que existe responsabilidad solidaria para los administradores que obraron con dolo, negligencia grave o abuso de facultades.

Por otro lado, el artículo 198° del Código Penal ⁷⁸, regula el delito de administración fraudulenta ⁷⁹, que guarda especial relación con la función de los administradores, sancionando acciones u omisiones que realicen en perjuicio de las personas jurídicas o de terceros, tales como ocultar información, proporcionar datos falsos sobre la persona jurídica, omitir comunicar una situación de conflicto de interés, usar en provecho propio

⁷⁷ Cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo No. 133-2013-EF.

⁷⁸ Promulgado por Decreto Legislativo No. 635.

⁷⁹ Es importante tener en cuenta que los administradores, por su función, pueden verse involucrados en otro tipo de delitos regulados en el Código Penal. Asimismo, los administradores también pueden ser pasibles de imputación de los delitos consignados en regulaciones especiales como la Ley Penal Tributaria.

o de otro el patrimonio de la persona jurídica, entre otros. Este delito se condena con pena privativa de la libertad de uno a cuatro años.

Además de los casos anteriores, puede existir responsabilidad para los directores y gerentes de las sociedades por actos u omisiones relacionados a temas laborales y financieros, sin perjuicio de que exista responsabilidad en otros ámbitos tutelados por el ordenamiento jurídico. En el primer caso, encontramos que puede imputarse responsabilidad penal al gerente general de una sociedad, o al funcionario responsable de la seguridad y salud en el trabajo de la misma, cuando por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo, Ley No. 29783, y su Reglamento, Decreto Supremo No. 005-2012-TR, ocurre un accidente de trabajo. Respecto a la responsabilidad por temas financieros, se indica en el artículo 87° de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley No. 26702 que los directores titulares y los suplentes son especialmente responsables por aprobar operaciones y adoptar acuerdos con las infracciones que dispone esta ley, omitir la adopción de medidas necesarias para corregir las irregularidades en la gestión, entre otras.

Se puede advertir, entonces, que la responsabilidad de la administración es un aspecto que ha tenido, tiene y tendrá relevancia en diversas ramas del Derecho. No obstante, para efectos de la presente investigación nos centramos en el desarrollo legislativo y doctrinario de la responsabilidad de la administración en el caso de las sociedades anónimas, desde el punto de vista del Derecho Societario y, puntualmente, de la regulación sobre responsabilidad del Directorio y la Gerencia y los diferentes supuestos problemáticos encontrados al aplicarla a los casos de los administradores que integran un grupo empresarial.

Cabe resaltar que en este capítulo nos centramos en el análisis de la responsabilidad societaria de los administradores de la sociedad anónima. En ese sentido, no abarcamos otro tipo de responsabilidades como la penal o la administrativa.

1. Estado actual: La responsabilidad de la administración en la Ley General de Sociedades N° 26887

En la introducción del presente capítulo, señalamos que la investigación se circunscribe a la responsabilidad de la administración de las sociedades anónimas reguladas por la LGS, pues este tipo societario cuenta con una regulación más nutrida y específica sobre cómo deben actuar los administradores, así como las consecuencias que acarrea su incumplimiento. Por el contrario, en otros tipos societarios, e inclusive en otros tipos de personas jurídicas distintas a las sociedades, no encontramos una regulación tan completa, e incluso se realizan remisiones al tratamiento legislativo de las sociedades anónimas.

La presencia de esta regulación de las sociedades anónimas nos permite desarrollar cuáles son los principales conflictos en el contexto de los grupos empresariales y proponer soluciones a los mismos.

Al respecto, aunque en principio no debiera ser necesario que una norma regule el modo de actuar del Directorio y de la Gerencia, y que estos solamente debieran sujetarse a controles de mercado o de competencia, es preciso recalcar la opinión de Fernando de Trazegnies, quien señala que *“las normas sobre responsabilidad de los administradores responden a esta [una] necesidad de orden y exigibilidad social que, aunque limiten ciertas conductas y coloquen cartas sobre ciertas*

decisiones, no están hechas para recortar la libertad, sino precisamente para hacer que la libertad fluya en sus máximas capacidades” ⁸⁰.

Partiendo de la correcta apreciación que realiza De Trazegnies, el artículo 152° de la LGS dispone que la administración de las sociedades se encuentra a cargo del Directorio y la Gerencia, cada uno encargado de funciones diferentes. En ese sentido, en lo seguido, realizamos una descripción de la regulación aplicable a cada uno de los órganos de administración. Asimismo, describimos los deberes que se les imponen y las cuestiones relevantes sobre la responsabilidad establecida en la LGS para los miembros del Directorio y la Gerencia.

1.1. El Directorio

El artículo 172° de la LGS confiere al Directorio facultades de gestión y representación suficientes para administrar la sociedad en el marco de su objeto social, salvo para aquellas materias que, en la ley o en el estatuto, correspondan a la junta general de accionistas. En ese sentido es claro que, siendo que el Directorio es el órgano principal de administración de una sociedad, le corresponde dirigir y supervisar el buen funcionamiento de la sociedad y el desempeño de la Gerencia, definiendo el camino que debe seguirse para que se satisfaga el objeto social.

Para el cumplimiento de sus funciones, el artículo 171° de la LGS ⁸¹ establece que los directores deben actuar “*con la diligencia de un ordenado*

⁸⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. “La responsabilidad de los directores de sociedades”. En: *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*. No. 2-3, 2005-2006, p. 188.

⁸¹ Artículo 171° de la LGS
“*Los directores desempeñan el cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal. Están obligados a guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso, aun después de cesar en sus funciones*”.

comerciante y de un representante leal". Además, la LGS establece en su artículo 177° ⁸² que los directores son responsables por (i) los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos que realicen contrarios a la ley o el estatuto o cuando actúen con dolo, abuso de facultades o negligencia grave; (ii) el incumplimiento de los acuerdos de junta general de accionistas; y, (iii) las irregularidades cometidas por los directores que los han precedido y que estos hayan conocido, solidariamente. Puede afirmarse que existe igual responsabilidad frente a omisiones que ocasionen daños a la sociedad. En los casos anteriores, los directores son responsables frente a la sociedad, los accionistas y los terceros.

La misma norma establece la forma en la que la sociedad, los accionistas y terceros afectados pueden demandar los daños y perjuicios sufridos en su artículo 181° y 182°. En el primero, se establece que pueden iniciar una acción de responsabilidad social para que los administradores respondan por los daños causados a la sociedad. En el segundo caso, se permite que los accionistas y terceros puedan iniciar una acción individual de responsabilidad para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios que se puedan haber causado a sus intereses directamente.

1.2. La Gerencia

⁸² Artículo 177° de la LGS

“Los directores responden, ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaren por escrito a la junta general”.

Este órgano forma la otra parte de la administración de las sociedades, pudiendo estar conformado por uno o más gerentes. Su función principal es la de ejecutar el plan de acción fijado por el Directorio de la sociedad para la consecución del objeto social y es el encargado de que las actividades del día a día de la sociedad sean realizadas de la mejor manera.

De acuerdo con el artículo 188° de la LGS, existe plena libertad para que los accionistas y/o los directores de las sociedades delimiten en el estatuto o mediante acuerdo expreso las funciones del gerente general. No obstante, en el mismo artículo se establece que salvo disposición expresa en el estatuto, o acuerdo expreso de Junta General de Accionistas o del Directorio, poseen facultades de representación para actividades del día a día.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el recientemente modificado artículo 14° de la LGS señala que, salvo estipulación expresa en contrario, el gerente general o los administradores de la sociedad gozan de todas las facultades generales y especiales necesarias para que puedan representar a la sociedad en las actividades que realice para el cumplimiento de su objeto social.

Por otro lado, en el artículo 190° de la LGS ⁸³ se establecen los supuestos en los que los gerentes responderán por los daños y perjuicios ocasionados

⁸³ Artículo 190° de la LGS

“El gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave.

El gerente es particularmente responsable por:

- 1. La existencia, regularidad y veracidad de los sistemas de contabilidad, los libros que la ley ordena llevar a la sociedad y los demás libros y registros que debe llevar un ordenado comerciante;*
- 2. El establecimiento y mantenimiento de una estructura de control interno diseñada para proveer una seguridad razonable de que los activos de la sociedad estén protegidos contra uso no autorizado y que*

en incumplimiento de sus funciones o por actuar con dolo, abuso de facultades o negligencia grave frente a la sociedad, los accionistas y los terceros. Asimismo, el artículo 191°⁸⁴ hace responsable solidario al gerente junto a los directores cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de estos o cuando, conociendo la existencia de estos actos, no informe sobre ellos al Directorio o a la junta general.

En este caso, se regula para los gerentes generales el mismo régimen de responsabilidad que para los directores (artículo 189°), pudiendo ser demandados por los daños y perjuicios que se ocasionen por sus actos u omisiones.

1.3. Deberes fiduciarios

Cuando el artículo 171° de la LGS dispone que el comportamiento del director debe ser el de un “ordenado comerciante” y un “representante leal”, está imponiendo deberes de conducta al director, llamados normalmente deberes fiduciarios⁸⁵ o, más específicamente, una “pauta o regla general de

todas las operaciones son efectuadas de acuerdo con autorizaciones establecidas y son registradas apropiadamente;

3. La veracidad de las informaciones que proporcione al directorio y la junta general;

4. El ocultamiento de las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad;

5. La conservación de los fondos sociales a nombre de la sociedad;

6. El empleo de los recursos sociales en negocios distintos del objeto de la sociedad;

7. La veracidad de las constancias y certificaciones que expida respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad;

8. Dar cumplimiento en la forma y oportunidades que señala la ley a lo dispuesto en los artículos 130 y 224; y,

9. El cumplimiento de la ley, el estatuto y los acuerdos de la junta general y del directorio”.

⁸⁴ Artículo 191° de la LGS

“El gerente es responsable, solidariamente con los miembros del directorio, cuando participe en actos que den lugar a responsabilidad de éstos o cuando, conociendo la existencia de esos actos, no informe sobre ellos al directorio o a la junta general”.

⁸⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Ídem., p. 193.

conducta en el desempeño de la función de director, apreciable según las circunstancias de cada caso concreto” ⁸⁶.

Implícitamente, del artículo 171° se desprende la existencia y exigencia de los deberes de diligencia y de lealtad, que constituyen “*una especie de patrón de conducta o regla de lealtad con la sociedad, debiendo comportarse permanentemente en función del interés social y no en función del interés personal, debiendo guardar reserva de los negocios de la sociedad y de la información social a la que tengan acceso, aún después de cesar en sus funciones*” ⁸⁷. A estos dos deberes, Paz-Ares agrega el *deber de independencia* al que explica como “*no tan indulgente como la responsabilidad por negligencia ni tan severo como la responsabilidad por fraude*” ⁸⁸, el cual busca que los directores actúen como lo haría un Directorio independiente idealmente.

De acuerdo al análisis efectuado por Alan R. Palmiter ⁸⁹, hay una relación entre la existencia de un deber de independencia sobre los directores y la generación de riqueza como consecuencia de las decisiones que tomen los mismos. En concordancia con estos dos últimos autores, creemos que la finalidad de exigir independencia a los directores se debe a que un director, o administrador en general, independiente estará en mayor capacidad de que su conocimiento como experto en negocios no se vea influenciado por

⁸⁶ PALMADERA ROMERO, Doris. *Manual de la Ley General de Sociedades: un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias*. Segunda edición. Gaceta Jurídica: Lima, 2011, p. 294.

⁸⁷ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. *Manual de Derecho Societario*. Grijley: Lima, 2009, p. 168.

⁸⁸ PAZ-ARES, Cándido. “Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores. Reflexiones para la reforma legal en Latinoamérica”. En: *The Third Meeting of the Latin American Corporate Governance Roundtable*. México, 2002, pp. 30-31.

⁸⁹ PALMITER, Alan R. “Reshaping the Corporate Fiduciary Model: A Director’s Duty of Independence”. En: *Texas Law Review*. Vol. 67, número 7, 1989, pp. 1446-1448.

el vínculo que tiene con uno o más accionistas, y pueda tomar decisiones más congruentes con su función y la situación concreta de la sociedad.

Cabe resaltar que este deber, si bien no está expresamente reconocido en nuestra legislación societaria, puede desprenderse de lo dispuesto en el artículo 173º de la LGS, el cual menciona que los directores que hayan sido elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y demás accionistas, y que su actuación no puede limitarse a defender los intereses de quienes los eligieron.

En otros países, se considera además como deber fiduciario al deber de rendición de cuentas, el cual es la *“base implícita del mandato que supone la gestión social. Este deber vincula a la administración con sus resultados, obligando al administrador a presentar las memorias de su gestión en los períodos y en las condiciones establecidas por la sociedad”*⁹⁰. También se consideran como deberes fiduciarios los deberes de fidelidad y de secreto, que aluden a la defensa del interés social sobre cualquier otro interés y al de guardar secreto sobre las informaciones confidenciales, aún después de cesar sus funciones⁹¹, respectivamente.

Para nosotros, estos dos últimos están contenidos en los deberes de diligencia y lealtad, toda vez que estos son los dos deberes principales que se exigen a los administradores, mientras que los otros podrían observarse como obligaciones específicas de los directores o los gerentes. En el caso especial del referido deber de independencia, se trata de las situaciones de

⁹⁰ TAVERAS, José Luis. “Los deberes fiduciarios de la gestión social”. En: *Gaceta Judicial*. Santo Domingo. Consulta: 29 de enero de 2019. URL: <http://www.gacetajudicial.com.do/derecho-comercial/deberes-fiduciarios-gestion-social.html>

⁹¹ *Ibídem*.

conflicto de interés, que se analizarán más adelante, en las que cobra mayor importancia. En nuestra opinión, y para efectos del presente trabajo, se debe considerar como accesorio al deber de lealtad.

Debido a que estos deberes fiduciarios se encuentran regulados en el capítulo correspondiente al Directorio de las sociedades anónimas en la LGS, caben dos interpretaciones: (i) que tales deberes sean aplicables solamente a los directores de sociedades anónimas; o, (ii) que los deberes fiduciarios sean aplicables a todo aquel que cumpla la función de administrador de una persona jurídica, lo cual, en el caso de las sociedades anónimas incluiría al Directorio y a la Gerencia. Nosotros sostenemos la segunda forma de interpretación puesto que, si bien los administradores – directores y gerentes – cuentan con funciones distintas, estos administran los bienes de propiedad de una persona jurídica independiente cuyo patrimonio les ha sido confiado. Consecuentemente, consideramos que no hay razón para distinguir entre un cargo y el otro, y los deberes fiduciarios deberían ser aplicados a todo tipo de administradores de una sociedad anónima.

Estos deberes obligan a los administradores a cumplir una participación efectiva en la toma de decisiones de las sociedades, así como abstenerse de participar en situaciones en las que pueda haber conflictos de intereses, y sin que tomen provecho de su condición ventajosa de director para obtener un beneficio personal.

Asimismo, los deberes fiduciarios protegen al accionista, puesto que, sobre todo en el caso de los directores, sus funciones no son específicas, con lo cual la garantía de que tomarán las mejores decisiones para la sociedad, sin

considerar su propio beneficio ni el de terceros, son la diligencia y la lealtad con la que deben actuar en favor de la sociedad.

1.3.1. Deber de diligencia

El deber de obrar con cuidado, o de diligencia, demanda a los administradores de las sociedades a que “*invieran una determinada cantidad de tiempo y esfuerzo y desplieguen un cierto nivel de pericia en la gestión o supervisión de la empresa a fin de maximizar la producción de valor*”⁹². Por esta razón, este deber está vinculado con dos temas importantes: (i) la experiencia o requisitos que debe cumplir o tener quien ocupe el cargo de administrador; y, (ii) el actuar del mismo, es decir, si tienen la dedicación necesaria para el desarrollo de las actividades que exige la sociedad.

La diligencia que se exige a los administradores es mayor a la del común de las personas puesto que, al ser ellos los directamente encargados de la administración, deben cumplir sus obligaciones bajo el parámetro del “*ordenado comerciante*”, en específico, del sector concreto en el que realiza su actividad⁹³.

1.3.2. Deber de lealtad

⁹² PAZ-ARES, Cándido. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”. En: *Ius et Veritas. Número 27*. Lima, 2003, p. 204.

⁹³ MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús. “El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas”. En: *Cuadernos de Derecho y Comercio. Número 16*, 2016, p. 43. De la misma opinión es DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Óp. Cit., p. 194.

Este deber implica que, en su actuar, los directores y los gerentes deben tomar decisiones cuyo principal objetivo es el mejor interés de la sociedad, para lo cual debe subordinar sus intereses propios⁹⁴. Así, una de las premisas principales cuando se evalúa el comportamiento de un administrador, es que este no debe promover decisiones societarias que impliquen un mayor beneficio para sí mismo o para uno o un grupo específico de accionistas. Por esta razón, siempre que el administrador tiene o pueda tener un interés personal sobre una decisión en la que está involucrado, deberá abstenerse de aprobarla o probar que la decisión es una transacción adecuada, pertinente o justa que sirve al mejor interés social⁹⁵.

Aparte de ello, debe abstenerse de hacer u omitir todo lo que vulnere la confianza que le dan los accionistas, además de defender los intereses que le han sido confiados. El deber de lealtad implica que el administrador actúe de buena fe y con honradez en las transacciones societarias en las que tienen poder para decidir en el lugar de la sociedad o sus accionistas.

En pocas palabras, los administradores

“no deben actuar con el fin de satisfacer su propio interés como enfrentado o en conflicto con el de la sociedad o de sus accionistas globalmente y, consiguientemente, no deben usufructuar o tomar ventaja de los procesos societarios, programas, negocios, operaciones, transacciones, contratos, etc., en el propio beneficio –

⁹⁴ PAZ-ARES, Cándido. Loc. Cit.

⁹⁵ MIGUENS, Héctor. “El deber de lealtad de los directores societarios en los Estados Unidos”. En: *Derecho Comercial y de las Obligaciones: revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. Buenos Aires, 2010, p. 111.

como puede ser, por ejemplo, en el mantenimiento del control societario en sus propias manos – en detrimento de la sociedad y de los accionistas colectivamente” ⁹⁶.

Es importante señalar que existen ciertos casos en los que el administrador de una sociedad se encuentra en medio del interés de uno o más accionistas, o de sí mismo, y el interés de la sociedad, situaciones que se conocen como conflicto de intereses. Cuando se manifiesta un conflicto de interés, el administrador estará obligado a actuar y priorizar el deber de lealtad que tiene para con la sociedad, toda vez que solo así va a preferir el interés de esta última para dar cumplimiento a su deber.

Es en estos casos, además, que el deber de independencia cobra mayor importancia, puesto que las decisiones deben ser tomadas para que, realmente, sean convenientes para la sociedad, actuando como si no existieran intereses distintos a los de la sociedad, es decir, como si fueran verdaderos administradores independientes y sin intereses opuestos al de la sociedad.

Para que se configure el conflicto de intereses no es relevante la intención de causar un perjuicio para la empresa, sino que el socio o administrador busque un beneficio para sí mismo o de algún tercer relacionado. Así, el artículo 180° de la LGS ⁹⁷ – la única referencia

⁹⁶ Ídem, p. 109.

⁹⁷ Artículo 180° de la LGS

“Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieran conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta.

sobre los conflictos de interés entre administradores y empresas – indica que estos “*no pueden adoptar acuerdos que no cautelen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo*”.

A manera de resumen, los administradores no pueden tomar decisiones que vayan en contra de la sociedad de la cual ellos son parte, debiendo buscar siempre lo mejor para esta ⁹⁸, siguiendo de esta manera el llamado interés social. Tomando esto en consideración y aplicándolo al caso de los grupos de sociedades, los administradores deben priorizar los intereses de la sociedad que administran sobre los intereses que puedan tener sus accionistas, terceros u otras sociedades parte del grupo.

1.4. La finalidad de la regulación de la administración de las sociedades y el interés social

Como se adelantó en la sección anterior del presente capítulo, la actuación de la administración de las sociedades se regula por una necesidad de orden y exigibilidad social. Con ello se busca hacer “*que la libertad fluya con sus máximas capacidades, no permitiendo que las libertades se obstruyan entre*

El director que en cualquier asunto tenga interés en contrario al de la sociedad debe manifestarlo y abstenerse de participar en la deliberación y resolución concerniente a dicho asunto.

El director que contravenga las disposiciones de este artículo es responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director”.

⁹⁸ PALMADERA, Doris. Óp. Cit., p. 328.

sí, de manera que todos resulten siendo menos libres” ⁹⁹. Es necesario entonces que las normas indiquen la manera en la que deben comportarse los administradores, sobre todo porque son los encargados del funcionamiento de las sociedades, las cuales se manejan con inversiones – en muchos casos– de personas distintas a quienes la administran.

Así, es preciso introducir un concepto que debe estar presente cuando se regula la actuación de la administración: el interés social. Antes de establecer su relación, es importante destacar que, en nuestra legislación, este concepto se encuentra reconocido implícitamente en el artículo 180º, al establecer que un conflicto de interés de los directores se da cuando estos tienen intereses opuestos al interés social; no obstante, nuestra norma societaria no contiene una definición exacta de lo que se debe entender como interés social propiamente.

Este concepto se ha desarrollado en doctrina, estableciéndose que, de forma general, el interés social es *“el interés para cuya realización existe la sociedad y para cuya satisfacción deben ser orientados todos los actos de sus órganos”* ¹⁰⁰. De manera más específica, surgen teorías que le dan al interés social diversos contenidos, las cuales explicamos a continuación.

Por un lado, de acuerdo con la teoría contractualista, el interés social es aquel que *“tuvieron los socios al constituir la sociedad, lo que originó su vinculación y que se propusieron obtener mediante ella”* ¹⁰¹. En otras

⁹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Óp. Cit., p. 188.

¹⁰⁰ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas: estudio de derecho comparado*. Lima: Montoya Manfredi, 1975, p. 69.

¹⁰¹ *Ibíd.* Al respecto, también MARTÍNEZ-CORTEZ GIMENO, Jesús. Óp. Cit., p. 45. y PAZ-ARES, Cándido. Óp. Cit., p. 241.

palabras, interés social es lo que la mayoría de accionistas busca, o buscaba al momento de la constitución de la sociedad, conseguir con el desarrollo del negocio social. Para Francesco Galgano, el interés social es aquel que está dentro del esquema causal del contrato de sociedad, poniendo como ejemplos a la maximización de la eficiencia productiva de la empresa, de la ganancia o del dividendo. Asimismo, dicho autor define al interés extrasocial como uno distinto a la causa del contrato de sociedad ¹⁰².

Por otro lado, de acuerdo con la visión institucional, el interés social es el interés de la sociedad, entendido como un sujeto de derecho diferente a sus accionistas ¹⁰³. Cabe resaltar en este punto el comentario de Mónica G.C. de Roimiser, quien señala que hablar de un interés de la sociedad es una

“imposibilidad natural y, al mismo tiempo, lógica, ya que el concepto de “interés” se refiere siempre a una actitud propia del hombre. El interés, en efecto, no puede sino corresponderle a la persona física, al ser humano; está necesariamente vinculada a la realidad natural, y no es propia de una abstracción lógica como es el concepto de sociedad. En la hipótesis de estar referido a un grupo de personas, no existe, como veremos más adelante, un único interés sino pluralidad de ellos: el interés es siempre individual, y es en virtud de ello que la fórmula “interés social” sólo puede interpretarse como una comodidad verbal” ¹⁰⁴.

Aparte de ello, para conocer el interés social, se indica que este *“debe inferirse de toda la actividad societaria y de todos sus órganos”*, dado que,

¹⁰² GALGANO, Francesco. *La società per azioni*. Tercera Edición. Bologna: Zanichelli, 1978, p. 165.

¹⁰³ EMBID IRUJO, José Miguel. “Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español”. En: *ADVOCATUS*. Número 17, 2007, p. 66.

¹⁰⁴ DE ROIMISER, Mónica G.C. *El interés social en la sociedad anónima actual*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 52.

si bien la ley y el estatuto de la sociedad deberían ser los encargados de ello, son insuficientes para determinar su alcance real en situaciones no previstas ¹⁰⁵.

Además de lo ya mencionado, el interés social es un concepto dinámico, toda vez que sus accionistas pueden cambiar; así como las circunstancias económicas, políticas y sociales en las cuales se encuentra el país donde la sociedad realiza sus actividades. En este sentido, el entorno en el cual se constituyó la sociedad no es el mismo que aquél en el cual se desarrolla, o en el cual esta va hacia su liquidación ¹⁰⁶.

En nuestra opinión, no puede negarse que la sociedad es un instrumento mediante el cual los accionistas realizan actividades económicas y generan beneficios para sí mismos (utilidades). No obstante, es necesario recalcar que la sociedad es un sujeto de derecho distinto a los accionistas, y que esta no está solo conformada por accionistas con un mismo porcentaje de participación y con las mismas expectativas respecto a la sociedad, sino que está conformada por personas que tienen diversas necesidades, por lo cual, como bien menciona Roimiser, no se va a poder tener un solo concepto de interés social.

Entrando a la relación con los administradores, estos tienen que buscar el beneficio de la sociedad, toda vez que pese a que existan accionistas que tengan relación con alguno de los directores, estos deben actuar en cumplimiento del deber de lealtad. Si no fuera así, las sociedades no serían

¹⁰⁵ MOLINA SANDOVAL, Carlos. "Accionistas con interés contrario al interés social". En: *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. Número 237, 2009, p. 6.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 7.

más que vehículos por los cuales se beneficia a los accionistas mayoritarios y ningún minoritario querría participar de una sociedad compartida. Así, el interés social es aquel que la sociedad posee sin que deba primar el interés de sus accionistas.

En ese sentido, el interés social de una sociedad debe entenderse como el conseguir la maximización de la ganancia de la sociedad, lo cual le debe permitir continuar con la realización de sus actividades y desarrollar su objeto social. Por ello, los administradores, sin importar si se encuentran relacionados con accionistas mayoritarios o minoritarios, deben buscar llegar a esa finalidad. No está prohibido ni es incorrecto que en un Directorio encontremos 2 directores de un accionista mayoritario y 1 de los minoritarios. Lo que sería incorrecto, y que iría en contra de los deberes fiduciarios ya descritos, es que estos directores elegidos por los mayoritarios tomen acuerdos que no vayan en la búsqueda del beneficio de la sociedad (hacia el interés social), sino que busquen beneficiar directamente a los accionistas que los eligieron, tomando así decisiones como contratación en caso de conflictos de interés, el no reparto de dividendos perjudicando a los accionistas minoritarios, entre otros, los cuales ampliamos más adelante.

2. El caso de los grupos de sociedades y la responsabilidad de la administración

Habiendo ya descrito el régimen general aplicable a la administración de las sociedades anónimas, en específico, sobre sus funciones, deberes y los supuestos en los que existe responsabilidad, es preciso aplicar dicha regulación al caso concreto de las sociedades que integran un grupo empresarial.

En principio, cada sociedad, matriz o subsidiaria, tendrá órganos de administración a los cuales se les aplicarán las normas que hemos desarrollado en la sección anterior. Teniendo esto en consideración, es importante evaluar si la aplicación directa del régimen legal es correcta, o si, por el contrario, genera problemas al ya no tratarse de sociedades independientes económica y administrativamente, sino solo jurídicamente.

En nuestra opinión, cuando se aplican directamente las normas de responsabilidad de la administración y se les imponen los deberes fiduciarios a los administradores de sociedades parte de un grupo, sin considerar el caso especial en el que se encuentran, se generan problemas en la responsabilidad que cada uno de ellos estaría asumiendo. Consideramos, de modo preliminar, que estos se generan debido a que el hecho de que la sociedad forme parte de un grupo de empresas acarrea un cambio en el funcionamiento de la administración de la misma, en tanto se encontrará sujeta a lineamientos que excedan la figura de la sociedad y respondan a necesidades del grupo como conjunto.

2.1. Ley General de Sociedades vs. Grupos de sociedades: Descripción del problema

Los problemas que surgen al encontrarnos frente a un grupo de sociedades han sido materia de estudio y desarrollo por diversos operadores jurídicos alrededor del mundo. Así Fuentes, respecto de la sociedad controladora, indica que “[l]a construcción jurídica de una responsabilidad directa de la matriz frente a sus sociedades filiales por los daños que para ellas puedan derivarse de la dirección unitaria ha representado tradicionalmente el núcleo de los esfuerzos de toda la jurisprudencia, doctrina y legisladores que se

han acercado a la problemática del grupo" ¹⁰⁷. En nuestra jurisdicción, así como la doctrina y jurisprudencia sobre este tema es escasa, así, en la presente investigación identificamos los problemas que existen mayormente en las sociedades filiales en la medida que, en nuestro país, no se reconoce la actuación grupal legislativamente, por el contrario, la regulación de sociedades considera una sociedad independiente jurídica, económica y administrativamente.

En las siguientes líneas, desarrollamos los problemas que se generan a raíz de que las sociedades se encuentren en la situación de grupo, para luego determinar la responsabilidad que podría tener la administración de una sociedad controlada en el contexto de un grupo, y ofrecer soluciones al respecto.

2.1.1. Accionistas minoritarios o externos

Los accionistas minoritarios o externos son aquellos que poseen acciones en una o más sociedades de un grupo, pero que no forman parte del mismo. Así, su inversión está solamente relacionada patrimonialmente con la sociedad en la que participan; sin embargo, le afectarán las políticas del grupo, sean o no positivas para la sociedad en la que invierten. En la misma línea, Echaiz indica que, en principio, los accionistas externos invierten su patrimonio pensando en obtener ganancias por dicha inversión; “[s]in embargo, *el panorama cambia cuando la susodicha empresa [la sociedad controlada] es integrante de un grupo, en tanto éste (guiado exclusivamente por el*

¹⁰⁷ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de...* Óp. Cit., p. 231.

interés grupal) adopta decisiones que no siempre coincidirán con las expectativas de los inversionistas minoritarios” ¹⁰⁸.

Al respecto, podemos identificar dos peligros que tienen los inversionistas minoritarios: (i) el desplazamiento patrimonial, el cual

“implica la acumulación o aglutinamiento excesivo de beneficios o perjuicios en una empresa, so pretexto de satisfacer el interés grupal, a tal punto que podría transcurrir el tiempo sin que varias empresas experimenten “mejoría” porque están destinadas (o condenadas) a hacer prosperar al máximo a la empresa del grupo que cuenta con un futuro más promisorio [...]” ¹⁰⁹;

y, (ii) la ausencia de información, lo que significa que, al no ser del grupo, no tiene el mismo grado de acceso a la información como sí lo tiene un accionista parte del grupo, toda vez que normalmente los administradores son elegidos por las empresas del grupo ¹¹⁰.

En ese sentido, vemos que la situación de los minoritarios en una sociedad de grupo es menos ventajosa respecto de aquellos minoritarios que participan en una sociedad independiente. No solamente estarán en el supuesto de no tener porcentaje suficiente para la toma de decisiones de la sociedad, sino que, en este caso en específico, los demás accionistas (mayoritarios – parte del grupo) no tienen el desincentivo de perjudicar a la sociedad, toda vez que el perjuicio patrimonial (pérdida de la inversión o no obtención de las ganancias esperadas) que le cause la sociedad pueden compensarla con la ganancia de otra del mismo grupo. Esta ganancia podrá ser

¹⁰⁸ ECHAIZ MORENO, Daniel. “Los grupos de empresas ...”. Óp. Cit., p. 35

¹⁰⁹ Ídem., p. 36

¹¹⁰ Ibídem.

generada por una obtención de beneficios en la misma transacción o en otra, pero que en general le permita al accionista generar una maximización de su inversión en las sociedades del grupo.

Si bien en principio una posible alternativa a este problema sería el ejercicio del derecho de separación, debe atenderse que, de acuerdo a la LGS, este solamente podrá ejercerse en algunos casos señalados por esta norma ¹¹¹, entre los cuales encontramos la modificación del objeto social o los supuestos de reorganizaciones societarias. Estos no abarcan la gama de acciones o decisiones que puede acordar la junta o el Directorio, que podrían terminar en un perjuicio para los accionistas externos.

Adicionalmente, cuando se ejerce dicho derecho, se realiza el reembolso de las acciones por un valor que no necesariamente podrá ser el valor que se obtenga en el mercado. Al respecto, la LGS señala que el reembolso podrá ser: (i) a un valor fijado por las partes; (ii) a su valor de cotización en bolsa; o, (iii) al que resulte de dividir el patrimonio sobre el número de acciones. En el caso del acuerdo, el valor fijado no podrá ser superior al indicado en (ii) o en (iii), según corresponda.

Esto puede causar un perjuicio grande para los accionistas, debido a que el monto recibido no siempre cubre la expectativa de crecimiento del valor de la inversión reflejada en el precio de la acción. Señalamos ello en la medida que el valor en libros es una foto al día del ejercicio

¹¹¹ Artículo 200° de la LGS.

del derecho, mas no toma en cuenta otras variables como el desarrollo de la actividad de la sociedad, o el panorama económico del país. En el caso del valor de cotización, si bien el mercado ofrece un precio más cercano a la realidad que en el caso del valor en libros, debe tenerse en cuenta que en nuestro país el número de empresas que cotizan es reducido en comparación a las que no lo hacen, manteniéndose el problema ¹¹². Además, el valor de cotización es volátil, puesto que hay diversos factores ajenos a la sociedad que hacen que el precio de la acción suba, caiga o se mantenga.

De esta forma, de producirse un conflicto entre los accionistas minoritarios o externos al grupo y los accionistas pertenecientes al grupo, advertimos que la LGS no contempla mecanismos de protección para los primeros. Este perjuicio puede traducirse en demandas de responsabilidad contra la administración que ejecutó actos ordenados por la junta general de accionistas, que a criterio de los minoritarios afectaron a la sociedad o a ellos mismos, siempre y cuando los minoritarios afectados tengan el porcentaje necesario para realizarlo.

2.1.2. Los acreedores

El caso de los acreedores tiene como eje principal el derecho de los mismos; es decir, el crédito que puedan tener contra una sociedad en particular. En este punto, es importante preguntarnos si es que debe diferenciarse entre el caso específico de una sociedad que pertenece

¹¹² Al respecto, al mes de abril del 2019, menos de 300 empresas cuentan con valores listados en la Bolsa de Valores de Lima, según la página web de esta institución.

a un grupo de empresas de otra que no. La distinción permitirá evaluar si es que existe algún problema en las transacciones que normalmente realizan las empresas de un grupo que pueda perjudicar a sus acreedores.

Al respecto, es conocido que la contratación se basa en la contraposición de intereses de una parte con otra. Por ejemplo, en un arrendamiento, el arrendador y el arrendatario tienen cada uno distintos intereses: por un lado, uno procurará cobrar la mayor suma de dinero posible por la cesión del bien; mientras que, por el otro lado, el eventual arrendatario intentará obtener el menor precio en la negociación. En el caso de un grupo empresarial, se ha mencionado que *“puede ser perfectamente racional que una sociedad «subsidiaria» a otra transfiriéndole recursos en condiciones más ventajosas que las del mercado”* ¹¹³. Así, se infiere que entre las actividades que realizan las empresas de un mismo grupo, no media comúnmente una contraposición de intereses, toda vez que nos encontramos ante una misma esfera económica, siendo que lo único autónomo en este caso es la esfera jurídica.

¿Cómo puede afectar esto el derecho de los acreedores? Al ser posible que no exista una contraposición de intereses, las partes de una negociación entre empresas del mismo grupo pueden terminar afectando a una de ellas, alterando su estabilidad económica. Esto se traduce en la puesta en peligro de los créditos en los cuales la empresa afectada es deudora. Nótese en este punto que, de acuerdo a la LGS,

¹¹³ PAYET, José Antonio. “Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías” En: *THEMIS*. No. 46, 2003, p. 95.

los mecanismos que tienen los acreedores para salvaguardar sus derechos no son muchos, siendo válida la anotación de Paz-Ares, quien señalando cuál es una de las principales razones para proteger a los acreedores de empresas de grupo sostiene que “[l]a *única pretensión que tienen los acreedores es que la sociedad observe las normas sobre defensa del capital (evitando su descapitalización)*” ¹¹⁴.

Esta opinión puede ser trasladada a nuestro escenario local, en vista de que los acreedores de una sociedad solamente tienen derecho de oposición a aquellos actos que puedan resultar en la descapitalización de la misma, como, por ejemplo, una reducción de capital, o que pongan en peligro el patrimonio de la sociedad como consecuencia de una reorganización societaria, en caso de fusión o escisión. Así, quedan fuera de protección otras operaciones que también pondrían en peligro el patrimonio de la sociedad, como por ejemplo compra o venta de bienes o utilización de servicios a un precio mucho menor al de valor de mercado.

El riesgo al derecho de los acreedores tiene origen en que en las empresas de grupo la *“disminución de independencia económica redundante en la imposibilidad de administrar autónomamente el patrimonio social. Un patrimonio posible de ser puesto en riesgo, entre otros, por la permeabilidad patrimonial de unas sociedades con otras, es un hecho que termina cuestionando directamente la función de garantía del capital social”* ¹¹⁵. De esta forma, la garantía que brinda el capital social a los acreedores ve afectada su concreción en los

¹¹⁴ PAZ-ARES, Cándido. “Uniones de ...”. Óp. Cit., p. 247.

¹¹⁵ FALCONI CANEPA, Julio. Óp. Cit., p. 144-145.

hechos cuando nos encontramos frente a una sociedad perteneciente a un grupo.

Este, a grandes rasgos, es el problema que tendrán que enfrentar los acreedores de sociedades parte de un grupo de empresas.

2.1.3. Conflictos de intereses

Como adelantamos al describir el conflicto de interés en la sección anterior del presente capítulo, esta clase de problemas tiene protagonistas claros: las sociedades contratantes y las personas que están detrás de las decisiones que son ejecutadas por las sociedades. En las relaciones entre estos protagonistas, el principal eje de conflicto es la presencia en el grupo de sociedades de una *“pluralidad de intereses presentes en ellos y del posible o posibles conflictos que entre los mismos pueden surgir”*¹¹⁶.

Así, *“[e]l supuesto de autocontrato típico en un grupo de sociedades sería el del administrador que lo es de la matriz y de la filial y establece una relación comercial entre ambas, que es resultado de la impartición de las instrucciones vinculantes”*¹¹⁷. También se denomina a este tipo de transacciones como *“operaciones vinculadas, esto es, aquellas celebradas entre la sociedad y una persona (física o jurídica) que tiene capacidad de influencia en la toma de decisiones relativa a esa precisa operación o transacción”*¹¹⁸. Sea cual fuere la denominación, el hecho

¹¹⁶ EMBID IRUJO, José Miguel. “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”. En: *Revista de Derecho Mercantil*. No. 249 (julio – setiembre), 2003, p. 79.

¹¹⁷ BUSTILLO TEJEDOR, Luis. Óp. Cit., p. 48.

¹¹⁸ MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús. Óp. Cit., p. 58.

es que se produce la contratación entre dos sociedades que pertenecen al mismo grupo, pudiendo ambas compartir la administración a través de las mismas personas, o mediante diferentes personas, pero sujetas a un control superior común.

Para mayor apreciación de qué tipos de transacciones están comprendidos en esta problemática, pensemos en un asunto específico, como el arrendamiento de una maquinaria de alto costo, u otro bien, entre sociedades de un mismo grupo empresarial, en el cual la arrendadora será la sociedad A y la arrendataria la sociedad B. En un supuesto ideal entre sociedades independientes, ambas sociedades buscarán optimizar el interés de cada una, procurando las mejores condiciones para cada una. No obstante, en el caso de sociedades pertenecientes al mismo grupo, la contraposición de intereses descrita podría desaparecer, primando muchas veces el interés del grupo empresarial y no de la sociedad en particular que está arrendando el bien. Así, en nuestro ejemplo, la contraprestación por el arrendamiento podría darse a un valor distinto al de mercado, subvaluado o sobrevaluado, en función a cuál es la sociedad cuyo interés se busca satisfacer. En este escenario, la administración de la sociedad perjudicada tendría la difícil tarea de cumplir con el mandato de sus superiores en el grupo y al mismo tiempo dar cumplimiento al mandato de la LGS sobre los deberes fiduciarios, encontrándose una situación desfavorable. El mismo problema enfrentaría una administración cuando dirija dos sociedades al mismo tiempo, las cuales formen partes opuestas en un contrato.

El ejemplo descrito grafica claramente lo indicado por Ernesto Eduardo Martorell, quien señala que

“al integrarse una sociedad en el seno de un grupo surgen para los directivos de la misma un doble orden de lealtades, ya que –por una parte- al asumir como administradores sociales adquieren frente a la compañía que han de gestionar naturales deberes de lealtad, mientras que –por la otra- si han sido nominados por el “grupo de control”, también adquieren deberes de lealtad ante este último” ¹¹⁹.

De esta forma, el problema que enfrentará la administración de sociedades es que deben salvaguardar el interés de la sociedad a la cual pertenecen y deben al mismo tiempo seguir órdenes de superiores (administradores del grupo) o salvaguardar otro interés de la sociedad que es la otra parte de una transacción en particular.

Este problema puede ser perjudicial para los administradores, en el sentido que *“el deber de lealtad impone a los administradores la obligación de no privilegiar sus intereses personales o los de un tercero frente al “interés social” de la sociedad”* ¹²⁰.

2.1.4. Otros

Los problemas descritos en los párrafos anteriores son los reconocidos principalmente en doctrina. No obstante, existen también

¹¹⁹ MARTORELL, Ernesto Eduardo. Óp. Cit., p. 220.

¹²⁰ SABOGAL, Luis Fernando. “La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo”. En: *Revist@ E-Mercatoria*. Vol. 13. No. 2., 2014, p. 183.

otros asuntos conflictivos que han sido desarrollados, y que vale la pena listar.

En primer lugar, se ha mencionado que hay casos en los que “*la formación del grupo afecta al corazón del negocio, es decir, cuando conduce a hurtar a la sociedad matriz y, por tanto, a sus accionistas el control directo de partes sustanciales de la explotación*”¹²¹. Este problema se encuentra referido a las situaciones en las que la sociedad matriz pierde el control del negocio o que este es desmembrado. En este supuesto, además de ello, hay otras situaciones problemáticas como la desvalorización de los otros negocios del grupo como consecuencia de la inserción en el mismo.

La perspectiva de este problema se enfoca en la inconveniencia resultante de la formación del grupo que existiría en los miembros de la sociedad matriz.

En segundo lugar, es conocido el caso de los actos *ultra vires* realizados en el seno de operaciones intragrupales. Así, algunas sociedades, para garantizar las obligaciones de sociedades del mismo grupo, otorgan garantías de diverso tipo, o cesiones a título gratuito, entre otros actos, que no se encuentran en su objeto social. A pesar de ello, estos actos son aprobados en muchas ocasiones por el Directorio, sin tener en consideración que de esta manera se está perjudicando no solo a la sociedad (por la posibilidad de una

¹²¹ PAZ-ARES, Cándido. “Uniones de ...”. Óp. Cit., p. 240.

contingencia financiera), sino también a accionistas y acreedores indirectamente.

Consideramos que estos actos solo tendrían sentido en el marco de un grupo de sociedades gracias a la dirección unificada y el interés en común en las sociedades miembro.

En tercer lugar, se ha indicado que

*“los acuerdos o prácticas concertadas [entre sociedades de un mismo grupo] pueden consistir en fijar los precios de adquisición o venta u otras condiciones de transacción en limitar la producción, el desarrollo técnico o las inversiones, en repartirse el mercado o las fuentes de provisión entre los competidores o en general en aplicar prácticas comerciales discriminatorias que determinen desventajas en términos de competencia para las empresas no adherentes al acuerdo”*¹²².

En nuestra opinión, este supuesto, si bien podría ser pasible de responsabilidad (tanto para la empresa como para los administradores), el eventual perjuicio a la competencia deberá ser analizado en cada caso en concreto bajo parámetros como la posición de dominio, la concentración del mercado, entre otros que exceden el objetivo de la presente investigación.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el proceder de las entidades financieras, quienes otorgan créditos corporativos o líneas de crédito, los cuales son aprobados en virtud de la capacidad financiera del

¹²² SALAZAR MUÑOZ, Manuel. “Breve acercamiento a la disciplina de los grupos de sociedades en Europa. El caso de los acuerdos internos anti competitivos”. En: *Foro jurídico*. No. 04, 2005, p. 60.

grupo, con garantía de los activos del mismo. En este escenario, una sociedad puede asumir más deuda de la que una sociedad individual podría, gracias a que cuenta con el respaldo de los activos del grupo. Esta situación, que podría generar un sobreendeudamiento, afectaría eventualmente derechos de terceros.

Los problemas descritos a lo largo de esta sección no ocurren sin generar responsabilidad. Como está diseñada la LGS, y como describiremos en el siguiente punto, los administradores son los que normalmente podrían sufrir las consecuencias de estos actos, toda vez que el Directorio es el órgano que aprueba estos actos o en todo caso los ejecuta, así como, aunque en menor medida, la Gerencia.

2.2. Consecuencia de los problemas en el caso de los grupos: Responsabilidad de la administración de las empresas dominadas

Como mencionamos anteriormente, los administradores deben actuar en todo momento en virtud del interés social, el cual no puede excluir el interés de la sociedad.

No obstante, como analizamos anteriormente, existen ciertos supuestos en los cuales las operaciones realizadas por sociedades pertenecientes a un grupo no serían llevadas a cabo siempre en pro del interés social sino en beneficio del grupo. Como estos actos son aprobados, o ejecutados, por la administración de la sociedad ¿cuál es su responsabilidad? ¿es lo mismo haber aprobado una operación perjudicial que haber omitido pronunciarse sobre la misma cuando no se intervino en ella, pero se tomó conocimiento de la misma?

La LGS señala que los directores responden por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

Cuando se indica que los directores responden por los “acuerdos” y “actos”, entonces la LGS circunscribiría la responsabilidad a las decisiones (responsabilidad por comisión y no omisión), entendiéndose que los acuerdos o actos tuvieron que ser tomados o ejecutados por el Directorio.

No obstante, se indica que la responsabilidad por esos actos o acuerdos se produce por supuestos “*contrarios a la ley*”, al “*estatuto*” o los realizados con “*dolo*”, “*negligencia grave*” o “*abuso de facultades*”.

El “*dolo*”, sin ánimo de encarar el arduo debate sobre su alcance en materia civil, se circunscribe a supuestos en los cuales se determina el notorio direccionamiento del actuar de un director en perjuicio de la sociedad. En cuanto a la “*negligencia grave*”, esta engloba los supuestos de errores groseros que un director no podría cometer en virtud de su posición de experto en negocios. Asimismo, el “*abuso de facultades*” tiene más claridad respecto de su alcance: hacer más allá de lo que se está permitido, supuesto en el cual el objeto social juega un rol fundamental al delimitar el marco de decisión de la administración. Del mismo modo, si es que se quiere señalar cuándo se incumple con lo dispuesto en el estatuto, basta con revisar el mismo para determinar cuál es la falta.

Sin embargo, cuando la LGS señala que la responsabilidad es por actos o acuerdos “*contrarios a la ley*” entonces la situación de los administradores

se complica, pasando a un escenario en el que cualquier incumplimiento de una disposición de la LGS sobre el actuar de los directores generaría responsabilidad.

En este punto, la respuesta es lógicamente una: si el director según el artículo 171º de la LGS debe tener la diligencia de un “ordenado comerciante” y un “representante leal”, entonces la función debe ser una similar a la de un experto en negocios que administre un patrimonio o empresa como si fuera suya (aplicación del deber de lealtad). Si no cumple con ello, es responsable por los daños causados.

Entonces, ¿cuál es la conclusión? Si tomó el acuerdo o participó del mismo, pero no se opuso, es responsable. Sin embargo, si toma conocimiento y no manifiesta su disconformidad, también lo es por mandato del artículo 178º de la norma citada.

Ahora bien, ¿es responsable el director por acción y omisión? Pese a la redacción del artículo 177º, el 178º deja en claro que los directores solo pueden eximirse de responsabilidad cuando se oponen al acto (habiendo participado de él o tomado conocimiento del mismo), por lo que la responsabilidad alcanza al director que “hace” como aquel que “no hace” pero que tampoco se opone a una situación perjudicial, cuando esta va a ser aprobada por el Directorio o cuando conoció el hecho, a través de una carta notarial.

Por otro lado, en el caso del gerente, este responderá por incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades o negligencia grave. La ley no establece ninguna norma de exención de responsabilidad, por lo que este

será responsable tanto por los actos como por las omisiones que realice en cumplimiento de sus funciones, sin excepción.

Entonces, ¿qué pasa en el caso de los grupos de sociedades? La decisión que puede ser perjudicial para una sociedad en particular generaría responsabilidad de los directores o gerentes que tomaron esta decisión o la ejecutaron por mandato, sin importar el beneficio que el grupo pueda tener, en la medida que este no está considerado como un supuesto de exención de responsabilidad. Por el contrario, los administradores deben privilegiar el interés de la sociedad a la cual representan.

Ahora bien, ¿qué pasa si es que el director o el gerente no está de acuerdo, pero no manifiesta su disconformidad por órdenes o recomendaciones de órganos de la administración o de la junta general de la sociedad matriz? Este supuesto tampoco está considerado como una forma de eximir de responsabilidad a la administración de la sociedad. En ese sentido, se encontrarían en una situación en la cual tendrán que obedecer o poner el cargo a disposición.

En nuestra opinión, es necesario que estas situaciones sean analizadas por el legislador, con la finalidad de buscar un sistema de responsabilidad acorde con el especial funcionamiento de los grupos de sociedades, los cuales han rebasado las disposiciones de la LGS. Debe tenerse en cuenta que este conflicto es de urgente solución, toda vez que, de acuerdo al artículo 177º de la LGS, y como desarrollamos en este capítulo, el universo de personas o sujetos, así como las situaciones subyacentes, que pueden reclamar responsabilidad solidaria e ilimitada a los administradores es

amplio: la sociedad, los accionistas y cualquier tercero que vea vulnerado sus derechos.

Si bien el objetivo es el descrito en el párrafo anterior, primero es imprescindible encontrar la causa de estos problemas; es decir, el desfase de la norma sobre las operaciones de los grupos de sociedades. Luego de encontrar este origen y explicarlo, podemos ofrecer una solución al respecto, siendo imprescindible para ello echar mano de los trabajos avanzados en otras legislaciones, como la brasilera o la alemana, así como los valiosos aportes doctrinarios sobre la viabilidad de estos sistemas.



CAPÍTULO III: UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN: RECONOCIENDO EL INTERÉS

GRUPAL

1. El origen de los problemas: La no regulación del interés grupal

Los problemas descritos en el capítulo anterior, que inciden en la responsabilidad que pueda imputarse a los administradores, tienen como causa principal el conflicto entre la realidad económica del país y el diseño de una de las instituciones de la LGS: el interés social.

Al respecto, Pierre-Henri Conac sostiene que:

“Traditionally, national company law has been based on the premise that a company is an autonomous legal entity, separate from others, even if they are controlled by the same company. This latter is called the parent company while the formers are called the subsidiaries. This is certainly exact from a legal perspective but it is not from an economic perspective, since the reality is that these legally independent companies constitute one enterprise, and the subsidiaries are or can be subject to instructions from the parent company” ¹²³.

Efectivamente, según la opinión del autor, lo cual es aplicable a la legislación nacional, una sociedad, según el diseño de la LGS, es tratada como una entidad independiente a cualquier otra, aislada como centro de imputación de derechos y obligaciones. No obstante, en los hechos, tal y como puede ser corroborado con lo indicado en el Capítulo 1, si bien como persona jurídica una sociedad es un

¹²³ CONAC, Pierre-Henri. “Director’s duties in groups of companies – legalizing the interest of the group at the European level”. En: *European Company and Financial Law Review*. Vol. 10. Issue 2, 2014, pp. 194-226.

nuevo sujeto de derecho, desde una perspectiva económica es un instrumento más dentro de un engranaje económico. ¿Qué significa esto? Que *“the interest of the group is different from the interest of each company which is part of the group. This situation creates a tension between the interest of the subsidiary and the interest of the group”* ¹²⁴.

Esta tensión se traduce en la problemática descrita en el capítulo anterior. De acuerdo con Embid Irujo, esta situación es denominada el *“conflicto de grupo”*, el cual se traduce en la tensión entre los intereses de terceros ajenos u opuestos al interés del grupo y el interés del grupo mismo, que tiene como trasfondo la legitimidad de la actividad empresarial en sí misma ¹²⁵. En nuestra opinión, y siguiendo a los autores citados, la solución al problema identificado debe centrarse en buscar la articulación entre (i) la realidad económica en la que se desarrollan los grupos de sociedades, y (ii) los derechos que necesitan ser tutelados, como es el caso de los accionistas externos al grupo y los acreedores sociales.

No obstante, la solución a los problemas debe tomar en consideración no solamente la existencia en sí de un grupo, sino principalmente el rasgo fundamental de los mismos, el cual es el interés grupal.

1.1. ¿Qué es el interés grupal?

Como bien lo define María Luisa de Arriba Fernández, *“el interés grupal es el parámetro que ha de guiar a la sociedad matriz en la dirección del grupo*

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ EMBID IRUJO, José Miguel. “Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el Ordenamiento Jurídico Español”. En: *La Modernización del Derecho de Sociedades de Capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. p. 415.

de la misma manera que el interés social guía a los socios y administradores de una sociedad en el desarrollo de la actividad social” ¹²⁶.

Este interés no tiene reconocimiento, ni implícito ni explícito, en nuestra LGS, puesto que en esta norma ni siquiera se hace referencia al concepto de grupo de sociedades. Al no reconocerse ni al grupo de sociedades ni al interés grupal, nuestra legislación no está tomando en cuenta que existen otros motivos que subyacen al comportamiento de los agentes económicos en el país, a través de entidades corporativas como las sociedades. Así, se está dejando de lado lo que bien menciona de Arriba sobre el interés grupal, comparándolo con el interés social que sí se reconoce en nuestra norma societaria:

“el interés de grupo se manifestará en la búsqueda del máximo beneficio del conjunto, aunque no necesariamente de todos los miembros del colectivo grupal. En otras palabras, y a semejanza de lo que ocurre en cualquier empresa, globalmente considerado el grupo busca la máxima rentabilidad, la obtención del máximo beneficio, aunque para ello ha de perjudicar a alguno de sus miembros. Lo mismo ocurrirá en una empresa no grupal puesto que, en ocasiones, la necesidad natural de buscar y obtener los mayores beneficios posibles, obliga a sacrificar secciones enteras de una empresa, aún cuando puedan resultar rentables y más si no lo son. Ocurre, sin embargo, que el interés de la sección como tal no tiene relevancia jurídica porque la sección no es un ente con personalidad jurídica; solo gozará de entidad en tanto en cuanto la actuación perjudicial para la sección lo sea, al

¹²⁶ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de Grupos de Sociedades*. Segunda Edición. Navarra: Thomson Reuters, 2009, p. 221.

tiempo, para el interés social, a saber, cuando vulnerando el interés de la sección se conculca el interés social” ¹²⁷.

Así, como se ha reconocido, el concepto de interés grupal se encuentra detrás de la obtención del máximo beneficio posible para el grupo como unidad económica, dejando de lado la idea de una sociedad individual que busca el éxito comercial como entidad independiente. El problema en este caso es la colisión que se genera entre el interés del grupo de sociedades (interés grupal) y el interés de cada sociedad miembro (interés social), los cuales, en principio, no tienen que ser intereses opuestos, en función a la posición de la sociedad en el grupo.

Por ejemplo, es probable que el interés de la sociedad principal (la cual no es necesariamente la sociedad matriz o controladora) del grupo se encuentre alineado al interés del grupo, toda vez que conviene al grupo como ente económico que aquella sociedad que recibe una mayor cantidad de inversión de su parte sea la que tenga el mejor desarrollo y logre mayores objetivos que otra sociedad creada para proveer servicios a la sociedad principal. El interés de esta última podría verse dejado de lado para favorecer el crecimiento y desarrollo de la sociedad principal.

Por esta razón, es importante comprender de qué forma se generan estos conflictos y cuáles serían las maneras de solucionarlos o minimizarlos, para que el grupo pueda maximizar sus ganancias.

1.2. Configuración del conflicto: interés social vs. interés grupal

¹²⁷ Ídem., pp. 221-222.

Como bien hemos mencionado en las líneas precedentes, en ciertos casos, existe una contraposición entre el interés social y el interés grupal. Para describir este conflicto es importante tener en cuenta que, para que se configure el interés grupal, no es suficiente que existan varias sociedades que estén bajo la titularidad de la misma persona, en donde exista un vínculo de cooperación recíproca, donde cada una de las sociedades se encuentre en igualdad de condiciones, sino que debe existir una relación de control mediante la cual se impongan normas directrices de la gestión social y haya una jerarquía que se mantenga en el tiempo y tenga vocación de permanencia ¹²⁸.

Además de lo mencionado, los sujetos que intervienen en el ejercicio de este interés grupal pueden dividirse en dos grupos: (i) el sujeto titular de la dirección unitaria: (a) cuando el grupo es de origen fáctico, será difícil determinar quién cumple esta función, toda vez que no existe ningún documento que le acredite tal facultad ¹²⁹, (b) cuando el grupo es uno contractual (no existe esta clase de grupos en nuestro país) el titular de la dirección será aquel que se indique en el contrato; y, (ii) el sujeto destinatario de la dirección unitaria: este es la sociedad filial, concretizándose a través de su órgano de administración como destinatario último, quien se encargará de la ejecución de las órdenes de la matriz ¹³⁰.

¹²⁸ DE ROIMISER, Mónica G.C. Óp. Cit., p. 131.

¹²⁹ Un comentario aparte merecen los grupos de origen fáctico en los cuales las instrucciones emanan de una sociedad y se cumplen a través de otra sociedad instrumental, quien ejecutará la misma en la filial. En este caso, intervienen tres, o más, sociedades, de acuerdo a la forma de organización de cada una de ellas. No obstante, lo importante será identificar quién tiene el poder de decisión en esta cadena de sociedades. Así también lo señala DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Óp. Cit., p. 358.

¹³⁰ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Óp. Cit., pp. 353-359.

Habiendo identificado a los sujetos, es importante tener en cuenta cómo se concreta el mandato de la sociedad matriz. *“Como se desprende con facilidad de la organización interna de los grupos de sociedades, la sociedad matriz no es, salvo raras excepciones, quien directamente celebra contratos o adopta medidas en nombre y por cuenta de la sociedad filial. Esta labor la desarrollan los administradores de la sociedad filial”*¹³¹. Así, es importante recalcar que, pese a que las directrices provienen de la sociedad matriz, al ser los administradores quienes dan la cara frente a terceros, estos son quienes terminan siendo responsables por las consecuencias que generan estas políticas grupales. Por esta razón, y tomando en consideración que las políticas pueden resultar contrarias a los deberes fiduciarios impuestos por la ley, la sociedad, los accionistas y los acreedores podrán buscar ver resarcidos sus derechos si por una decisión del Directorio se les ha perjudicado, lo cual es completamente posible si se hace una interpretación literal de los artículos 181º y 182º de la LGS.

Como último elemento de la configuración de este conflicto, se identifican a las instrucciones perjudiciales, las cuales se conceptualizan como *“toda instrucción impartida por la matriz que provoque una disminución efectiva o un peligro real para el patrimonio de la sociedad filial afectada”*¹³². Esto debe entenderse dentro del contexto de que la instrucción favorezca al grupo, ya que de lo contrario no tendría razón de ser.

¹³¹ Ídem., p. 421.

¹³² Ídem., p. 402.

Asimismo, *“las instrucciones de la sociedad matriz pueden adoptar formas bien diversas, siempre y cuando revistan un carácter vinculante o imperativo para la sociedad filial”* ¹³³.

A manera de resumen, una vez que acontezcan estos elementos: (i) el sujeto titular de la dirección unitaria; (ii) el sujeto receptor de la dirección unitaria; (iii) la forma de concretización del mandato; y, (iv) la instrucción perjudicial, sumado a ellos el interés grupal subyacente, se producirá un conflicto entre este último y el interés de la sociedad miembro a la cual se le imparte la decisión perjudicial. Justamente, este es el conflicto que podría tener como consecuencia la responsabilidad de la administración frente a acreedores sociales o accionistas minoritarios y externos.

En un intento por solucionar algunos problemas que se producen en los grupos de sociedades, el derecho comparado ha elaborado distintos mecanismos que atañen a estos. En las siguientes líneas describiremos las principales características de los mecanismos, y analizaremos si estos son útiles para solucionar el problema que supone la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades.

2. Mecanismos y reconocimiento de regulación de los grupos de sociedades

2.1. Contratos de grupo

Los contratos de grupo son una figura tomada de la legislación alemana, en la cual en el artículo 18° de su ley societaria, como bien mencionamos en el

¹³³ Ídem., p. 403.

Capítulo 1 del presente trabajo, se establecen dos tipos de contratos: (i) contratos de control; y, (ii) contratos de transferencia de ganancias. Estos contratos se encuentran a su vez definidos en el artículo 291° de dicha norma, donde se establece que los contratos de control son un tipo de contrato donde una empresa supedita su gestión social a otra empresa, la cual se convierte en la empresa dominante del grupo, y en el caso de los contratos de transferencia de ganancias se establece que esta empresa debe transferir sus ganancias a la empresa controladora.

Es importante destacar que bajo la ley alemana el criterio de control es esencial para que estos contratos sean considerados como contratos de grupo, puesto que, de lo contrario, si entre las dos empresas que se están relacionando no se identifica una relación de control no estaremos dentro del supuesto de un grupo empresarial.

Así como en la legislación alemana, en la legislación brasilera encontramos la “*convención del grupo*”, la cual es un contrato por el que se constituye un grupo de sociedades y se establecen las principales características y pautas que deberá tener y seguir el mismo para el desarrollo de sus actividades.

2.1.1. El contrato de control

El contrato de control, o contrato de dominación grupal como lo llaman en doctrina peruana ¹³⁴ es “*aquel acuerdo de voluntades que rige el funcionamiento de un grupo de empresas y mediante el cual el sujeto dominante asume la facultad de impartir la dirección unificada del*

¹³⁴ Ver: ECHAIZ MORENO, Daniel. “El contrato de dominación...”. Óp. Cit., pp. 111-123; y, HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “El contrato de grupo...”. Óp. Cit., pp.149-171.

*grupo, mientras que las empresas dominadas se obligan a acatar sus decisiones, aun cuando sean contrarias a su interés empresarial”*¹³⁵.

Este contrato debe ser suscrito entre las sociedades que conformarán el grupo, debiendo quedar claro qué persona será la que ocupará el lugar de sociedad controladora, y cuál o cuáles serán las que deberán seguir las órdenes que indique la otra en ejercicio del control que ostenta. Además, deberán considerar también como parte del contrato establecer cuál será el interés grupal que buscarán satisfacer con las actividades que cada una de las empresas del grupo realizará.

En uso de este contrato, existe *“para la sociedad dominante, la obligación de administrar la sociedad dominada de manera tal que ésta pueda cumplir con las tareas que le han sido asignadas dentro del grupo, y ello presupone y exige su subsistencia”*¹³⁶. Así, la dominante no deberá buscar eliminar a la sociedad controlada, sino utilizarla para beneficio del grupo.

Cabe resaltar que debemos marcar una diferencia entre este contrato y los contratos de gerenciamiento o *management* que se han hecho cada vez más populares en la actualidad. Por un lado, mediante estos contratos de gerenciamiento lo que buscan las empresas es encargar a un tercero, que puede o no ser relacionado con la sociedad, el puesto de Gerente General, dado que consideran que es la mejor forma de obtener una maximización de los beneficios de la empresa que lo contrata; sin embargo, en este caso, no hay una voluntad de

¹³⁵ ECHAIZ MORENO, Daniel. Óp. Cit., p. 114.

¹³⁶ DE ROIMISER, Mónica G.C. Óp. Cit., p. 140.

conformar un grupo. Si bien existe una autonomía jurídica entre ambas empresas, no encontramos las otras dos características esenciales para que estemos frente a esta figura: el control efectivo y la dirección unificada hacia un interés grupal que identifica a ambas empresas. Por otro lado, mediante el contrato de grupo sí se tiene voluntad de crear un grupo empresarial y además identificamos a las tres características de los grupos, encontrándonos genuinamente en una situación de grupo empresarial.

2.1.2. El contrato de transferencia de ganancias

El contrato de transferencia de ganancias es el segundo tipo contractual que el derecho comparado ha regulado para los grupos de sociedades. En nuestra opinión, al ser un tema controversial, dado que el hecho que una empresa transfiera sus ganancias a otra desnaturaliza la figura de la empresa en sí misma, no basta con que no se haya prohibido por nuestra legislación, sino que esta establezca explícitamente su legalidad.

De no encontrarse regulada esta figura, este contrato no sería utilizado ni autorizado por los administradores de sociedades controladas, puesto que al estar transfiriendo todas las ganancias obtenidas en el ejercicio no se está dejando posibilidad a los accionistas de repartir las utilidades correspondientes, por lo cual, de no existir una regulación sobre este tema, los accionistas externos al grupo podrían buscar responsabilizar al administrador por tomar una decisión que no tutela su derecho a exigir el pago del dividendo obligatorio correspondiente

a la mitad de las ganancias obtenidas en el ejercicio, el cual se encuentra contenido en el artículo 231° de la LGS.

Nosotros consideramos que es una pieza fundamental para este tipo de contratos el establecer qué se considerará como ganancia a ser transferida. Esto es así en tanto puede interpretarse “*ganancia*” como todos los ingresos provenientes del negocio de la empresa, con lo cual se vulneraría claramente el derecho de los acreedores al pago por los servicios prestados o productos vendidos, o decir que las ganancias son las utilidades obtenidas en el ejercicio, con lo cual los accionistas no podrían ejercer su derecho al reparto de dividendo obligatorio.

Siguiendo lo que indica la ley alemana, algunos rasgos que tiene en común este tipo de contrato con el contrato de control al que describimos en la sección 2.1.1 de este capítulo, es que, si bien podría asumirse que se estarían dejando desprotegidos a los accionistas minoritarios y a los acreedores de las sociedades dominadas, la legislación societaria alemana sí obliga a que, de ser necesario, se incluya en el mismo contrato disposiciones que protegen los intereses de estas personas, o en todo caso sea de aplicación la ley. Esto aplica tanto para los accionistas minoritarios como para los acreedores sociales, y legalmente se regula no solamente lo aplicable mientras el contrato esté vigente, si no también qué es lo que sucede cuando el contrato termina.

Así, en primer lugar, sobre los acreedores, se establece la obligación de compensación anual de pérdidas netas para la parte del contrato correspondiente. Asimismo, existe protección para quienes puedan

verse afectados en caso de terminación del contrato, asegurando el riesgo del crédito cuyo vencimiento sea anterior al término del contrato de grupo.

En segundo lugar, para el caso de los accionistas externos, existe una compensación que no puede ser menor al monto que recibirían como dividendo, o en todo caso, se establece la creación de un dividendo preferencial a favor de estos accionistas. Asimismo, estos accionistas tienen un derecho de opción de venta de sus acciones, cuyo pago será de acuerdo a lo siguiente: (i) si la sociedad contratante no afectada no es ni subsidiaria ni controlada, el pago podrá ser en acciones emitidas por esta o en efectivo; (ii) si la sociedad contratante no afectada es una subsidiaria o una sociedad controlada por otra, el pago podrá ser en acciones emitidas por su sociedad matriz o controladora, o en efectivo; o, (iii) en cualquier otro el pago deberá ser en efectivo. Debe tenerse en cuenta que en los casos (i) y (ii) la sociedad contratante no afectada deberá estar constituida en un país miembro de la Unión Europea.

2.1.3. La “convención de grupo”

Este tercer tipo de contrato, la “*convención de grupo*”, es una figura tomada del Derecho brasilero, mediante la cual los grupos de sociedades son creados y regulados a detalle.

Este documento debe contener las pautas mínimas exigidas en la ley, entre las cuales encontramos el establecimiento de la relación entre la administración del grupo (como veremos más adelante, esta norma

permite la creación de órganos colegiados y cargos de dirección del grupo) y las administraciones de las sociedades miembro del grupo.

Esta es una figura bastante similar a los contratos de control en cuanto regulan el funcionamiento de los grupos y la forma en la que se relacionan todas las sociedades miembro. No obstante, esta figura supone la única forma de creación de grupo, a diferencia de Alemania, donde se regulan además los grupos de hecho.

Como regla general, al igual que en el caso de la LGS, los administradores de cada sociedad responden por los actos que celebren en nombre de esta; sin embargo, esta responsabilidad puede ser limitada y trasladada a la administración del grupo, según se regule en la convención.

Como vemos, de estos tipos de contrato, los que se inspiran en el Derecho alemán son más flexibles que el brasileiro. Además, es importante señalar que a los tres casos descritos en la presente sección le son aplicables normas especiales de responsabilidad, la cuales desarrollamos en la siguiente sección del presente capítulo.

2.2. Integración de sociedades

De acuerdo a la legislación alemana, otra forma de creación de grupos de sociedades, además de los contratos de grupo, es a través de la integración de las mismas. Así, el artículo 319º de la norma societaria alemana permite que los accionistas, a través de una junta, puedan acordar integrarse a otra sociedad con domicilio en Alemania, siempre y cuando (i) todas las acciones

de esta sociedad pertenezcan directa o indirectamente a la futura controladora; o, (ii) los accionistas de la matriz que se encuentren interesados tengan 95% o más del capital social de la sociedad controlada. Esto último conlleva a la obligación de los titulares del 5% restante de transferir sus acciones a favor del titular del 95% o más de la sociedad. Esta es una transferencia obligatoria.

Lo que se quiere lograr con esta figura es concentrar en una sola persona el total de las acciones de una sociedad, exigiendo la salida de los accionistas minoritarios. Este mecanismo es conocido en doctrina como *squeeze out*, el cual, en la actualidad, no está regulado en nuestro país.

En este caso, la sociedad principal responde por todas las deudas contraídas antes y después de la integración de las sociedades. La principal ventaja de este mecanismo es el derecho de impartir direcciones o instrucciones a los directorios de las sociedades integradas. Asimismo, la sociedad principal deberá compensar por cualquier pérdida acumulada en las sociedades que se hayan integrado.

2.3. Reconocimiento de órganos de grupo: Consejo de Administración

La figura del consejo de administración está contenida en la legislación brasilera sobre sociedades por acciones, en cuyo artículo 272° se establece que quienes representarán a las sociedades del grupo frente a terceros serán los administradores de las mismas, salvo pacto en contrario; dejando la posibilidad también de crear órganos de deliberación grupal, así como cargos de dirección general, con lo cual puede decirse que se le está dando al grupo semejanza con una sociedad.

El crear un consejo de administración grupal es una idea interesante y útil, toda vez que se está reconociendo legalmente una figura que ya se usa en la realidad en diversos grupos societarios. Este hecho también ayuda a identificar plenamente de dónde es que están proviniendo las decisiones que involucran al grupo y a cada una de las empresas que lo conforman.

Estamos de acuerdo con que este consejo de administración sea una figura opcional, dado que, no todos los grupos de sociedades funcionan de la misma manera y el obligarlos a contar con un órgano como este podría resultar muy invasivo en el desenvolvimiento del grupo. Esta figura puede ser utilizada en los casos en los que los grupos no están constituidos mediante un contrato, sino por medio de un control por propiedad o titularidad, en donde se forma el grupo porque el sujeto dominante participa de forma mayoritaria en el capital social de las empresas dominadas.

Este consejo debe tener obligaciones como el establecimiento de políticas de dirección unitaria del grupo, así como el deber de fiscalizar el buen cumplimiento de estas políticas, sean estas órdenes explícitas que deben seguir las empresas que son miembros del grupo o si son lineamientos u objetivos que deben cumplir en un plazo determinado.

La sociedad matriz deberá ser la encargada de establecer el número de personas que conformará este comité, así como quiénes deberán ostentar los cargos de miembros del comité o director general del grupo empresarial.

Es importante que la figura del consejo de administración no sea solo un ente que imparte órdenes o lineamientos a seguir, sino que dé

retroalimentación sobre el trabajo que se está realizando en cada una de las empresas, así como ser el órgano sancionador en caso los administradores de los miembros del grupo no estén cumpliendo de forma óptima con lo que se les encarga.

2.4. Regulación de grupos fácticos

Estos sistemas son aplicados cuando las sociedades matrices o controladoras, quienes ejercen el poder de dirección para la satisfacción del interés grupal, lo hacen sin que el derecho a dar instrucciones emane de un acuerdo o contrato, sino de la participación que tenga sobre la sociedad.

2.4.1. Sistemas de compensación

El principal desarrollo de la regulación de grupos de sociedades fácticos o de hecho es a través de sistemas de compensación regulados, en la *Aktiengesetz* (ley de sociedades de capital alemana) y en la legislación italiana. Por un lado, la norma alemana, en su artículo 311° señala que en ausencia de un acuerdo de control, la empresa controladora no puede dañar a la empresa controlada mediante actos o transacciones perjudiciales, salvo que el daño sea compensado dentro de un periodo determinado.

En este caso, la sociedad controladora es responsable con la sociedad controlada si es que los daños o desventajas no son compensados. Asimismo, de no existir la compensación, también son responsables con los accionistas por las pérdidas producidas, según el artículo 317° de la *Aktiengesetz*.

Por otro lado, está el artículo 2497° del *Codice Civile* italiano, el cual señala que la sociedad matriz o la controladora pueden impartir órdenes que resulten perjudiciales para la o las sociedades subsidiarias, respondiendo por ello, salvo que los perjuicios ocasionados sean compensados, mitigados o eliminados, con los beneficios globales obtenidos de las transacciones que son aprobadas

137.

2.4.2. Desarrollo jurisprudencial

Un último mecanismo a través del cual se ha buscado abordar la problemática de los grupos de sociedades es la jurisprudencia. Es conocido el caso de Francia, donde cobra relevancia la decisión Rozemblum.

En este caso, se estableció que la

¹³⁷ El artículo 2497° del *Codice Civile* señala que:

“Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette. Risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio.

Il socio ed il creditore sociale possono agire contro la società o l'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta alla attività di direzione e coordinamento.

Nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario.”

“sociedad matriz puede buscar el interés común del grupo en la medida que exista el grupo (“estructura del grupo reforzada” o “structure de groupe renforcé”), una política coherente y unificada de su actividad empresarial que conlleve el sacrificio del interés individual de una empresa subsidiaria (“politique globale de groupe cohérente” o “politica coherente de grupo”), y un balance entre las ventajas y desventajas que deriven de la integración de las filiales en el perímetro del grupo que compense con el fin de que cada filial pueda razonablemente especial en una perspectiva a largo plazo que las desventajas se verán compensadas por las ventajas de pertenecer al grupo” ¹³⁸.

A grandes rasgos, la teoría francesa propone que es posible que la sociedad controladora pueda impartir instrucciones a las sociedades controladas, inclusive con perjuicio de alguna de estas últimas, siempre y cuando determinadas condiciones sean cumplidas y exista una compensación entre las ventajas y desventajas a largo plazo por la actividad grupal.

De manera general, estos son los sistemas que han sido aplicados por el Derecho comparado para el reconocimiento y desarrollo de los grupos de sociedades. Si bien en algunos países adicionales a los mencionados puede existir regulación sobre grupos de sociedades, tanto las legislaciones de estos como sus esfuerzos doctrinarios tienen origen en los sistemas expuestos. Estos han tenido como objetivo abordar la problemática presente en los grupos de sociedades, normalmente concentrándose en la protección de derechos afectados (de accionistas o acreedores). En el siguiente punto, analizaremos la idoneidad de

¹³⁸ ENGRÁCIA ANTÚNEZ, José. “El gobierno corporativo de los grupos...”. Óp. Cit., p. 397.

estos sistemas para solucionar los problemas que enfrentan los administradores tomando en consideración las disposiciones de la LGS e intentaremos ofrecer una solución desde nuestro punto de vista.

3. Nuestra opinión: Consecuencias y utilidad de las medidas propuestas

Habiendo resumido las principales vertientes legislativas y/o jurisprudenciales relacionadas al reconocimiento de grupos de sociedades, analizaremos la utilidad que pueden tener cada una de estas opciones respecto a la problemática objeto de la presente investigación: la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades.

3.1. Análisis de las medidas estudiadas

De forma previa a analizar las opciones legislativas detalladas en la sección 2 del presente capítulo, es importante traer a colación una premisa que servirá de apoyo al momento de evaluar la idoneidad de cada sistema para el objeto de esta tesis. Así, como es conocido, de acuerdo a la LGS, la acción de responsabilidad contra los administradores de una sociedad puede tener dos orígenes: (i) la pretensión social de responsabilidad, regulada en el artículo 181º de la LGS; y, (ii) la pretensión individual de responsabilidad, regulada en el artículo 182º de la LGS.

En el primer caso, para que proceda la pretensión social de responsabilidad, debe existir un daño causado directamente a la sociedad, pretensión que *“tiene por objeto lograr el resarcimiento de los daños causados por los directores a la sociedad. Aún en los casos en que, excepcionalmente, se permite el ejercicio de la pretensión social a los accionistas o a los*

*acreedores, estos no pueden hacer otra cosa que lograr resultados en favor de la sociedad, y no en beneficio de su interés personal*¹³⁹. Debemos entender que esto último significa que los montos demandados no incrementarán el patrimonio de estos terceros que ejercitan la pretensión social en nombre de la sociedad, sino que todos los esfuerzos son destinados a restituir el patrimonio de la sociedad.

En el segundo caso, para que pueda hacerse uso de la pretensión individual de responsabilidad, será necesaria la existencia de un daño causado directamente a un sujeto distinto a la sociedad, como lo son los accionistas y los terceros (acreedores, trabajadores u otros con un interés en la sociedad). Este daño puede ser, por ejemplo, la insatisfacción del cobro de los créditos de los acreedores, o la vulneración de alguno de los derechos de los accionistas. En este caso, los montos demandados sí incrementan el patrimonio de quienes inician esta acción.

Tomando en consideración lo explicado, hemos identificado a los sujetos que se encuentran legitimados para demandar la responsabilidad de la administración. En función a los derechos tutelados de estos sujetos, se analizará la efectividad de los sistemas comentados en el capítulo anterior.

3.1.1. Contratos de grupo

Como vimos en la sección anterior, identificamos tres tipos de contratos de grupo. Para efectos de la presente sección, los

¹³⁹ ELIAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Segunda edición. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2015, p. 642.

separaremos en contratos provenientes del Derecho alemán y el proveniente del Derecho brasileiro.

Por un lado, los contratos de grupo alemanes tienen dos finalidades principales, según el tipo de contrato: (i) transferir ganancias a otra sociedad; o, (ii) entregar el control de la sociedad a otra. De ello se infiere que, principalmente, la idea detrás de estos contratos es regular la relación que existe entre la sociedad controladora y la sociedad controlada con la finalidad de generar sinergias entre las mismas y otros motivos que consideren los agentes económicos.

Como advertimos en la sección 2.1.2 del presente capítulo, bajo el sistema de contratos de grupo alemán, los acreedores y accionistas externos tienen garantía sobre sus intereses. Sin embargo, ¿qué ocurre con la responsabilidad de la administración?

Al respecto, advertimos que la responsabilidad para los casos de contratos es la siguiente:

- (i) En el caso de los contratos de control, en tanto es obligatorio que el Directorio de la sociedad controlada obedezca los lineamientos u órdenes provenientes del Directorio de la sociedad controladora, existe un traslado de los deberes fiduciarios a los representantes legales (directores o gerentes), de la sociedad controladora, quienes serán responsables solidarios entre ellos mismos. En este caso, es posible que la sociedad controlada renuncie a iniciar una acción de responsabilidad contra los administradores de la controladora,

siempre y cuando dicha decisión se apruebe en junta especial por los accionistas minoritarios o externos, por no menos del 90% de estos.

- (ii) Para el caso de ambos tipos de contratos, queda sin alteración la responsabilidad de los directores de cada sociedad respecto de la misma por incumplimiento de los deberes fiduciarios, salvo el caso de los directores que obedecieron instrucciones amparados en un contrato de control.

Entonces, el régimen de responsabilidad se divide de la siguiente manera: (i) en los contratos de control existe un traslado de los deberes fiduciarios a la sociedad de donde provienen las decisiones; y, (ii) este traslado no existe en el caso de contratos de transferencia de ganancias. Consideramos que esto obedece a que en el segundo tipo de contratos no existe la obligación de cumplir órdenes respecto de una sociedad. En ambos casos, el ejercicio de la acción de responsabilidad en contra de los directores solamente procede cuando se ha generado un perjuicio a la sociedad; es decir, solo existe lo que en el Perú se conoce como pretensión social de responsabilidad.

En resumen, el sistema de contratos para el objeto de la presente investigación es idóneo para solucionar la problemática planteada sobre la administración en grupos de sociedades, en el caso del contrato de control. Consideramos ello porque impone deberes fiduciarios a quien efectivamente toma las decisiones empresariales; es decir, a la administración de la sociedad controladora, haciendo solidarios a los administradores de la sociedad controlada. Por obvias

razones, siempre será necesario que los principales aspectos de estos contratos estén incorporados a la legislación nacional; es decir, que existe una base legal para su implementación. Señalamos ello, debido a que en la actualidad nuestra norma societaria no reconoce la posibilidad de extensión de responsabilidad a terceros distintos a los administradores, con lo cual podría cuestionarse la legalidad de un acuerdo de este tenor.

Asimismo, para el caso del contrato de transferencia de ganancias el traslado de responsabilidad no es aplicable. Esto se debe a que no existe una obligación de seguir instrucciones de la sociedad controladora, limitándose al traslado de beneficios. En todo caso, cualquier afectación a terceros será compensada por la sociedad controlada.

Por otro lado, tenemos a la convención de grupo, la cual, en los términos de la legislación brasileña, configura la creación de un grupo. Según este sistema, esta es la única forma de crearlo y que el grupo tenga reconocimiento legal.

Salvo ciertas formalidades legales, en su mayoría sobre cuáles deben ser los aspectos regulados en el contrato, mas no de qué forma lo serán, existe plena libertad de los miembros del grupo para establecer lo siguiente: (i) el funcionamiento del grupo; (ii) quiénes conformarán el grupo; (iii) el régimen de responsabilidad de la administración y la administración misma (grupal, de la controladora o por consejo de administración de grupo); y, (iv) otros aspectos.

Como observamos, la regulación de grupos en Brasil otorga plena libertad a los agentes para regular qué órgano será el de administración del grupo en tanto la regla general establece que los administradores de cada sociedad responden por los actos que celebren en nombre de esta; sin embargo, esta puede ser trasladada y limitada a la administración del grupo. Por consiguiente, ellos pueden decidir sobre quién recaerán todos los deberes fiduciarios de la administración para las sociedades del grupo.

Somos de la opinión que para el objeto de la presente investigación esta regulación no es recomendable, debido a que, como el grupo decidirá quiénes serán los responsables, los mismos pueden ser elegidos arbitrariamente, de modo que no se estaría garantizando el cumplimiento de obligaciones frente a terceros, al contar con un patrimonio insuficiente. Del mismo modo, al existir libertad para la designación de responsables, estos pueden ser aquellos que no necesariamente toman las decisiones o tienen el poder para las mismas lo cual es lo que debería buscarse.

3.1.2. Integración de sociedades

En el caso de los grupos creados por el método de integración la ley alemana exige que se proteja a los acreedores cuyos créditos tengan fecha anterior a la integración, siempre y cuando el acreedor haya comunicado este hecho a la sociedad hasta seis meses después del anuncio de integración. Respecto del régimen de responsabilidad, será la sociedad principal quien responda ante los acreedores por las obligaciones de la sociedad integrada. Del mismo modo, esta también

es responsable por todas las deudas que adquiriera la sociedad integrada luego de la integración. En otras palabras, la sociedad integradora responde por todos los créditos que tenga la sociedad integrada.

En cuanto a la administración, la sociedad controladora tendrá derecho a dar instrucciones a la sociedad integrada y el Directorio de esta última tiene el deber de dar cumplimiento a estas órdenes. Teniendo ello en consideración, en este caso los deberes fiduciarios se trasladan a los directores de la sociedad controladora, quienes responderán por los daños y perjuicios causados ¹⁴⁰, en tanto la administración de la sociedad integrada solamente estaría siguiendo órdenes.

Al igual que en el caso del contrato de control, consideramos que el tratamiento brindado para el caso de los grupos creados por integración de sociedades soluciona el problema objeto de la presente investigación, al imponer que los administradores de dicha sociedad también deban cumplir con los deberes fiduciarios, bajo pena de responsabilidad. Si bien los administradores de la sociedad integrada continúan siendo responsables solidarios, es importante que se haya reconocido que los administradores de la principal, que en efecto pueden tener una mayor capacidad de decisión, también lo sean.

3.1.3. Comité de Administración

¹⁴⁰ En este caso, también es posible combinar la integración con un contrato de transferencia de ganancias.

Como bien se ha indicado previamente, esta figura es una derivada de la regulación brasileña sobre grupos y corresponde al órgano que puede ser creado para encargar la administración de las actividades del grupo.

Como se mencionó en la sección anterior, consideramos que esta figura de por sí no resuelve el problema planteado de la administración en los grupos, debido a que en los hechos el Comité de Administración puede no tener el poder de decisión, así como tampoco solvencia patrimonial necesaria.

Sus miembros pueden haber sido elegidos solo para quitar responsabilidad a quienes efectivamente tomaron dichas decisiones y son quienes controlan al grupo. Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que esta figura sí permite responsabilizar directamente a alguien, los miembros del comité, pese a que puede ser que no sean efectivamente los responsables de las decisiones perjudiciales.

3.1.4. Sistemas de compensación

Como hemos señalado anteriormente, estos sistemas buscan que se permita la actividad de los grupos, inclusive decisiones que perjudiquen a sociedades miembro del grupo, pero lo beneficien, con cargo a la compensación de daños.

De acuerdo a lo expuesto en el capítulo anterior los países que hacen uso de este sistema son los siguientes: (i) Alemania, para los casos de grupo de facto; (ii) Italia, a través del artículo 2497° del *Codice Civile*; y, (iii) Francia, a través del precedente *Rozemblum*.

Según este sistema, los daños producidos por la actividad del grupo son compensados; sin embargo, la regulación varía ligeramente dependiendo del país, respecto de cómo operará la compensación.

a) Sistema alemán:

En el caso de Alemania, la compensación deberá ser realizada por la sociedad controladora dentro del año fiscal en el que se genera el perjuicio a favor de la sociedad controlada. De no realizarse la compensación, ni garantizarse la misma, la sociedad controladora será responsable ante la sociedad controlada y/o ante los accionistas afectados por cualquier daño adicional al daño patrimonial al de la sociedad. Sin perjuicio de ello, la sociedad no será responsable, siempre y cuando la transacción hubiera sido aprobada si es que estas fueran sociedades independientes.

Bajo este régimen, son responsables solidarios los representantes legales (directores o gerentes) de la sociedad controladora y, asimismo, es aplicable la disposición, relacionada a los contratos de control, consistente en la posibilidad de renunciar al reclamo de daños y perjuicios,

siempre que ello sea aprobado por el 90%, por lo menos, de los accionistas externos o minoritarios, de la sociedad controlada.

En el caso de los directores de la sociedad controlada, estos son responsable solo si es que no comunican la realización de una operación desventajosa, o cuando no han reportado la no realización de la compensación.

De este modo, a grandes rasgos el método de compensación alemán significa que la sociedad controladora, matriz o principal, con poder de dirección ejercido, responde por los daños y perjuicios causados a la sociedad o a los accionistas en el caso de los grupos de facto, existiendo responsabilidad de los directores de la sociedad controladora o integradora, bajo ciertas condiciones, al igual que en el caso de la integración de sociedades.

En este caso, si bien hace responsables a la sociedad controladora, a sus representantes legales y a los administradores de la sociedad controlada, solidariamente, consideramos que, al carecer de la imposición de deberes fiduciarios sobre los representantes de la controladora, a diferencia de lo que sucede en otras figuras, no es del todo completa. Aparte de ello, al no librar de responsabilidad a la administración de la sociedad controlada, a pesar que el acto por el que se le demandan daños y perjuicios haya sido realizado en cumplimiento de los lineamientos o decisiones tomados por la sociedad controladora, consideramos que no satisface la

búsqueda objetiva del responsable (el origen de las decisiones) del daño causado por la actividad grupal.

b) Sistema francés e italiano:

Si bien el modelo francés se origina en la jurisprudencia (*Rozemblum*) y el modelo italiano en la tipificación del *Codice Civile*, el resultado es bastante parecido. A grandes rasgos, lo que se busca es obtener un beneficio para el grupo producto de las actividades que puedan ser nocivas o positivas para las sociedades miembro.

En el caso italiano, se propone el término '*beneficios globales*', en cambio, el modelo francés postula el balance entre ventajas y desventajas que a largo plazo pueda ser positivo para la sociedad, como consecuencia de la actividad grupal. En otras palabras, ambos sistemas requieren un beneficio para el grupo como conjunto, mayor a la desventaja sufrida, con la particularidad que el caso francés hace referencia a un largo plazo.

Como apreciamos, la diferencia entre un modelo y otro es mínima. Somos de la opinión que este sistema está más destinado al funcionamiento del grupo que a la búsqueda de un sistema de responsabilidad de la administración intragrupal. Por esta razón, no consideramos que solucione el problema objeto de esta tesis. Sin perjuicio de ello, aún dentro del ámbito de aplicación de este sistema de compensación, consideramos

válida la crítica efectuada por Engracia Antúnez quien sostiene que es difícil o impráctica la aplicación de las ventajas compensatorias en la realidad, toda vez que existirían problemas para identificar el origen de las decisiones, la cuantificación de la compensación, entre otros ¹⁴¹.

A modo de resumen, en nuestra opinión el sistema de contratos de control y grupos por integración de sociedades son los mecanismos más adecuados para solucionar la problemática de la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. A continuación, basándonos en lo descrito en esta sección, desarrollamos cuál sería la posible solución al problema objeto de esta tesis, teniendo en cuenta el diseño legislativo actual peruano.

3.2. Nuestra opinión

Habiendo delimitado que los contratos de control y la constitución de grupos por integración son los sistemas del derecho comparado más convenientes para solucionar la problemática de los administradores en los grupos de sociedades, es importante evaluar la viabilidad de su aplicación en nuestro país.

3.2.1. Integración de sociedades

Respecto de la constitución de grupos por integración, o sistema de integración de sociedades, consideramos que, tomando en cuenta las

¹⁴¹ ENGRACIA ANTÚNEZ, José. "El gobierno corporativo de los grupos...". Óp. Cit., pp. 397-399.

disposiciones actuales de la LGS, su aplicación en nuestro país podría generar los inconvenientes listados a continuación:

a) Incumplimiento de la pluralidad de accionistas

Una de las premisas del sistema de integración es que la sociedad controladora de más de cierto porcentaje de participación tenga el derecho de comprar las acciones de titularidad de accionistas minoritarios, externos al grupo, para consolidar la totalidad de las acciones y que estas pasen a ser de su propiedad. Esto quiere decir, que la sociedad que se integra será una sociedad con un solo accionista.

En línea con lo anterior, es importante recordar que el artículo 4° de la LGS dispone que una sociedad se constituye por al menos dos socios, pudiendo ser estas personas naturales o jurídicas, y que si se pierde la pluralidad de accionistas y dicha situación no se regulariza en un plazo de seis meses, la sociedad se disuelve de pleno derecho. En otras palabras, en nuestro sistema jurídico, para que exista una sociedad, esta tiene que tener más de un socio necesariamente ¹⁴².

Teniendo esto en consideración, este mecanismo de reconocimiento de los grupos empresariales y solución al problema propuesto no sería compatible con el requerimiento de nuestra ley societaria. No obstante, en tanto la ley permite que

¹⁴² Al respecto, no es exigible pluralidad de socios cuando el único socio es el Estado o en otros casos señalados expresamente por ley.

la sociedad sea unipersonal por un máximo de seis meses, como alternativa, la sociedad controladora podrá adquirir la totalidad de las acciones de la sociedad integrada para luego, dentro de dicho plazo, transferir una o más acciones a favor de otra empresa del grupo, con la finalidad de que no se gatille la disolución de pleno derecho prevista en la ley.

Sin embargo, si bien esta es una posibilidad que permite la ley, consideramos que debe ser tomada como una excepción a la regla de pluralidad de accionistas, debido a que solo es posible durante pocos meses.

Sin perjuicio de lo mencionado en esta sección, es preciso señalar que el 4 de setiembre de 2018 se publicó en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, cuyo artículo 3º señala que las sociedades anónimas (tipo societario materia de la presente investigación) pueden constituirse, además de con el acuerdo de dos o más personas, mediante un acto unilateral, por lo que ya no sería exigible la pluralidad de socios para este tipo societario, así como para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada ¹⁴³. Si bien a la fecha de elaboración de esta investigación el Anteproyecto aún se encuentra en proceso de discusión, es importante anotar que el impedimento comentado en esta sección podría ser superado en el futuro.

¹⁴³ En línea con lo comentado, la pérdida de pluralidad de los accionistas no será más una causal de disolución de pleno derecho para las sociedades anónimas, a diferencia del tratamiento legislativo actual.

b) La falta de reconocimiento del interés grupal

A lo largo de diversos artículos de la LGS, se hace referencia al interés social, siendo que, específicamente para el caso de los directores, se indica que estos deben tomar las decisiones que repercutirán en la sociedad en base al interés social. En el capítulo anterior, señalamos que el interés social no puede dejar de lado el beneficio de la sociedad. En ese sentido, al suponer la integración de sociedades que la sociedad controlante puede impartir instrucciones que pueden resultar perjudiciales para la sociedad integrada, a favor del interés grupal, se estaría atentando contra el interés social y los directores desobedeciendo el mandato de la LGS.

Por esta razón, el interés grupal, en la medida que puede no coincidir con el interés social, y no estar reconocido en la LGS, es el motivo por el cual existiría otro inconveniente para introducir el sistema de integración de sociedades.

c) No procedencia de la transferencia obligatoria o *squeeze out*

Como hemos señalado, para llevar a cabo la integración de sociedades, el paso final es que el total de acciones representativas del capital de la sociedad a integrarse sea transferido obligatoriamente a favor de la sociedad controladora imponiendo así una obligación para sus titulares. Inclusive, la legislación alemana establece que los accionistas minoritarios

que no deseen transferir sus acciones luego de tomado el acuerdo deban hacerlo obligatoriamente por mandato legal.

Al respecto, en nuestra norma societaria, no se incluye ninguna disposición igual ni similar que permita la adquisición forzosa de acciones. Este mecanismo, también llamado en doctrina extranjera como “squeeze-out”, está permitido en otras legislaciones, en las cuales, a partir de cierto porcentaje de participación en la sociedad controlada, el accionista controlador puede obligar a los minoritarios a vender sus acciones a un precio determinado.

Al igual que en el caso de la pluralidad de socios, de acuerdo con las propuestas contenidas en el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades esta situación podría verse superada para el caso de las sociedades anónimas abiertas, en tanto se está reconociendo la posibilidad de amortizar de manera forzosa las acciones no pertenecientes al accionista controlador de la sociedad. Así, se tendría como efecto que el controlador pueda tener ahora el 100% de las acciones representativas del capital de una de las empresas del grupo, obligando la salida de los accionistas que representen el porcentaje restante de la sociedad (que deberá ser 5% o menos).

A grandes rasgos, estos son los tres problemas que enfrentaría la implementación de un sistema de integración en nuestro país, considerando la legislación societaria actual, sin realizar mayores

modificaciones que la sola inserción de los artículos pertinentes a la integración.

3.2.2. Contratos de control

En este caso identificamos uno de los problemas del punto anterior, esto es, que se puedan impartir órdenes perjudiciales para las sociedades controladas, debido a la existencia del contrato que regula al grupo. Así, también se estaría afectando el interés social, atentando contra lo dispuesto por la LGS.

Como advertimos, existen algunos inconvenientes para aplicar los dos sistemas del derecho comparado que solucionan el problema planteado en la presente investigación. Sin embargo, es importante extraer el elemento común de ambos sistemas que nos llevaron a considerarlos como ideales, esto es, la ampliación de los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades controladas o integradas las sociedades controladoras y/o sus administradores. En otras palabras, que los deberes fiduciarios se apliquen también a quienes imparten las órdenes.

Como bien indica Payet, esta transferencia de los deberes fiduciarios se justifica en los casos de los grupos de sociedades toda vez que en nuestra legislación, si bien los órganos de administración de la sociedad son el Directorio y la Gerencia, existen algunas "*materias no consideradas de administración, que son de competencia de la junta general y en los que se plantea la posibilidad de abusos del controlador respecto de los accionistas*

externos: aumento y reducción de capital, otras modificaciones estatutarias, reorganizaciones societarias, etc.” ¹⁴⁴.

Sin perjuicio de ello, si es que se quisiera abordar una legislación íntegra de grupos de empresas o de sociedades, consideramos que lo más conveniente sería regular el sistema de contratos de control. Este sistema es ideal, puesto que, si bien los dos mecanismos privilegian la regulación integral de los grupos y de su administración, el sistema de contratos de control genera un menor conflicto con nuestras normas societarias actuales. Ahora, debe tenerse en cuenta que ambas tienen implicancias respecto de otras áreas del derecho, como tributarias, laborales o procesales, que deberán ser tomadas en cuenta en una eventual implementación.

Entonces, avocándonos a nuestra materia específica y, si buscamos el respeto por las disposiciones contenidas en la LGS vigente, ¿cuál sería una alternativa diferente para que los deberes fiduciarios sean aplicables a quienes efectivamente imparten las órdenes en un grupo de sociedades?

Partiendo de la premisa de que los deberes fiduciarios deben ser aplicados también a quienes toman las decisiones en un grupo, tal y como lo reconocen los sistemas de contratos de grupos y de integración, entonces debemos buscar una forma para que estos deberes sean aplicados a los administradores del grupo, sin transgredir las normas vigentes, o bastando una pequeña modificación de la LGS que lo permita.

¹⁴⁴ PAYET, José Antonio. Óp. Cit., p. 95.

Consideramos que ello sería posible regulando en nuestra LGS la figura del administrador de hecho y del administrador oculto ¹⁴⁵ para el caso de los grupos de sociedades. Siendo ello así, los deberes fiduciarios serían aplicables a estos tipos de administradores, quienes efectivamente son los que tomaron las decisiones, y no, o no solamente, a los administradores de las sociedades controladas que, en muchos casos, no tienen el poder de decisión sobre la actividad, la cual podría ser motivo de perjuicios a las mismas sociedades o a terceros (acreedores y accionistas minoritarios o externos).

Sin embargo, ¿qué es el administrador de hecho? La LGS no contempla una definición de esta figura, ni regulación al respecto ¹⁴⁶. No obstante, esta figura no es extraña al Derecho peruano, debido a que el Código Tributario contempla una definición extensa de lo que se considera como administrador de hecho, con el fin de atribuir responsabilidad solidaria en el pago de tributos.

Al respecto, el artículo 16°-A del Código Tributario ¹⁴⁷ establece lo siguiente:

¹⁴⁵ Como bien señala Paz-Ares, *“en nuestra [Europa] experiencia doctrinal y jurisprudencial solo ha tomado carta de naturaleza la figura del “administrador de hecho” (sea éste el que administra sin título o con título nulo o el que administra bajo la investidura de un título no societario, por ejemplo, de directivo o de apoderado general). No obstante, a ella ha de asimilarse, por imperativos de coherencia y de racionalidad teleológica, la figura del “administrador oculto”. Dicho de otro modo, a falta de una más precisa definición legislativa, la noción de “administrador de hecho tiene que interpretarse en nuestro derecho [...] en su sentido más amplio, de forma que dentro de ella quepa la de “administrador oculto”*” PAZ-ARES, Cándido. “La responsabilidad de los administradores...”. Óp. Cit., p. 213.

Lo mencionado por el autor nos indica que doctrinariamente existe una distinción entre administrador de hecho y administrador oculto, pudiendo entenderse la primera como más amplia, y que engloba a la segunda figura. En adelante, para efectos de la presente investigación, cualquier mención al administrador de hecho, comprenderá el concepto de administrador oculto.

¹⁴⁶ En la LGS, no se contempla la posibilidad de aplicar los deberes u obligaciones de los administradores de las sociedades a personas distintas a quienes han sido designados como tal. Los artículos 12° y 13° de dicha norma solo señalan la exigibilidad de obligaciones de la sociedad para con terceros, cuando esta proviene de hechos realizados por personas que actuaron en nombre de la sociedad, con o sin facultades para hacerlo.

¹⁴⁷ Encontramos en el artículo citado en que los numerales 1, 2 y 3 se hace referencia al concepto restringido de administrador de hecho, mientras que en el numeral 4 se incluye, como parte del concepto

“Está obligado a pagar los tributos y cumplir las obligaciones formales en calidad de responsable solidario, el administrador de hecho.

Para tal efecto, se considera como administrador de hecho a aquél que actúa sin tener la condición de administrador por nombramiento formal y disponga de un poder de gestión o dirección o influencia decisiva en el deudor tributario, tales como:

- 1. Aquél que ejerza la función de administrador habiendo sido nombrado por un órgano incompetente, o*
- 2. Aquél que después de haber renunciado formalmente o se haya revocado, o haya caducado su condición de administrador formal, siga ejerciendo funciones de gestión o dirección, o*
- 3. Quien actúa frente a terceros con la apariencia jurídica de un administrador formalmente designado, o*
- 4. Aquél que en los hechos tiene el manejo administrativo, económico o financiero del deudor tributario, o que asume un poder de dirección, o influye de forma decisiva, directamente o a través de terceros, en las decisiones del deudor tributario.*

(...)”. (el subrayado es nuestro)

Como vemos, la norma tributaria, con la finalidad de que se responsabilice solidariamente a las personas que efectivamente toman las decisiones en las sociedades, o quienes pueden interferir en las decisiones que le competen a las mismas, reconoce la figura del administrador de hecho, en su definición amplia.

amplio de administrador de hecho, al administrador oculto. La norma tributaria asemeja, tal y como aconseja Paz-Ares, ambas definiciones para efectos jurídicos.

Ahora bien, ¿es esta figura extraña al Derecho de Sociedades? Nos adelantamos a señalar que no. Una aproximación extralegal, nos permite inferir que en la realidad es plenamente posible nombrar a un administrador formal en una sociedad, y que en los hechos el poder de decisión pueda provenir de otra fuente, empezando por el accionista controlador, por medio de la junta general de accionistas, o un tercero con relación de propiedad indirecta respecto a la sociedad controlada (sociedad matriz o cualquier controlador al nivel jerárquico que fuese).

En el Derecho Societario peruano, como hemos mencionado previamente, no existe la figura del administrador de hecho; sin embargo, la doctrina señala que este tipo de administrador es *“un sujeto que ejerce las funciones propias de la figura del administrador sin que, por otra parte, el desempeño como tal obedezca a un nombramiento vigente y válido para dicho cometido”* ¹⁴⁸.

Así, en este caso existe un *“desplazamiento de la capacidad de decisión de quienes aparecen formalmente como administradores a favor de otros sujetos que no satisfacen las exigencias materiales y formales que se requieren en la designación como administrador social”* ¹⁴⁹. De esta forma se observa que el administrador de hecho tiene poder de decisión al igual que los administradores formales. La única diferencia es que, mientras estos últimos han sido designados para desempeñar un cargo en la sociedad o ser apoderados de la misma, un administrador de hecho es *“todo aquel que de facto ejerce las funciones o realiza los actos propios del desempeño de*

¹⁴⁸ GARCÍA-CRUCES, José Antonio. “Administradores sociales y administradores de hecho”. En: *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Sánchez Andrés*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2008, p. 7.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

*dicho cargo sin tener formalizado su nombramiento conforme a las disposiciones legales*¹⁵⁰, es decir, que no teniendo un nombramiento formal, realiza las mismas funciones que un administrador de derecho.

Lo que se busca con la regulación del administrador de hecho es *“equilibrar el ejercicio del poder, con independencia de quien sea el titular formal de este, y que su exclusión supondría un trato de favor sin base lógica alguna”*¹⁵¹. Para que se tenga un trato igualitario entre ambas figuras, será necesario que ambas deban respetar los deberes fiduciarios de los administradores, y no solo los directores nombrados. Solo de esta manera existiría una relación entre quien ostenta el poder de decisión en la sociedad y la responsabilidad que el ejercicio de esta facultad conlleva, lo cual a fin de cuentas genera mayor seguridad para la sociedad y los terceros relacionados con la misma (accionistas y acreedores).

Como hemos analizado en el primer capítulo de la presente investigación, el control por parte de la sociedad dominante o de la sociedad matriz puede darse de diversas maneras (entre ellas, por participación mayoritaria, directa o indirecta, en el capital de la sociedad, o por acuerdos privados entre accionistas). Tomando ello en consideración, debe tenerse en cuenta que el mero hecho de poder ejercer control no significa que el titular de este derecho sea por sí solo un administrador de hecho, debido a que es necesario diferenciar el ejercicio de los derechos del accionista como tal, de su intromisión en la administración de la sociedad. Así, se puede concluir que *“aunque la matriz ejerce un determinante control sobre la subordinada,*

¹⁵⁰ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David. “Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”. En: *Estudio Socio Jurídico*. No. 14(2), 2012, p. 248.

¹⁵¹ Ídem., p. 250.

no puede entenderse este solo hecho como una subespecie de administración oculta, puesto que en estos casos la sociedad dominante actúa dentro del marco de su interés y en desarrollo de su poder subordinante” ¹⁵².

Sin perjuicio de lo anterior, es posible que el accionista mayoritario se involucre en la administración de la sociedad controlada de tal forma que reemplace en los hechos a los administradores formales de esta última, constituyéndose así un administrador de hecho, que podría buscar privilegiar (i) el interés grupal; (ii) el interés de la sociedad dominante; o, (iii) el interés de la sociedad dominada.

En línea con lo mencionado, cuando un administrador de hecho cause perjuicio a una sociedad o terceros, en nuestro caso, en el marco de la actuación grupal, no existe motivo para que no sean de aplicación los deberes fiduciarios y la consecuente responsabilidad por ellos, como sí ocurre en el caso de los administradores formales. Por esta razón, somos de la opinión que los deberes fiduciarios deben extenderse al administrador de hecho en el caso de los grupos de sociedades.

Lo señalado permitirá que no se dificulte la mecánica de los grupos de sociedades (como así podría ocurrir al crearse regímenes de contratos de grupo, de sociedades integradas u obligándolos a tener un órgano de administración grupal) y al mismo tiempo, se estarían tutelando derechos de terceros que podrían verse afectados por la dinámica interna de los grupos (accionistas terceros y acreedores).

¹⁵² Ídem, 267.

De esta forma, coincidimos con Embid Irujo, quien válidamente señala que *“cualquier propuesta legislativa que pretenda prescindir, como punto de partida, de su legitimidad estará, a nuestro juicio, condenada al fracaso por su evidente falta de realismo. Pero, del mismo modo, habrá de rechazarse todo planteamiento normativo que aspire a convertir dicha legitimidad en un criterio único y exclusivo de su regulación, obviando la necesaria tutela de los múltiples intereses conectados a la organización y funcionamiento del grupo”* ¹⁵³.

Lo mencionado por el autor significa que cualquier disposición sobre grupos, y el caso de la responsabilidad de los administradores no debe ser la excepción, debe respetar el derecho de las personas a crear empresa ¹⁵⁴ y a funcionar como grupo como lo vienen haciendo actualmente, sin complicar la mecánica del mismo (lo cual se logra al no establecer un marco legal rígido o complejo) y proteger no solamente a la sociedad controlada, sino también a sus accionistas minoritarios o externos, y a sus acreedores (extendiendo los deberes fiduciarios a los administradores de hecho).

En conclusión, y como se desprende del presente capítulo, consideramos que, si bien existen diversos mecanismos de reconocimiento y regulación de grupos en el extranjero, a la luz de las normas societarias peruanas, el método más apropiado para solucionar la problemática de la responsabilidad de la administración en los grupos de sociedades es la

¹⁵³ EMBID IRUJO, José Miguel. “Una propuesta de regulación...”. p. 414.

¹⁵⁴ EMBID IRUJO identifica la legitimidad de grupo como proveniente de dos circunstancias específicas: (i) “el reconocimiento del sistema de mercado y de la libertad de empresa en las normas constitucionales de contenido económico” y (ii) “numerosas referencias legislativas existentes sobre los grupos, tanto entre nosotros [España] como en otros países de nuestro entorno, ya sea en el Derecho de Sociedades o en otras ramas del ordenamiento jurídico”. Ibidem.

aplicación de la figura del administrador de hecho. Con ello, se extienden los deberes fiduciarios, es decir, los deberes de diligencia y lealtad, a aquella persona (natural o jurídica) con poder de decisión último en el grupo de sociedades, haciéndolos responsables por los daños causados a la sociedad y terceros cuando corresponda.

4. Propuesta de Proyecto de Ley

A lo largo del capítulo describimos cuál es nuestra postura sobre la solución más conveniente a la problemática de la responsabilidad de los administradores en un grupo de empresas. Esto nos lleva a considerar que el mecanismo a través del cual puede concretarse esta solución es una propuesta legislativa, mediante la cual se modifique parcialmente la LGS.

A manera de resumen, nuestra propuesta comprende los siguientes objetivos:

- (i) Reconocer la existencia de los grupos de empresas en el Derecho peruano como tales, así como al interés que persiguen los mismos, es decir, al interés grupal;
- (ii) Solucionar la problemática de la responsabilidad de los administradores en los grupos de empresas, mediante el reconocimiento de la figura del administrador de hecho, extendiendo a este los deberes fiduciarios; y,
- (iii) Ser el primer paso para una futura regulación sobre grupo de empresas, más amplia y que abarque aspectos distintos a los meramente societarios.

La regulación propuesta en esta investigación se limita a crear una nueva sección en el Libro IV de la LGS, dividido en tres artículos. Estos contienen, además de lo esbozado en las líneas anteriores, una definición de grupo de empresas e interés

grupal, con la finalidad de llevar a enmarcar el ámbito de aplicación de las normas propuestas.

Así, la sección tendría el siguiente tenor:

“Libro IV Normas Complementarias

(...)

Sección sétima Grupos de empresas

Artículo 437°-A.- Grupo de empresas e interés grupal

437-A.1 Se considera grupo de empresas a aquel conjunto de personas jurídicas guiadas por un interés grupal, en el cual:

- a) Cada una de las personas jurídicas que lo integran mantienen su autonomía jurídica, entendiéndose que cada miembro es un sujeto de derecho distinto respecto de los demás miembros del grupo;
- b) Exista una relación de control entre una empresa respecto de otra u otras; y,
- c) Exista una dirección unificada que rija el desarrollo de sus actividades.

Para efectos de lo señalado en el literal b) del numeral 437-A.1, control debe ser entendido como control directo o indirecto por participación mayor o igual al 50% más una acción del capital social de una de las empresas miembro; o, la capacidad de influir en la elección de la mayoría de los directores y de los gerentes de las empresas miembro; o, la

capacidad de influir en la toma de decisiones en los órganos de administración de la empresa por convenio o acuerdo entre dos o más de los accionistas o socios de una empresa; o, por cualquier otra razón que permita a un accionista o socio de una de las empresas, o a alguna de las empresas del grupo, dirigir la actividad económica de la misma.

437-A.2 Se entiende por interés grupal a aquella finalidad que persigue el grupo en sus actividades, considerando al grupo como una unidad económica.

437-A.3 El grupo de empresas no es considerado una persona jurídica distinta a sus miembros para ningún efecto, ni requiere el cumplimiento de alguna formalidad para su reconocimiento.

Artículo 437°-B.- Administrador de hecho en los grupos de empresas

Se considera administrador de hecho a aquel sujeto, persona natural o persona jurídica, quien, sin tener la condición de administrador por nombramiento formal, disponga de poder de gestión, dirección o influencia decisiva en una empresa parte del grupo, pudiendo ser alguno de los siguientes:

- a) Aquel que ejerza la función de administrador habiendo sido nombrado por un órgano que no poseía facultadas para tal designación;
- b) Aquel que, pese a haber renunciado al cargo o habiendo sido este revocado, o caducado, ejerza funciones de gestión o dirección de la empresa;
- c) Aquel que actúa frente a terceros con apariencia de administrador y/o representante de la empresa; y,

- d) Aquel que, en los hechos, tiene el manejo administrativo, económico o financiero, o asuma un poder de dirección, o influya, directamente o mediante terceros, en el manejo de la empresa.

Al administrador de hecho al que se refiere el presente artículo le son de aplicación los deberes señalados en el artículo 171º, así como cualquier disposición sobre responsabilidad de los directores contenida en esta ley, respecto de la persona jurídica sobre la cual ejerce funciones.

Artículo 437º-C.- Responsabilidad del administrador de hecho

437-C.1 Cuando las decisiones del administrador de hecho hayan generado daños y perjuicios para la empresa, sus accionistas o socios, o terceros, se aplica lo previsto en los artículos 181º y 182º de esta ley.

437-C.2 El director y/o gerente que hubiera sido nombrado de acuerdo a lo establecido en el Libro I de esta ley y que no hubiera participado en las decisiones que generaron los daños previstos en el numeral anterior, o habiéndolo hecho, lo hizo en obediencia de órdenes en el contexto de una relación de subordinación, queda exento de la responsabilidad que fuese imputable por estos daños y perjuicios.

437-C.3 A falta de cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior, el director y/o gerente que hubiera sido nombrado de acuerdo a lo establecido en el Libro I de esta ley es responsable personal, ilimitada y solidariamente con

el administrador de hecho por los daños y perjuicios que este hubiera causado”.

La redacción de la propuesta se realiza de esta forma por las razones que exponemos. En primer lugar, se define el concepto de grupo de empresas con el objetivo de definir el ámbito de aplicación de la norma propuesta. Asimismo, se definen dos conceptos importantes para nuestra materia de estudio: el control y el interés grupal. Esto permite esclarecer en qué supuestos nos encontramos frente a un grupo de empresas y diferenciar entre un grupo propiamente dicho y varias empresas que pertenezcan a un mismo accionista, pero que no se haya tenido la intención de generar sinergias entre las mismas para obtener mejores resultados.

En segundo lugar, buscamos aplicar la doctrina del administrador de hecho y utilizarla en el marco de los grupos de empresas, en la medida que los mismos son objeto de la presente investigación. Con ella, buscamos solucionar la problemática de la responsabilidad de los administradores, ampliando el espectro de personas involucradas en la administración de la empresa. Sin perjuicio de que proponemos esta regulación para los grupos de empresas, esta doctrina también podría ser de aplicación para casos distintos. En general, el administrador de hecho podría presentarse en cualquier tipo de persona jurídica, con independencia de si son parte de un grupo de empresas o no.

Para definir qué debe entenderse por administrador de hecho, tomamos como base la definición trabajada por los legisladores en el Código Tributario, debido a que por su amplitud abarca diversos supuestos de administrador de hecho, el cual, aplicado a los grupos, incluiría a sujetos como la empresa matriz, el accionista controlador, entre otros. Además, se hace referencia a que estos administradores tienen los mismos deberes que los directores, debido a que en los hechos ejercen

funciones similares y no existe razón alguna para diferenciarlos entre unos y otros. Esta aplicación de los deberes fiduciarios ha sido justificada en el punto anterior del presente capítulo.

Por último, somos de la opinión que la responsabilidad de los administradores de hecho por sus actos u omisiones que causen perjuicios a la empresa, accionistas o socios, y terceros deben tener la misma regulación que la que existe en la actualidad para los directores de las sociedades anónimas. Así, hemos detallado la manera en la que una persona afectada podrá solicitar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, separando entre los supuestos en los que solo el administrador de hecho tiene responsabilidad y en los que existe una responsabilidad solidaria entre el administrador de hecho y los administradores de derecho – entiéndase directores y gerentes.

Debe tenerse en cuenta que esta propuesta legislativa es óptima al cumplir los estándares que debe tener toda regulación sobre grupos de empresas. Esto es, que permita el funcionamiento de los grupos, lo cual se logra al no imponer un sistema complejo y de difícil cumplimiento, y al mismo tiempo se protejan derechos de la empresa y de terceros afectados, que son los acreedores y accionistas minoritarios, al establecer responsabilidad a quien toma las decisiones. En otras palabras, se permite que los grupos sigan funcionando tal y como lo vienen haciendo en la actualidad, pero al mismo tiempo se establece responsabilidad donde se encuentra ubicado el poder de decisión.

De esta forma, a través de la utilización de la doctrina del administrador de hecho en los grupos de empresas, consideramos que puede solucionarse la problemática presente en la administración de estos, estableciendo un vínculo

entre la responsabilidad correspondiente y el origen de las decisiones empresariales.



CONCLUSIONES

El grupo de empresas es un fenómeno que no cuenta con una regulación legal integral en el Perú, pues siendo la concretización de ciertos derechos constitucionales y considerando su real importancia socio – económica, no se le presta la debida atención. A diferencia de lo que sucede en nuestro país, en otros se han aprobado normas sobre esta materia, como son los casos de Alemania, Brasil, Italia, entre otros.

Esta ausencia de regulación genera un conflicto en la aplicación de la legislación societaria peruana a las actividades de un grupo de empresas, específicamente en lo referido a la regulación de la responsabilidad de los administradores. En ese sentido, la presente investigación busca encontrar una solución a este problema.

Luego de la investigación realizada, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. El grupo de empresas es definido como un conjunto de personas jurídicas guiadas por un interés grupal. Los miembros deben ser únicamente personas jurídicas porque solo aquellas podrán ser objeto de imputación de obligaciones y titulares de derechos.
2. El interés grupal es la base sobre la cual actúan las empresas que integran un grupo empresarial, dirigidos normalmente por una sociedad matriz. Este concepto es imprescindible para la definición del grupo de empresas, que distingue a la simple agrupación de empresas del fenómeno del grupo.
3. El grupo de empresas tiene las siguientes características: (i) autonomía jurídica, mas no económica, pues si bien sus miembros son sujetos de derecho distintos, son dependientes económicamente del grupo; (ii) relación de control, lo cual

supone que una persona jurídica del grupo influya de manera decisiva sobre la actuación de las otras; y, (iii) dirección unificada, que recae en todos los aspectos del funcionamiento de las empresas miembro de un grupo (planificación, organización y gestión).

4. Los administradores de sociedades anónimas están obligados a actuar bajo deberes de diligencia y lealtad vinculados a mantener el bienestar de la sociedad. Sin embargo, las actividades que realiza el grupo empresarial muchas veces ponen a prueba el cumplimiento de estos deberes al obligar a los administradores de las sociedades integrantes del grupo a acatar lineamientos de la matriz que pudieran perjudicar a la sociedad. Los temas que más inconvenientes generan son los relacionados con los accionistas minoritarios o externos al grupo, los acreedores de las sociedades miembro del grupo, conflictos de intereses, entre otros.

El resultado de este conflicto es que los administradores de la sociedad afectada resulten responsables de los efectos de hechos, actos, contratos causados por los administradores de las demás sociedades del grupo o de la persona natural que en última instancia dirige el grupo de empresas.

5. El origen del problema identificado, desde el cual se parte para encontrar una solución, es la falta de reconocimiento del interés grupal, pues si este concepto se encontrara regulado en nuestro ordenamiento jurídico, se permitiría actuar a los administradores a favor del grupo como entidad y no necesariamente a favor de cada sociedad miembro, como es en la actualidad.
6. La propuesta de solución a este problema es la ampliación de los deberes fiduciarios hacia las personas que efectivamente tuvieron el poder de decisión en

las transacciones u operaciones de empresas miembro del grupo; es decir, a los administradores de hecho.

7. La figura del administrador de hecho en el caso del grupo de empresas, y los consecuentes deberes que recaen sobre dicho administrador, tendrán un doble beneficio: (i) no se perturba el funcionamiento del grupo de empresas, que normalmente tienen que seguir formalidades en el derecho comparado cuando este reconoce su funcionamiento; y, (ii) al mismo tiempo, se protege a las personas afectadas por el funcionamiento de los grupos, las cuales son la sociedad controlada, los accionistas externos al grupo y los acreedores.
8. Sostenemos que es necesario incluir en nuestra legislación societaria una regulación específica que solucione el problema del grupo de empresas y la responsabilidad de los administradores de las sociedades que son parte de estos, la cual deberá reconocer el interés grupal y al mismo tiempo proteger a aquellos que pueden ser perjudicados por las actividades de los grupos.

En nuestra opinión, el reconocimiento de la figura del administrador de hecho y la ampliación de deberes fiduciarios hacia este es la solución al problema objeto de estudio en la presente investigación. Esto deberá ser considerado como un primer paso para una futura regulación integral sobre los grupos empresariales, que abarque tanto aspectos dentro del Derecho Societario, así como otras ramas de esta ciencia, como el Derecho Laboral, Tributario, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros Nacionales

- Aguirre, Hugo y Horacio Roitman. "Grupos de sociedades, coordinación y dirección empresarial". En: Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez. Tomo II. Lima: IDEMSA. 2011.
- Durand, Francisco. *Los doce apóstoles de la economía peruana. Una mirada social a los grupos de poder limeños y provincianos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017.
- Echaiz Moreno, Daniel. *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial. 2001.
- , "El Contrato de Dominación Grupal". *Contratos: doctrina, legislación y modelos*. Compilador: Hugo Huayanay Chuquillanqui. Tomo II. Lima: Editorial Rao S.R.L., segunda edición. 2002.
- , "Análisis jurídico del "control" en los grupos de sociedades". *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Derecho Societario. 2003.
- Elías Laroza, Enrique. *Derecho Societario Peruano. La Ley General de Sociedades del Perú*. Segunda edición. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2015.
- Falconi Canepa, Julio. *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*. Lima: Editorial Jurídica Grijley. 2005.
- Hundskopf Exebio, Oswaldo. *Derecho Comercial*. Tomo IV. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial. 2003.
- , "El contrato de grupo o de dominación grupal y la concentración empresarial". *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica. 2008.
- , *Manual de Derecho Societario*. Lima: Grijley. 2009.
- Montoya Manfredi, Ulises. *La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas: estudio de derecho comparado*. Lima: Montoya Manfredi. 1975.

Palmadera Romero, Doris. *Manual de la Ley General de Sociedades: un enfoque práctico en el análisis y el comentario de las normas societarias*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2011.

2. Libros Internacionales

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho Societario, parte general*. Buenos Aires: Heliasta. Volumen 11. 1997.

De Arriba Fernández, María Luisa. *Derecho de Grupos de Sociedades*. Segunda Edición. Navarra: Thomson Reuters. 2009.

De Roimiser, Mónica G.C. *El interés social en la sociedad anónima actual*. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1979.

Easterbrook, Frank H. y Daniel R. Fischel. *La estructura económica del derecho de las sociedades de capital*. Traducción de Francisco Marcos Fernández. Madrid: Fundación Cultural del Notariado. 2002.

Embid Irujo, José Miguel. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Madrid: Ministerio de Justicia. 1987.

---, “Una propuesta de regulación legal de los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico español”. *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*. Tomo II. Madrid: Thomson Reuters – Aranzadi. 2011.

Engrácia Antunes, José A. *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

---, “El gobierno corporativo de los grupos: problemas actuales y propuestas alternativas”. En: *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*. Tomo II. Madrid: Thomson Reuters – Aranzadi. 2011.

Fuentes Naharro, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Navarra: Editorial Aranzadi. 2007.

Galgano, Francesco. *La società per azioni*. Tercera Edición. Bologna: Zanichelli. 1978.

Galgano, Francesco, Horacio Roitman, Edgar Iván León Robayo y Yira López Castro. *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 2009. pp.

García-Cruces, José Antonio. "Administradores sociales y administradores de hecho". En: *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Sánchez Andrés*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza. 2008.

Hurtado Cobles, José. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Barcelona: Editorial Bosh, S.A. 2005.

Martorell, Ernesto Eduardo. *Los grupos económicos y de sociedades*. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1991.

Molina Navarrete, Cristóbal. *El derecho nuevo de los grupos de empresas*. Madrid: Ibídem Ediciones. 1997.

Molina Sandoval, Carlos. "Accionistas con interés contrario al interés social". En: *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. Número 237. 2009.

3. Artículos de Revistas y medios informáticos

Arata Delgado, Carlos Enrique. "Grupos económicos internacionales y ofertas públicas de adquisición". *Revista Jus, doctrina y práctica*. No. 11. Lima. 2007.

Azofra, Fernando. "El Informe Winter sobre modernización del derecho societario en Europa". *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. No. 4. 2003.

Bustillo Tejedor, Luis L. "Los grupos de sociedades". *Cuadernos de Derecho y Comercio*. No. 62. Madrid. 2014.

Conac, Pierre-Henri. "Director's duties in groups of companies – legalizing the interest of the group at the European level". En: *European Company and Financial Law Review*. Vol. 10. Issue 2. 2014.

- De Trazegnies Granda, Fernando. "La responsabilidad de los directores de sociedades". En: *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*. No. 2-3. 2005-2006.
- Di Chiazza, Iván y Pablo Augusto Van Thienen. "Responsabilidad del Director por decisiones de negocios y la regla del Business Judgment. ¿Es posible bajo la Ley de Sociedades? (Enseñanzas del caso "Walt Disney")". *Derecho Comercial y de las Obligaciones: revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. Buenos Aires. 2010.
- Echaiz Moreno, Daniel. "Los grupos de empresas en el Perú". *Gaceta Jurídica*. Tomo 82-B. Lima. 2000.
- , "Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas". *Revista Normas Legales*. Trujillo: Editora Normas Legales. Tomo 293. 2000.
- , "El control en la política empresarial de los grupos de sociedades". En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Temas Societarios*. Número 54. 2002.
- , "Lineamientos conceptuales sobre los grupos de empresas". *Revista Jus, doctrina y práctica*. No. 11. Lima. 2007.
- Embid Irujo, José Miguel. "El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades". *Revista de Derecho Mercantil*. Número 249. 2003.
- , "Apuntes sobre los deberes de fidelidad y lealtad de los administradores de las sociedades anónimas desde la perspectiva del Derecho español". *Advocatus*. Número 17. 2007.
- Hernández Martínez, William David. "Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada". *Estudio Socio-Jurídico*. Volumen 14, número 2. Bogotá: Universidad del Rosario 2012.
- Herrera Gonzales-Pratto, Isabel. "Grupo económico vs. Vinculación económica y rasgado del velo societario". *Revista Jus, doctrina y práctica*. No. 11. Lima. 2007.

- Hundskopf Exebio, Oswaldo. "Regulación Jurídica de los grupos de empresas". *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 149. Lima: Asesores Financieros, 1998.
- , "La concentración económica y su relación con el tema de los grupos de empresas". *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 151. Lima: Asesores Financieros, 1999.
- , "Empresa y sociedad: ¿por qué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades?". *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 152. Lima: Asesores Financieros, 1999.
- , "Elementos constitutivos de los grupos de empresas". *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 153. Lima: Asesores Financieros, 1999.
- , "Criterios de clasificación de los grupos de empresas". *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 156. Lima: Asesores Financieros, 1999.
- , "Los grupos de empresas en el Perú". *Informativo Legal Rodrigo*. Vol. 157. Lima: Asesores Financieros, 1999.
- Karcher, Sebastian y Ben Ross Schneider. "La política de las empresas en Latinoamérica: investigando sus estructuras, preferencias e influencia". En: *Apuntes: Empresas y grupos económicos*. No. 70. Vol. XXXIX. Primer Semestre. Lima: Centro de Investigación Universidad del Pacífico, 2012.
- León Mendoza, Juan. "¿Cuál es el rol del Estado?" *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*. Segunda época, año V, número 15. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2000.
- Martínez-Cortés Gimeno, Jesús. "El deber de lealtad de los administradores de las sociedades no cotizadas". En: *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Número 16. 2016.
- Mayandía Burns, Martín. "Acechando en las sombras. Breve acercamiento a la naturaleza jurídica del director encubierto". *Advocatus, revista editada por alumnos de la Universidad de Lima*. Segunda Época. No. 19. 2008.

- Miguens, Héctor. "El deber de lealtad de los directores societarios en los Estados Unidos". *Derecho Comercial y de las Obligaciones: revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. Buenos Aires. 2010.
- Morales Acosta, Alonso. "Los grupos de sociedades". *Advocatus, revista editada por alumnos de la Universidad de Lima*. Primera época. No. 6. 1994.
- Palmiter, Alan R. "Reshaping the Corporate Fiduciary Model: A Director's Duty of Independence". En: *Texas Law Review*. Vol. 67, número 7, 1989.
- Pamplona Hernández, Armando. "Grupo de sociedades mercantiles: el fenómeno de las sociedades controladoras y controladas". En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 92. Lima: Editora de Normas Legales S.A., 2008.
- Payet Puccio, José Antonio. "Empresa, Gobierno Corporativo y Derecho de Sociedades: Reflexiones sobre la Protección de las Minorías". *Themis*, revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 46. Lima. 2003.
- Paz-Ares, Cándido. "Uniones de empresas y grupos de sociedades". En: *Revista Jurídica de Estudiantes Universidad Autónoma de Madrid*. No. 1. Madrid: Editorial DYKINSON S.L. 1999.
- , "Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores. Reflexiones para la reforma legal en Latinoamérica". En: *The Third Meeting of the Latin American Corporate Governance Roundtable*. México. 2002.
- , "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo". En: *Ius et Veritas. Número 27*. Lima. 2003.
- Sabogal, Luis Fernando. "La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo". *Revist@ E-Mercatoria*. Volumen 13, número 2. 2014.
- Salazar Muñoz, Manuel. "Breve acercamiento a la disciplina de los grupos de sociedades en Europa. El caso de los acuerdos internos anti competitivos". En: *Foro jurídico*. No. 04. 2005.

Salazar Vega, Elizabeth. “El poder económico en el Perú está representado por 12 grupos empresariales”. En: *Ojo Público*. 27 de julio de 2016. Consulta: 2 de julio de 2017. URL: <https://ojo-publico.com/259/el-poder-economico-en-el-peru-esta-representado-por-12-empresas>

Taveras, José Luis. “Los deberes fiduciarios de la gestión social”. *Gaceta Judicial*. Santo Domingo. Consulta: 29 de enero de 2019. URL: <http://www.gacetajudicial.com.do/derecho-comercial/deberes-fiduciarios-gestion-social.html>

