

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**CONFLICTO DEL INTERÉS GRUPAL CON EL DE LAS SOCIEDADES
CONTROLADAS EN LOS GRUPOS SOCIETARIOS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR:

CHRISTIAN ARMANDO CAMPANO MURILLO

ASESOR:

GUILHERMO ALCEU AULER SOTO

LIMA – PERU

Febrero, 2021

RESUMEN

Se realiza el presente trabajo sobre los grupos societarios por ser un fenómeno de concentración empresarial cada vez más usual en el mercado peruano, no necesariamente por empresas que cotizan en el mercado bursátil y que aún no es un tema que se ha estudiado a profundidad en la doctrina nacional. Se revisa en tal sentido los conceptos básicos de la doctrina y legislación internacional para poder definirlos, comparando con lo establecido en la normativa nacional. Siendo así se puede apreciar que si bien la normativa nacional se refiere a los grupos societarios en el ámbito de las empresas que cotizan en el mercado de valores, las del sector financiero y la regulación tributaria, no hay uniformidad al respecto; además la Ley General de Sociedades solamente se refiere a una de las características esenciales de estos Grupos, que es el control; obviando la dirección unificada y el interés grupal. Esta circunstancia genera la problemática desarrollada en la presente investigación, la colisión del interés social de la empresa filial con el interés grupal, puesto que si bien nuestra norma societaria cautela el interés social de cada empresa, no prevé cuando ésta integra un grupo societario, en cuya dinámica se suele sacrificar el interés social de la subsidiaria en favor del interés grupal trazado por la matriz; por tal motivo se propone como solución una declaración que reconozca el interés grupal y sus límites.

ÍNDICE

RESUMEN	1
ÍNDICE	2
LISTA DE TABLAS	5
LISTA DE FIGURAS	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I: GRUPOS DE SOCIEDADES	10
1. Visión Panorámica	10
2. Concentración Empresarial	12
3. Características de los Grupos Societarios	13
4. Clasificación de los Grupos Societarios.....	15
4.1. Grupos por Cooperación o Coordinación	15
4.2. Los Grupos de Sociedades por Subordinación	16
4.2.1. Clases de Control en los Grupos Societarios	17
5. Grupos Societarios en Sudamérica.....	24
CAPÍTULO II: GRUPOS SOCIETARIOS EN EL PERÚ	26
1. Legislación Societaria Vigente.....	27
2. Sociedades que cotizan en el mercado bursátil	28
3. Entidades financieras.....	29
4. Normativa Tributaria.....	29
5. Anteproyectos Legislativos.-.....	30
5.1. Anteproyecto de la Ley de Grupos de Empresas.	30

5.2. Anteproyecto de la Ley General de Sociedades.....	31
6. Corolario.....	33
CAPÍTULO III: CONFLICTO DEL INTERÉS GRUPAL CON EL DE LAS SOCIEDADES CONTROLADAS	34
1. La Dirección Unificada	36
2. Interés Grupal.....	38
3. Interés Social y de los Socios.....	40
4. Conflicto entre el Interés Social de la empresa filial con el Interés Grupal.....	42
5. Mecanismos de Defensa del Interés Social	45
5.1. Mecanismo de Autotutela	46
5.1.1. Impedimento del Voto.....	46
5.2. Mecanismos de Heterotutela	47
5.2.1. Nulidad y Anulabilidad de los Acuerdos Societarios.-	47
5.2.2. Impugnación de los Acuerdos Societarios	48
6. Responsabilidad de los Órganos de Gobierno.....	49
6.1. Obligaciones e Impedimentos por parte del Directorio y Gerencia	49
6.2. Responsabilidad de los Directores de la Sociedad Matriz	52
6.3. Responsabilidad de los Directores de la Sociedad Filial	53
7. Contradicciones encontradas.....	56
7.1. La Impugnación de los Acuerdos Societarios	57
7.2. La Responsabilidad de los Directores	58
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN.....	60
1. Reconocimiento del Interés Grupal.....	61

2.	Herramientas que fomentan la transparencia	62
3.	Protección del Interés Social.....	65
4.	Responsabilidad de los Directores	66
5.	Propuesta de Declaración Conjunta	67
	CONCLUSIONES.....	71
	BIBLIOGRAFÍA.....	73



LISTA DE TABLAS

Tabla 1:.....35



LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Control Directo	20
Figura 2. Control indirecto	21
Figura 3. Grupo societario radial	22
Figura 4. Grupo societario piramidal	22
Figura 5. Sociedades recíprocas	23
Figura 6. Grupo empresarial hipotético	34



INTRODUCCIÓN

En un contexto global, en el cual los países que en un principio podrían denominarse soberanos jurídicamente, en lo fáctico constituyen ámbitos geográficos en donde se desenvuelven los agentes económicos como son las empresas, en específico las sociedades anónimas; por tal motivo se podría considerar a cada país como un mercado. Estos mercados necesitan ser atractivos para promover y atraer las inversiones (nacionales e internacionales) responsables, porque estas generan trabajo formal para los ciudadanos; situación que conlleva a una mayor recaudación tributaria, por lo que el Estado podría contar con mayores recursos para cumplir sus obligaciones constitucionalmente establecidas; provocando un bienestar social.

Por tal motivo; desde el punto de vista jurídico es responsabilidad de los estados brindar la indispensable estabilidad jurídica para poder ser elegibles al momento que estos agentes económicos decidan arriesgar su capital; siendo así es que se desarrolla el tema del presente trabajo de investigación, referente a los grupos societarios o también denominados grupos económicos o empresariales. Estos Grupos Societarios son una evidencia de la evolución de la actividad económica; y de cómo en la búsqueda continua, de no solamente la eficacia y eficiencia en sus actividades para obtener mayor rentabilidad, es implementado; sino también que es un medio para subsistir en un mercado global, altamente competitivo.

Estos grupos societarios, son una modalidad de la concentración empresarial, en la cual las empresas integrantes no pierden su autonomía jurídica, sin embargo en lo fáctico carecen de esta característica, ya que en lo económico siguen una política establecida por otra sociedad, matriz, la cual ejerce un control legitimado en la titularidad de acciones, mediante la designación de la mayoría de los integrantes de los órganos de administración, para la implementación de los lineamientos en búsqueda de un interés grupal.

Es así que, en el presente trabajo se revisa la doctrina, legislación y la jurisprudencia tanto nacional e internacional para poder definir el concepto de grupo societario y también sus características esenciales; como son la autonomía jurídica de sus integrantes, la subordinación a una empresa dominante y finalmente la dirección unificada, para que puedan ser considerados como tales.

En el Primer Capítulo se desarrolla el concepto y las clases de grupos societarios según la doctrina y legislación comparada; asimismo se desarrollará de manera profunda la característica de la subordinación, la cual es necesaria para la conformación de los mismos, lo que implica ese control y las modalidades de cómo se ejerce y como está regulado en Sudamérica.

En el Segundo Capítulo se analiza como la legislación nacional, la Ley General Sociedades se refiere a los grupos societarios; además de las distintas normativas especiales como la normativa tributaria y las que rigen a las sociedades que cotizan en el mercado bursátil, las del sistema financiero; advirtiéndose que no hay una uniformidad sobre el concepto y características de estos, que satisfaga el problema planteado y para culminar se observan los Anteproyectos de la Ley de Grupo de Empresas y de la Ley General de Sociedades.

En el Tercer Capítulo se desarrolla el problema del presente trabajo, la pugna del interés grupal con el interés social de cada una de las empresas integrantes del grupo; conflicto surgido en la implementación de la dirección unificada que impone la sociedad matriz del grupo, que puede perjudicar a las filiales; por tal motivo se plantea un ejemplo hipotético de grupo societario en cuya dinámica se aprecia cómo estos dos intereses lidian entre sí, siendo así para poder esclarecer el problema se explican los conceptos de dirección unificada, interés grupal, interés social; además se realiza un análisis de cómo la doctrina, nuestra Ley General de Sociedades y la normativa internacional dilucida al respecto.

En el Cuarto Capítulo, se aclara que esta pugna entre el interés grupal y el interés social de cada empresa integrante del grupo debe ser resuelta de manera proporcional y razonable, evitando una conducta oportunista por parte de la matriz sin que ello menoscabe su poder de control, por lo que tomando en cuenta la legislación internacional se aprecia que algunas de estas, si bien reconocen el interés grupal; no se soluciona de manera íntegra las posibles contingencias de la dinámica grupal, en tal sentido se propone un mecanismo que logre de manera eficiente lograr que el desenvolvimiento de estos grupos societarios sea transparente y responsable para con los que se vinculen con éstos sin menoscabar sus fines económicos.

En suma se pudo concluir que además de la subordinación; el interés grupal y la dirección unificada trazada por la sociedad matriz son los elementos esenciales que motivan la conformación de los grupos societarios, por lo que es necesario su reconocimiento,

estableciéndose límites cuando en su implementación sucedan conflictos con los intereses de las empresas filiales, tal como lo tipifica la normativa internacional que busca establecer una solución proporcional y equitativa para todos los integrantes del grupo.

Por tanto, el presente trabajo representa desde la perspectiva del derecho una mirada fresca y realista de los Grupos Societarios, específicamente de su situación en el Derecho Societario Peruano con el propósito que un futuro cercano, sea materia de una novísima regulación normativa.



CAPÍTULO I: GRUPOS DE SOCIEDADES

1. Visión Panorámica

A pesar de la coyuntura inesperada¹, el Perú ha venido experimentando un crecimiento sostenido del Producto Bruto Interno en los últimos treinta años² y varias de las más prestigiosas evaluadoras de riesgo país, lo colocan entre los países "elegibles" a la hora de hacer inversiones³.

Sin embargo este crecimiento expresado en cifras debe ser consolidado, para que así el país pueda efectivamente atraer inversiones responsables, las cuales favorecen la creación de puestos de trabajo, lo que implica lograr bienestar social y dejar de ser en un mediano plazo un país sin las grandes brechas existentes en todo ámbito.

Uno de los mecanismos con los cuales se puede contribuir a la consolidación de "estas cifras" es mediante una legislación que otorgue seguridad jurídica, y que sea atractiva para la intervención de la inversión privada, sea esta nacional o internacional; promoviendo la transparencia del mercado en donde estas se van a desenvolver.

Ciertamente, hay que tener en cuenta que una empresa no solo interactúa con sus proveedores, clientes y acreedores; sino con toda la sociedad en la que se desenvuelve ya sea de manera directa como los agentes que se han mencionado (clientes, proveedores, acreedores) o de manera indirecta con el entorno (familia de los trabajadores, estado, gobierno local, etc.), la comunidad en general.

Siendo así que, volviendo al tema tratado en el presente trabajo, es necesario recordar que la regulación del mercado es producto de la implementación de la Constitución Política vigente, la

¹ Pandemia originada por la propagación del virus COVID-19

² Fuente: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1726/Libro.pdf.

Consulta: 27/09/2020

³ Al 25 de setiembre del 2020 el Perú (1.47 puntos porcentuales) reportó el riesgo país más bajo de la región, seguido de Colombia (2.73 puntos) y México (2.89 puntos) según el Banco de Inversión JP Morgan. Fuente: <https://gestion.pe/economia/riesgo-pais-de-peru-bajo-siete-puntos-basicos-y-cerro-en-142-puntos-porcentuales-noticia/>. Consulta: 27/09/2020

cual cambió el modelo económico del país. Es pertinente recordar que la coyuntura económica del país al momento de promulgar esta Constitución era caótica tanto en el ámbito interno como externo, con índices récords mundiales de hiperinflación y con el país aislado del sistema financiero internacional.

En dichas circunstancias, lo que buscó el legislador cuando elaboró la normativa vigente fue la atracción de capitales privados, sobre todo foráneos, liberalizando el mercado, para que los inversionistas se sintieran con libertad de poder actuar en este sin regulaciones excesivas que los desincentiven, basados en el principio que nadie está obligado a hacer algo que la ley no exige, ni prohibido de hacer si la ley no prohíbe.

En tal contexto, se aprobó nuestra normativa empresarial, la cual pretendía en cierto modo regular las figuras societarias básicas para un desenvolvimiento ágil en el mercado; y transcurrido el tiempo se pueden evidenciar los frutos obtenidos con esta legislación, tal como se mencionó en el primer párrafo del presente capítulo; en tal sentido lo que se necesita con urgencia es dar ese impulso, ese paso necesario, para que las "cifras" se consoliden logrando el tan ansiado bienestar social y desarrollo.

Por tal motivo, es ahora cuando se atraviesa esta especie de estabilidad expresada en cifras macro económicas, que se debe considerar regular el mercado estableciendo lineamientos para que uno de sus principales agentes, los grupos societarios; puedan desenvolverse con seguridad jurídica debida y transparencia.

En efecto, hay demasiados ejemplos de crisis que se generaron por la falta de estas cualidades, seguridad jurídica y la transparencia, en los mercados de diferentes países, en donde se permitió que las empresas se autorregulen, sin prever la posibilidad que al desregular se caía en el peligro de que ocurriesen perjuicios no solamente entre los que interactuaron directamente con las empresas sino con todo el mercado y la sociedad.

Por tal motivo se puede señalar lo siguiente:

- a. Las inversiones privadas son necesarias para el desarrollo de cualquier país y que éstos están en competencia para atraerlas.
- b. Una sobrerregulación o una falta total de regulación de ésta, han causado problemas tanto al inversionista y a los que se vinculan con éste.

c. A fin de evitar posibles crisis económicas, es necesario que hayan reglas claras que brinden transparencia al mercado y seguridad jurídica a los inversionistas.

d. Si el Perú desea dejar de ser un país con inseguridad jurídica y estar insertado dentro de la élite de los países que atraen inversiones responsables, debe brindar la seguridad a los inversionistas, sociedades y terceros vinculados, tal como lo hacen los países "desarrollados" que han previsto una regulación pertinente.

e. Que, tomando en cuenta que el mercado peruano la gran mayoría de sociedades anónimas no cotizan en bolsa; es que se ha tomado la decisión que el presente trabajo verse sobre este tipo de sociedades.

2. Concentración Empresarial

Para poder tratar el presente tema es necesario tener en consideración que el mercado es cambiante, evoluciona continuamente, por tal motivo los agentes económicos se tienen que adaptar para poder “sobrevivir” a esta especie de “jungla”, en donde solamente subsisten los más fuertes, sólidos y creativos.

Por tal razón, al igual que las personas naturales se asociaron, para así juntos poder unir intereses, capitales, capacidades, reducir riesgos para obtener una mayor probabilidad de alcanzar un beneficio económico y lograr el posicionamiento necesario para permanecer en el mercado; del mismo modo, las sociedades se vieron en la necesidad de “vincularse” para así subsistir y volverse competitivas en un entorno cada vez más cambiante; donde la globalización implica una competencia ilimitada; generándose la denominada Concentración Empresarial; que es el mecanismo por el cual las sociedades vinculan esfuerzos y objetivos económico para un beneficio común, tal como lo precisó Oswaldo Hundskopf.

Se puede apreciar que Hundskopf, menciona el término esfuerzo; al cual según Embid se le debería adicionar el de “sacrificio”; puesto que al “unirse” las sociedades surge un proceso de renuncia al poder de dirección o gestión de éstas (Embid, 1991, p.24).

Como resultado de esta Concentración Empresarial las empresas pueden perder su personería jurídica como es la Fusión de Sociedades⁴, figura debidamente estudiada y legislada en la Ley General de Sociedades, Ley 26887 en el Artículo 344°. Dicha figura no será materia de estudio para la presente investigación.

Asimismo, existe otra modalidad de concentración empresarial en la cual las sociedades no pierden su Autonomía Jurídica, los Grupos de Sociedades. Esta modalidad de concentración empresarial implica la creación de los denominados grupos económicos o societarios, mediante los cuales algunas sociedades se someten o se subordinan a una controlante o dominante en lo fáctico, sin perder su autonomía jurídica, todo esto con fines económicos (Falconí, 2005, p.3).

En tal sentido, esta figura jurídica y económica se produce cuando, si bien hay una autonomía jurídica de cada empresa integrante, en lo fáctico, esta autonomía no existe, puesto que las sociedades al tener necesariamente un fin de lucro y al estar subordinadas a otras, en este aspecto no pueden tener una gestión independiente en el sentido estricto de la palabra.

Para poder definir a los grupos societarios se tomará en cuenta lo que menciona el Código de Comercio de España⁵ que se encarga de definir a los grupos de sociedades, cuando una empresa ostente, directa o indirectamente, el control de otra u otras y que una sociedad se calificará como dominante cuando tenga la mayoría de los derechos de voto, pueda nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno de las dominadas.

3. Características de los Grupos Societarios

Teniendo la certeza que estos grupos societarios existen y son producto de la concentración empresarial por una necesidad de las empresas de permanecer y ser eficientes en el mercado se coincide con Martorell, quien menciona las siguientes características del grupo societario:

⁴ El 07 de enero del 2021 fue publicada la Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, cuya finalidad según el Artículo 1°es,:"(...) promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los mercados".

⁵ Artículo 42° del Código de Comercio de España

- La existencia de personalidades jurídicas societarias, lo que implica la presencia de compañías autónomas, con estatutos y distribución diferenciada en los órganos sociales y patrimonios separados.

- Una relación de control o dominación, el Código Civil Italiano⁶ define a las sociedades controladas, como aquellas en las cuales hay otras empresas que sean titulares de un porcentaje de acciones que garantice una mayoría de votos en las asambleas, o cuando debido a nexos como contratos son dominadas por otra. Concordando con el mismo autor, se puede mencionar la posibilidad de dos tipos de control; uno basado en las acciones y el respectivo derecho al voto, control interno. Y el otro basado en una obligación originada por un contrato, a dicho tipo de control se le podría denominar externo (Martorell, 1991, p. 223).

- Finalmente, tiene que haber una orientación unificada de todas las empresas integrantes del grupo hacia una meta trazada por la sociedad que ejerce el control en las demás.

Se puede inferir entonces, la existencia de una sociedad matriz o controlante que fija las metas a las subordinadas (Martorell, 1991, pp. 217-218). La jurisprudencia española, cuya normativa societaria tiene gran influencia sobre la nacional también se pronuncia señalando: “Desde el punto de vista jurídico formal, los componentes del grupo gozan de autonomía y personalidad jurídica propia (...) que genera vínculos económicos y organizativos derivados del propósito principal de la obtención de un fin empresarial común”⁷

Por lo expuesto, queda claro que las condiciones necesarias para que haya un Grupo de Sociedades son las siguientes:

- Autonomía Jurídica de cada una de las sociedades integrantes.
- Relación de control que puede ser interno⁸ o externo⁹ de forma directa¹⁰ o indirecta¹¹.

⁶ Artículo 2359° del Código Civil Italiano

⁷ Sentencia del TSJ de Andalucía Sala de lo Social de Málaga del 05 de julio de 1996

⁸ Se refiere aquel control basado en la mayoría de votos en los órganos de gobierno de la sociedad (Martorell, 1991, p. 230).

- Dirección unificada establecida por la Sociedad Matriz o Dominante.

4. Clasificación de los Grupos Societarios

Según la doctrina revisada se puede observar que hay dos modalidades de Grupos Societarios; por cooperación o coordinación y subordinación (Etcheverry, 1989, pp. 198-199).

4.1. Grupos por Cooperación o Coordinación

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, RAE, define coordinar como “unir dos o más cosas que formen una unidad o un conjunto armonioso”, por lo en el caso concreto; si bien se conforma un colectivo o grupo (conformado por dos o más sociedades), no hay una relación de control o subordinación; siendo así, estos grupos que detentan la característica de la dirección unificada, tiene como punto de partida una naturaleza contractual entre las sociedades que la conforman y de un modo consensuado la toma de decisiones y estrategias (Bustillo, 2014, pp. 15-60).

Falconí señala que el grupo societario está conformado por un conjunto de empresas jurídica y económicamente autónomas, que deciden coordinar sus desempeños, obligándose a una dirección unitaria (Falconí, 2005, p.5).

En efecto, las sociedades integrantes fijan el objetivo común y organizan consensuadamente el medio para llevarlo a cabo. Hay diferentes grados de coordinación como prácticas concertadas, contratos sencillos y limitados (Etcheverry, 1989, p.198). Gran parte de la doctrina, afirma que este grupo es un simple contrato de cooperación¹² por el que las sociedades

⁹ Se refiere aquel "control que se plasma a través de relaciones de dominación contractual u otros mecanismos establecidos por medio de influencias dominantes que gravitan desde afuera de la sociedad agrupada" (Martorell 1991: 230).

¹⁰ “Es aquel control obtenido por la propia participación en la sociedad controlada” (Martorell 1991: 230).

¹¹ “Es aquel control que se configura cuando el dominio se ejerce a través de un tercer sujeto de existencia ideal también controlado por la dominante” (Martorell 1991: 230).

¹² "En esta posición se ubican las opiniones de PAZ-ARES,.CC, *Uniones de empresas y grupos de sociedades*, ob, cit, pp. 53 y 54 y DE BRITO PEREIRA COELHO, F.P., *Grupo de sociedades*, ob.cit., p 309 "(Falconí, 2005,p.7)

participantes contribuyen al logro de sus actividades económicas, sin que se ponga en riesgo los intereses intrínsecos de las sociedades que lo suscriben (Falconí, 2005, p. 7).

Entre los beneficios de esta cooperación, son que los objetivos pueden ser planificados a un tiempo determinado según la conveniencia de las empresas, dependiendo de evaluaciones; que no pierden su autonomía económica ni de gestión y es más difícil provocar perjuicios a las sociedades que los conforman.

Sin embargo dadas las características ya descritas de los grupos societarios y considerando que la relación de control y dominación (subordinación) es una de ellas; este tipo de agrupación empresarial no será considerado como un Grupo Societario puesto que carece de ella.

4.2. Los Grupos de Sociedades por Subordinación

Así como se mencionó que la doctrina reconoce la posibilidad que las sociedades se pueden agrupar por coordinación surgidos de un contrato, es decir mediante un consenso de los integrantes, sin que sea necesaria la característica del control; por otra parte existen los grupos en los que existe un control y subordinación de empresas.

El término subordinación significa el control de una sociedad dominante sobre otras, implicando que la sociedad dominante pueda dirigir y limitar de un modo u otro el accionar de las subordinadas; tal como mencionó Etcheverry (Etcheverry, 1989, p.200).

“José Girón Tena en su cátedra universitaria señala que: Se habla de uniones de empresas porque estas conservan su individualidad, es decir una independencia por lo menos formal, aunque la autonomía de su conducta se comprometa en mayor o menor medida” (Echaiz, 2001, p.59).

Siendo evidente entonces, que esta definición se ajusta a las características dadas para un grupo de sociedades, en lo que se refiere al control, a la dirección unificada y claro está, la autonomía jurídica. Pudiendo concluirse que una de las condiciones fundamentales para que se constituya un grupo societario es el control, y este implica la dominación de la sociedad matriz a las subordinadas, por tal motivo es necesario determinar qué tipo de dominación o control han sido previstos.

4.2.1. Clases de Control en los Grupos Societarios

La doctrina internacional¹³; señala varias definiciones sobre lo que implica el control, no obstante, se tomará en cuenta lo precisado por la NIIF 10 (Normas Internacionales de Información Financiera) en el Punto 10 que “existe control sobre otra sociedad cuando se pueda dirigir las actividades más importantes de la dominada en lo referente a los resultados económicos, partiendo de derechos”.¹⁴

Una vez tomado en cuenta el concepto del control se procederá a desarrollar los tipos de control

a. Control Interno

Es el control que surge dentro la misma empresa, precisamente dentro su órgano de dirección. Se las puede calificar tomando como referencia la legislación italiana, argentina y varios estudiosos como Martorell, Galgano, Etcheverry, Embid en las de Derecho y de Hecho.

La NIIF 10, precisa en el Punto 11 que la subordinación nace en los derechos se puede obtener de modo directo y por medio de los votos.¹⁵

a.1. Control Interno de Derecho

Es la que se refiere a la dominación que ejercen los accionistas; por lo que la empresa matriz tiene la titularidad de las acciones con derecho a voto en una proporción que puede imponer su decisión.

Siendo así, se configura la sociedad holding, lo que significa la existencia de un grupo de sociedades subordinadas a una principal, la cual las controla mediante su participación en el capital social de las integrantes¹⁶

¹³ En el presente trabajo se utilizó lo establecido por la doctrina europea, en mayor medida la italiana, española, alemana; y la sudamericana, autores argentinos, chilenos y peruanos en menor medida.

¹⁴https://www.mef.gob.pe/contenidos/conta_publ/con_nor_co/niif/SpanishRed2020_IFRS10_GVT.pdf Consulta: 27/09/2020

¹⁵(Normas Internacionales de Información Financiera)

¹⁶<https://www.iberley.es/temas/sociedadholding63725?term=sociedad+holding+definiciion&query=sociedad+holding+definiciion&noIndex>

Esta dominación se ejerce, cuando no puede existir un atisbo de duda del control; contando con la mayoría de las acciones¹⁷ de la empresa dominada es decir más de un 50% (Echaiz, 2001, p. 63).

a.2. Control Interno de Hecho

A diferencia del control interno de derecho, el cual no deja duda de la subordinación hacia la dominante, puesto que ésta es titular del más del 50% de acciones, en el Control Interno de Hecho se refiere a lo fáctico, puesto que no necesariamente se necesita más de la mitad de acciones también se puede obtener el control.

A tenor de lo mencionado, Etcheverry menciona que este control implica, poseer más de la mitad del total de votos, de las acciones que usualmente concurren a las juntas donde se toman las decisiones, tomando en cuenta que en las sociedades con accionariado disperso hay una ausentismo usual (Etcheverry, 1989, p. 215).

En el mismo sentido; Galgano menciona que el control a menudo es ejercido por la minoría, cosa que es típico en sociedades con amplia base accionaria y que esta minoría permite el dominio ante la ausencia los pequeños accionistas (Galgano, 1995, pp.73-74).

Siendo así, en una empresa con accionariado difundido, es usual que se puedan diferenciar a aquellos accionistas que solo se interesan por el rápido retorno de su inversión que le significó adquirir esas acciones, sin interesarles necesariamente la gestión de la empresa; por tal motivo no suelen asistir a las juntas donde se toman decisiones de la gestión societaria.

b. Control Externo

b.1. Control Externo de Derecho

En este tipo de grupos societarios, la subordinación no se materializa en la titularidad de las acciones de la empresa dominante en las filiales, sino que es originado en base a un acuerdo plasmado en un contrato el cual debe estipular que éstas últimas se someten voluntariamente a la dirección de la controlante, quien decidirá las metas del grupo.

¹⁷ Cuando se habla de acciones se está mencionando a las que tienen derecho a voto.

Evidentemente, este contrato deberá estar debidamente redactado precisando los términos en los cuales se someten, la orientación y la renuncia de la autonomía de los órganos de dirección y gestión de las controladas y necesariamente públicos para que los stakeholders de las sociedades sean debidamente informados.

Como este tipo de control al tener una naturaleza contractual, las sociedades integrantes tendrán posibilidades de modificarlo si hay un consenso o finalmente resolverlo de modo unilateral, que aunque haya penalidades conlleva una desventaja de falta de predictibilidad para los integrantes y los vinculados a los integrantes de dicho grupo.

No obstante el riesgo mencionado, dicho contrato de sometimiento de las controladas permite que se cumpla en cierto modo los principios tipificados en el Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas, como la información y comunicación de los accionistas, operaciones con partes vinculadas y políticas de información.

b.2. Control Externo de Hecho

Es de público conocimiento, que las sociedades tienen distintos tipos de relaciones con los agentes del mercado para poder desarrollar su objeto social y alguna de esas vinculaciones son más importantes que otras, dependiendo de la incidencia en lo económico, ya sea con los proveedores, los acreedores, clientes, etc.

Siendo así; puede darse un control surgido de una relación cuyo fin intrínseco no es la dominación ni la subordinación a otra empresa, dicho control externo puede darse a través de diversos contratos comerciales (suministro, de concesión, de licencia o la franquicia)

Con dichos acuerdos, una sociedad puede quedar condicionada, subordinada en lo fáctico con la contraparte, dependiendo de la situación o poder de negociación que tiene en el mercado, como en el caso de un contrato de suministro, licencia o en el caso del contrato de franquicia generalmente la empresa franquiciada está controlada a lo que determina la franquiciante.

c. Control Directo e Indirecto

Todas las formas de dominación anteriormente mencionadas pueden ser ejercidas de manera directa o indirecta. La directa la ejerce la misma matriz y la indirecta la matriz la ejerce mediante una tercera.

- **Control Directo.-** En este supuesto existe una sociedad A que domina de manera directa a la sociedad B de conformidad a las modalidades ya mencionadas. Un ejemplo clásico es cuando una clínica posee la mayoría del accionariado de una empresa de diagnóstico médico por imágenes.



Figura 1. Control Directo

- **Control Indirecto.-** Cuando una sociedad domina a una tercera por medio de otra. Un ejemplo sería cuando una compañía hotelera(Sociedad A) tenga control de derecho de una empresa de transporte de turistas (Sociedad B) y ésta última de una empresa de agencia de turismo (Sociedad C); en tal sentido es la empresa hotelera que de modo indirecto (por vía de la empresa de transporte) controla a la agencia de turismo.

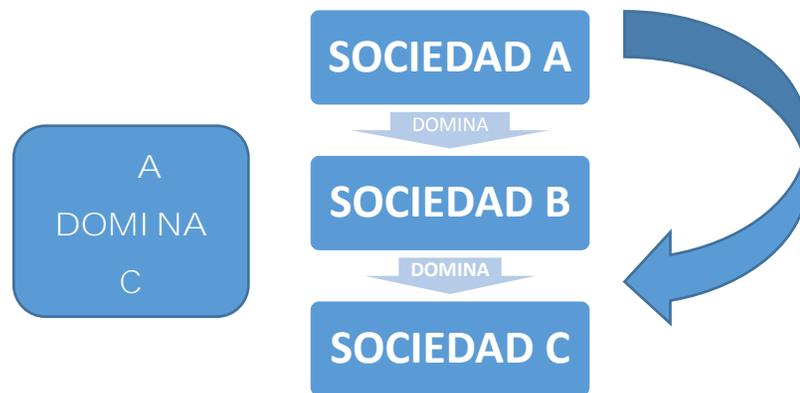


Figura 2. Control indirecto

d. Grupos Participacionales

Así como se precisó que el control de interno de hecho y derecho se puede plasmar de modo directo e indirecto, también se pueden clasificar los grupos dependiendo del tipo de la relación de las filiales entre ellas (Echaiz, 2001, p.70).

d.1. Grupo Societario Radial

En esta figura la sociedad que controla o matriz, subordina directamente a las demás del grupo, las cuales solo están vinculadas porque tienen la misma sociedad holding (Echaiz, 2001, p.70). Para una mejor comprensión del tema, el siguiente gráfico demuestra como empresa dominante A controla a X, Y, Z pero estas no tienen relación entre sí, solo tienen en común que tienen a la misma matriz.

Por ejemplo suponiendo que la sociedad matriz A es una dedicada al asesoramiento en servicios empresariales y tiene control en X que se dedica al alquiler y venta de automóviles, también control en Y dedicada en el alquiler de maquinaria pesada para la minería y la Sociedad Z dedicada a la refinación del cobre. Como se puede apreciar, el único factor común de las filiales es el control por parte de la matriz.

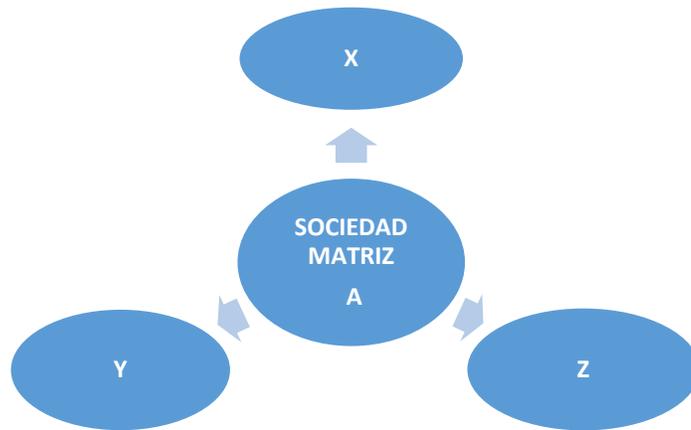


Figura 3. Grupo societario radial

d.2. Grupo Societario Piramidal

Este tipo de control es ejercido por la empresa matriz, que domina a una y esta a su vez a otras y así sucesivamente; por lo tanto hay una dominación directa e indirecta a la vez. Este grupo tiene la ventaja en que la matriz puede ejercer de mejor manera la dirección y el alcance de objetivos del grupo (Echaiz, 2001, p. 70).

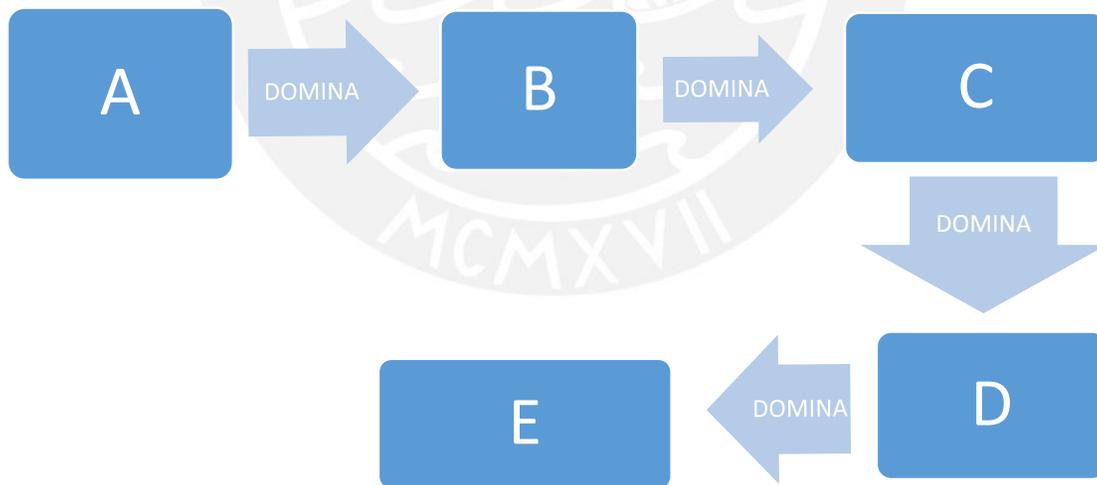


Figura 4. Grupo societario piramidal

En el gráfico se puede entender de mejor manera siendo A la sociedad matriz (una empresa armadora de buques) que domina directamente a B (empresa operadora de puertos) que a su vez domina directamente a C (Agencia marítima), siendo esta última dominada indirectamente por A, que a la vez domina indirectamente a D(empresa de estiba y desestiba), que es dominada directamente por C y que ésta domina indirectamente a E (almacenes de contenedores). Finalmente A domina indirectamente a D y E.

Según Galgano esta cadena de control no conoce límites y puede alternar sociedades con control de derecho y de hecho y así configurarse el “efecto telescopio” (Galgano, 2012, pp.1-336).

d.3 Sociedades Recíprocas

Este tipo de grupo societario a diferencia de los otros, en donde se da un control de tipo directo e indirecto, se caracteriza por que una sociedad tiene participación en otra y esta recíprocamente en la primera constituyéndose así las sociedades recíprocas.



Figura 5. Sociedades recíprocas

Como se aprecia en el gráfico la sociedad A(empresa inmobiliaria) tiene participación accionaria en la sociedad B(Empresa constructora) y ésta también en A, en tal sentido se configura una gran dificultad de poder identificar a la sociedad matriz que ostenta el control.

5. Grupos Societarios en Sudamérica

Habiendo visto previamente como define la legislación española a los grupos societarios, por su influencia constante en la legislación nacional se considera necesario revisar como es regulado en los países de la región:

- En Colombia se regula a los grupos empresariales precisando los tres requisitos detallados en el presente capítulo, resaltando que la matriz tiene el poder de dirección, sin perjuicio del desarrollo de cada una de las controladas¹⁸

Además, desarrolla que el control es directo o indirecto de derecho, sin contar a las que no tienen derecho a voto; también definen el control directo o indirecto de hecho, para elegir la mayoría de miembros de los órganos de gobierno de las sociedades. Incluso reconoce el control externo de derecho por parte de la dominante.¹⁹

- En Uruguay, se establece que son sociedades controladas cuando una sociedad tenga titularidad mayor al 10 % de otra²⁰, asumiendo un control directo o indirecto de hecho no requiriendo por tal motivo una mayoría absoluta de las acciones y precisa claramente el poder de la sociedad matriz²¹.

- En Chile, reconocen a Grupo empresarial como el colectivo de empresas que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, en el que hay el requisito de subordinación, asegurando un control directo o indirecto de derecho o hecho existiendo la presunción con la propiedad del 25% del accionariado con derecho a voto²².

También la Ley de Sociedades Anónimas tiene a define a las sociedades matrices que deben tener una titularidad de más del 50 % de las filiales²³.

¹⁸ Artículo 260° del Código de Comercio de Colombia.

¹⁹ Artículo 261° del Código de Comercio de Colombia

²⁰ Artículo 48° de la Ley de Sociedades Comerciales de la República Oriental del Uruguay

²¹ Artículo 49° de la Ley de Sociedades Comerciales de la República Oriental del Uruguay

²² Artículo 96°, 97°, 98° y 99° de la Ley de Mercado de Valores de Chile

²³ Artículo 86° de la Ley de Sociedades Anónimas de Chile

Como se ha podido apreciar, la doctrina internacional y la legislación comparada, de un modo u otro ha conceptualizado y precisado el tema de los grupos societarios, coincidiendo con la característica del control como indispensable y la norma colombiana además menciona de manera adecuada la característica de la dirección de la matriz sobre las filiales.

Por tal motivo, en el siguiente capítulo se analizará como la legislación peruana trata el tema de estos grupos societarios, revisando incluso los Anteproyectos de Ley pertinentes.



CAPÍTULO II: GRUPOS SOCIETARIOS EN EL PERÚ

Al comienzo del presente trabajo se mencionó la coyuntura que atravesaba el Perú cuando se promulgó la vigente Constitución Política, y lo que buscaba el constituyente en especial en el Capítulo Económico; al respecto el supremo intérprete constitucional, Tribunal Constitucional²⁴, estableció que la inversión privada es el medio para lograr el desarrollo económico; en tal sentido garantiza el derecho de las personas a asociarse con objetivo de lucro; por lo que se legitima la conformación de las sociedades y estas cuentan con la libertad de elegir la modalidad societaria y desarrollar la actividad económica; siempre y cuando no se perjudiquen el interés de la sociedad.

Por tal motivo, el sistema económico actual ha permitido la conformación de varias sociedades que con la finalidad de lograr mejores réditos económicos en un mercado cada vez más competitivo, plantearon estrategias de integración; en dicho sentido se conformaron diversos grupos societarios cuyas empresas cotizan en el mercado bursátil, como los grupos CREDICORP, ROMERO, INTERCORP, GLORIA, AJE, BRESCIA, etc.

Sin embargo; las empresas integrantes²⁵ de estos grupos devienen en una minoría de la totalidad de sociedades anónimas que desarrollan su actividad económica en el Perú; las cuales también conforman grupos societarios. Y a pesar de la evidente existencia de estos grupos societarios; la doctrina nacional no ha desarrollado con amplitud sobre el tema; siendo muy pocos autores, los que lograron definir con claridad lo que implica esta modalidad de la concentración empresarial; siendo Arce uno de los cuales logró definirla de manera clara: “grupo de empresas jurídicamente independientes, sometidas a una estrategia general” (Arce, 2003, p.13).

²⁴ Sentencia del Expediente N°0008-2003-AI/TC del Tribunal Constitucional

²⁵ Sociedades que cotizan en distintas Bolsas de Valores

1. Legislación Societaria Vigente

Al respecto, es necesario señalar que la Ley General de Sociedades²⁶ con más de veinte años de vigencia, buscaba alinearse a lo que mencionaba el Capítulo Económico de la Constitución Política, tomando como principal influencia la legislación española. Sin embargo; aún el país no había consolidado su apertura a los mercados internacionales mediante la suscripción de los Tratados de Libre Comercio, por lo que las empresas locales no experimentaron la feroz competencia global.

Por tal motivo, se considera que esta norma no desarrolló ni conceptuó la figura de los grupos societarios, a diferencia de la legislación española y sudamericana; sino que simplemente tipifica una de las características propias de estos grupos, que es el control o subordinación de sociedades.

En efecto la Ley General de Sociedades²⁷, solamente se refiere a una de las características esenciales de los grupos, que es el control, obviando la dirección unificada y el interés grupal; tipificando en el epígrafe como control indirecto de las acciones, precisando que el control necesariamente tiene que darse de modo interno de derecho, por exigir más de la mitad de las acciones o poder designar a la mayoría de los integrantes del directorio.

Al respecto, es necesario señalar que dicho Artículo parte de una premisa errónea al exigir un porcentaje mayor al 50% de las acciones para que haya control, porcentaje que no necesariamente es indispensable, puesto que es posible ejercer el control con una minoría, situación usual en las sociedades con amplia base accionaria y a dicho fenómeno se le denomina control directo de hecho (Galgano, 1995, pp.73-74).

Sin embargo; es necesario mencionar que el legislador acierta al considerar el control con la posibilidad de elegir a la mayoría de los integrantes del directorio; no obstante no todas las sociedades anónimas cuentan con uno.

²⁶ Ley N° 26887 - Ley General de Sociedades, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09 de diciembre de 1997.

²⁷ Artículo 105° de la Ley General de Sociedades.- Control Indirecto de Acciones

Sobre el epígrafe del mismo Artículo 105²⁸, se debe tomar en cuenta que el control indirecto es cuando la sociedad matriz domina a una tercera por intermedio de otra controlada; entonces es evidente la confusión en su denominación. Además, dicho artículo también se refiere al tipo de grupo societarios recíprocos; que es cuando dos sociedades tienen participación accionaria una en la otra y viceversa, vetando el derecho al voto a los titulares de dichas acciones.

Por último, recientemente se publicó la Ley N° 31112²⁹, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial, cuyo Artículo Tres³⁰, define al Grupo económico como “el conjunto de agentes económicos cuando alguno de ellos ejerce el control sobre otros” y el concepto de control como “la posibilidad de ejercer una influencia decisiva y continua sobre un agente económico mediante derechos de propiedad o derechos que permitan influir de manera decisiva en las decisiones de los órganos de una empresa”.

2. Sociedades que cotizan en el mercado bursátil

Si bien, en la Ley General de sociedades no se define a los grupos societarios, la Superintendencia del Mercado de Valores, entidad que supervisa el mercado bursátil, emitió el Reglamento De Propiedad Indirecta, Vinculación, y Grupos Económicos RSMV 019-2015-SMV/01, define al grupo económico como el colectivo de empresas siempre y cuando una de ellas ejerza subordinación sobre las demás.³¹

Y la misma resolución define al control como el predominio usual en las decisiones de los órganos de gobierno de sociedad y este dominio se plasma en un control directo o indirecto de derecho con una participación mínima de la mitad de las acciones del capital social.³²

²⁸ “Artículo 105.- Control Indirecto de Acciones.- Las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho a voto ni se computan para formar quorum (...)”

²⁹ Ley publicada el día jueves 07 de enero del 2021

³⁰ Artículo 3. Definiciones

³¹ Artículo 7° de la RSMV 019-2015-SMV/01

³² Art. 6.1 de la RSMV 019-2015-SMV/01

3. Entidades financieras

La Superintendencia de Banca y Seguros, que regula las entidades financieras, mediante la Resolución SBS 5780-2015 Normas Especiales Sobre Vinculación y Grupo Económico, define al grupo como la agrupación de empresas en la que alguna de ellas domina o subordina a las otras³³; y ese dominio se plasma en la dirección en las funciones de los órganos de dirección o gestión de las controladas estableciendo que este puede ser directo de derecho cuando tiene más del 50% de acciones con derecho a voto y señala como control indirecto cuando la dominante posee el poder de organizar la estructura y composición de los órganos de dirección y gestión de las empresas.”

Como se puede apreciar la definición establece una de las características del grupo de sociedades que es el control, el cual fue debidamente definido previamente y este puede ser directo o indirecto sería mejor precisado control directo de hecho, modalidad de control ya explicado en el primer capítulo del presente trabajo.

4. Normativa Tributaria

En el ámbito tributario, el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo tipifica el tema definiendo a empresas vinculadas económicamente, cuando una sociedad es propietaria más del 30% del capital de otra empresa, directamente o por intermedio de una tercera o cuando más del 30% del capital de dos (2) o más empresas pertenezca a una misma persona, directa o indirectamente y el capital de dos (2) o más empresas pertenezca, en más del 30%, a socios comunes de dichas empresas³⁴, coincidiendo en el mismo sentido el Artículo 24° del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta.

Se puede apreciar que, en las normas tributarias mencionadas se utiliza el término de empresas “vinculadas”; no obstante, es necesario mencionar que las sociedades se desenvuelven

³³ Art. 8° Resolución SBS 5780-2015 Normas Especiales Sobre Vinculación y Grupo Económico

³⁴ Artículo 54° del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo

en los mercados; y necesariamente están vinculados con distintos agentes, que devienen en grupos de interés en el ámbito internos y externo.

En tal sentido según Freeman³⁵, una empresa se vincula en el ámbito interno en su desenvolvimiento con los trabajadores, clientes, proveedores, acreedores y en el ámbito externo las sociedades tienen vinculación con los agentes del mercado como son las familias de los trabajadores, el estado e incluso los competidores. Por tal motivo se considera que el uso del término “vinculada” no es idóneo, debiendo ser reemplazado por grupo societario, filial o también empresa subsidiaria.

5. Anteproyectos Legislativos.-

Como se ha podido apreciar, a la fecha la normativa no ha tipificado de manera idónea y completa sobre los grupos societarios, ni el problema del presente trabajo, la pugna entre el interés grupal y el social de las empresas controladas; sin embargo dicha circunstancia no ha sido ignorada por las entidades competentes, siendo así se elaboraron los siguientes Anteproyectos de Ley que se refieren a los Grupos Societarios.

5.1. Anteproyecto de la Ley de Grupos de Empresas.-

Mediante Resolución Ministerial N° 001-2000-JUS, publicada el 19 de enero del año 2000, se designó a un grupo de juristas para que se dedicaran a elaborar el Anteproyecto de la Ley de Grupo de Empresas³⁶, con la finalidad de fomentar la conformación de estos grupos societarios y evitar el perjuicio de los intereses de quienes se vinculen con estos grupos³⁷.

En efecto, dicho Anteproyecto se encarga de definir al grupo de empresas, como aquellas que se encuentran subordinadas a un sujeto dominante, precisando las características propias como son la autonomía jurídica, la relación de control y la dirección unificada³⁸; tomando especial

³⁵ Edward Freeman en Strategic Management Stakeholder approach, Pitman, Boston(1984)

³⁶https://www.echaiz.com/pdf/77_ANTEPROYECTO_DE_LEY_SOBRE_GRUPOS_DE_EMPRESAS.pdf

Consulta: 20/01/2021

³⁷ Artículo 1°.- Finalidad de la Ley.-

³⁸ Artículo 5°.- Concepto.-

énfasis en definir lo que es el interés grupal, “que busca el bienestar empresarial del grupo de empresas”, diferenciándolo del interés empresarial y personal, precisando que “el interés grupal se impone sobre los intereses particulares”³⁹.

Además, respecto al problema que desarrollará en el presente trabajo, la Segunda Disposición Modificatoria del Anteproyecto propone que se modifique el Artículo 139° de la vigente Ley General de Sociedades sobre los Acuerdos Impugnables, fortaleciendo lo mencionado en el párrafo anterior, al tipificar que “no procede la impugnación cuando la sociedad pertenece a un grupo de empresas y este acuerdo persigue la satisfacción del interés grupal”.

5.2. Anteproyecto de la Ley General de Sociedades

Tomando; en cuenta que la normativa societaria tiene una vigencia de más de 20 años y es evidente que las circunstancias globales en todo ámbito variaron en específico en el sector empresarial; el Ministerio de Justicia en el año 2017 mediante Resolución Ministerial N° 0108-2017-JUS encargó a un grupo de profesionales revisar y proponer mejoras respecto a la Ley General de Sociedades, con la propósito de brindar una regulación adecuada conforme a la coyuntura brindando seguridad jurídica a los distintos agentes del mercado en especial a las sociedades.

A tenor de lo mencionado el Anteproyecto desarrollado define al Control; como la propiedad directa o indirecta de más de la mitad de acciones con derecho a voto, o el derecho a elegir la mayoría de los miembros del Directorio⁴⁰; apreciándose que se refiere a un control interno de derecho en lo que se refiere al porcentaje de accionariado para decidir el voto y a un control interno de hecho, puesto que no necesariamente se debe tener la titularidad de la mayoría absoluta para poder elegir a la mayoría de los miembros del Directorio.

El mismo anteproyecto tipifica al Control Indirecto de Acciones del siguiente modo: “las acciones emitidas por la sociedad que sean de titularidad de una sociedad controlada por esta, no

³⁹ Artículo 7°.- Interés Grupal.-

⁴⁰ “Artículo 88°.- Adquisiciones originarias prohibidas.-(...)

88.2.- Se entiende por control de la propiedad, directa o indirecta, de más del cincuenta por ciento de acciones con el derecho a voto, o al derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio o a modificar el estatuto.”

dan a su titular derecho de voto, no se computan para formar cuórum ni tendrán derechos políticos, pero sí conferirán a su titular todos los derechos económicos inherentes a estas”⁴¹. Advirtiéndose que se reitera tipificar al Control Indirecto cuando en realidad se refiere a un Control Recíproco, figura que fue explicada previamente en el presente trabajo; además no se ha desarrollado los conceptos de dirección unificada y el interés grupal, cuyo defecto genera inseguridad jurídica para las socios y sociedades integrantes de un grupo societario.

Sin embargo, en lo referente al problema que se analizará en el presente trabajo, sobre el conflicto en la implementación del interés grupal con el interés social de cada empresa filial, se puede apreciar que si bien el Anteproyecto no se encarga de tipificar los términos de Interés Grupal ni de Dirección Unificada, sí tiene a bien precisar las situaciones en las cuales se configuraría un conflicto de intereses entre los socios y la sociedad, suspendiendo el derecho a voto de los accionistas en la toma de dichos acuerdos societarios cuando se trate sobre “la liberación de obligaciones o concesión derechos, otorgamiento de financiamientos o garantías a favor del socio o de terceros”⁴² y también se refiere al conflicto de interés por parte de los Directores⁴³, otorgándoles cierta discrecionalidad que los exime de responsabilidades “siempre y cuando haya actuado de buena fe y sin conflicto de intereses, con un procedimiento adecuado independiente y transparente en la toma de la decisión”⁴⁴ y cumple con especificar a las personas vinculadas determinando que:” la vinculación será determinada conforme a los criterios establecidos por el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por la Superintendencia del Mercado de Valores”⁴⁵

Por tal motivo, este Anteproyecto, si bien no precisa conceptos como la dirección unificada ni el interés grupal; de algún modo prevé el modo de cómo proceder en el caso que los socios y directores se encuentren en conflicto de intereses, precisando dichas circunstancias; situación que

⁴¹ Artículo 96°.- Control Indirecto de Acciones

⁴² Art. 123.- Conflictos de interés y suspensión del derecho de voto

⁴³ Artículo 157. Situaciones de conflicto de interés

⁴⁴ Artículo 151.- Protección de la discrecionalidad en el ejercicio del cargo

⁴⁵ Artículo 158.- Personas vinculadas

ocurre usualmente en la dinámica de los grupos societarios, entre la sociedad matriz y la empresa filial.

6. Corolario

Por lo expuesto, con la excepción de las sociedades que cotizan en el mercado bursátil y empresas del sector financiero, resalta que no haya una definición apropiada y completa de lo que son los grupos societarios y sus características esenciales; esta deficiencia se considera inaceptable puesto que el número de sociedades supervisadas por la Superintendencia del Mercado de Valores, es un porcentaje muy pequeño del universo de sociedades existentes.

En consecuencia, es necesario que se legisle de manera adecuada para evitar incertidumbres en el desenvolvimiento de los grupos societarios, sobre todo en las circunstancias que el interés grupal con el interés social de las empresas filiales colisione, puesto que este vacío provoca inseguridad jurídica ya que posibilita interpretaciones riesgosas por los organismos jurisdiccionales.

Finalmente, se puede concluir que en el Perú; a pesar de los intentos legislativos, mediante la elaboración de Anteproyectos de Ley, se coincide con Hundskopf cuando menciona que “la estructura económica y jurídica ha producido una fractura entre el derecho societario tradicional con la práctica societaria actual”; por tal motivo resulta indispensable una debida regulación al respecto; del mismo modo que los otros países lo han efectuado (2006, p. 141).

CAPÍTULO III: CONFLICTO DEL INTERÉS GRUPAL CON EL DE LAS SOCIEDADES CONTROLADAS

Habiéndose desarrollado el concepto y características de los grupos societarios; según lo que menciona la doctrina y la legislación nacional y comparada⁴⁶, se procederá a desarrollar el problema materia del presente trabajo de investigación, el conflicto entre el interés grupal con el interés social de las empresas filiales que la integran el grupo societario, de sociedades anónimas que no cotizan en el mercado bursátil.

Para poder ejemplificar dicho problema, se mencionará el siguiente hipotético grupo societario.

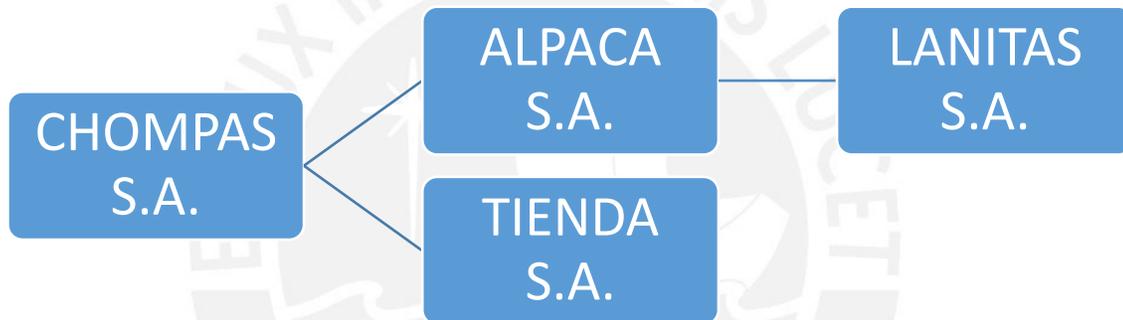


Figura 6. Grupo empresarial hipotético

⁴⁶ Española, italiana y sudamericana

Tabla 1:

Grupo empresarial hipotético

Empresa	Objeto Social
Alpaca S.A.	Crianza y desarrollo de auquénidos andinos
Lanitas S.A.	Producción de hilados de fibras de alpaca y vicuña
Chompas S.A.	Confección y comercialización de prendas de vestir de lana de alpaca y vicuña(Sociedad Matriz)
Tienda S.A.	Inmobiliaria dedicada a construir y administrar inmuebles para comercio de moda

En tal contexto; Alpaca S.A., empresa filial del grupo societario, ha recibido una oferta para suscribir un contrato de joint venture con una empresa líder del mercado a nivel global en su rubro, para un proyecto que implicaría grandes posibilidades de crecimiento económico, lo cual se traduciría en mayores utilidades y dividendos para los accionistas, así como un reconocimiento de la empresa a nivel internacional.

Sin embargo, la empresa que realizó la oferta es miembro de otro grupo societario cuyos integrantes se dedican al rubro de las confecciones textiles de lujo; siendo así el Directorio de Alpaca S.A., en acatamiento de los lineamientos señalados por la sociedad matriz, Chompas S.A.; rechaza dicha oferta y ni siquiera convoca a una Junta General de Accionistas para discutir la procedencia o no de la suscripción de dicho convenio, pudiendo supuestamente haber perjudicado a la sociedad e impidiendo a los socios lograr a un mayor retorno a su inversión.

En el hipotético caso descrito; la conducta adoptada por el Directorio de Alpaca S.A., en específico por la mayoría de sus integrantes, quienes fueron elegidos por la sociedad matriz (en su calidad de socio mayoritario), configura en una de las situaciones más usuales que se presentan en la dinámica de los grupos societarios y de los que más controversias generan respecto a la existencia de éstos; porque con dicha decisión adoptada en base a los lineamientos establecidos por la sociedad matriz, Chompas S.A., supuestamente en la

búsqueda del interés grupal, se ha perjudicado los intereses de la sociedad filial y por ende a los accionistas.

Por lo expuesto, surgen las siguientes interrogantes: si es que la sociedad matriz, Chompa S.A., en su calidad de controlante; (por ser accionista mayoritario de la filial Alpaca S.A.) que le permiten designar a la mayoría de los miembros del Directorio, puede implementar objetivos que menoscaben el interés social de las filiales y si los directores de estas empresas pueden tomar decisiones a favor del interés grupal en detrimento de la empresa filial que los designó y si nuestra legislación ha previsto dichas circunstancias.

Por tal motivo, con la finalidad de dilucidar de manera idónea esta interrogante se considera necesario desarrollar y explicar los conceptos esenciales de los grupos societarios como son la Dirección Unificada, Interés Grupal y como se desenvuelven frente al Interés Social de las empresas filiales.

1. La Dirección Unificada

En el Primer Capítulo del presente trabajo, se precisó que una de las características esenciales para que se puedan configurar los grupos societarios es el control; el cual consiste en la capacidad de la sociedad matriz por la titularidad de la mayoría de acciones (control de derecho) o por contar con una cantidad menor a la mayoría absoluta de acciones, pero preponderante para tomar las decisiones (control de hecho); de manera directa o indirecta por medio de otra empresa, puede elegir a los órganos de gobierno de la sociedad.

Asimismo; como fue mencionado en su oportunidad, nuestra legislación societaria⁴⁷, sobre los grupos societarios únicamente se refiere a la característica del control, definiéndolo confusamente; por tal motivo se desarrollará lo que menciona la doctrina al respecto. Al respecto Girgado señala que ésta sola condición de la sociedad matriz, el poder de controlar las filiales, no involucra necesariamente la incorporación de la sociedad dominada al grupo empresarial liderada por la primera, ya que también es indispensable que se configure la otra característica de

⁴⁷ Artículo 105°.- Control Indirecto de Acciones, de la Ley General de Sociedades

los grupos societarios, que es trazar una meta a la cual deberán dirigirse las demás sociedades.(2001, pp.202-203)

Ciertamente; únicamente se tratará de un grupo societario cuando las filiales son reconducidas a un objetivo económico único, determinado por la matriz; en base al dominio que se ejerce con la designación de los órganos de dirección y gestión de las filiales (Montalenti, 2007, p.320).

Confirmando lo expuesto, la doctrina considera que hay grupo societario siempre que pueda apreciarse una situación de dirección única o unitaria, e incluso la jurisprudencia española⁴⁸ resalta que la idea común de los grupos societarios es la presencia de la unidad de decisión sobre el resto de las agrupadas, siendo el elemento que aporta cohesión al mismo (Bustillo, 2014, pp.15-60).

En tal sentido, esta dirección unificada se plasma en la determinación de objetivos y órdenes por parte de la matriz a las demás integrantes, las cuales deberán someterse a través del accionar de sus órganos de administración, quienes de algún modo tendrán que seguir los dictados del órgano de dirección de la matriz; por tal motivo es indispensable determinar si dicho poder es limitado o no.

Al respecto, Kleidermacher menciona que esta posible limitación desnaturalizaría la existencia del grupo enfatizando que, “si no pudiera un grupo contar con una dirección unificada ¿qué sentido tendría constituir un grupo?” Coincidiendo con Sánchez Álvarez, el cual precisa que “sin la dirección, el grupo societario no sería otra cosa que una mera asociación de empresas” (2001, p. 150). Adicionalmente, Gerum menciona que este objetivo se traduce en la gestión en las estrategias, pudiendo estar destinadas a “fines de orden económico, financiero comercial e incluso de pura consolidación tributaria” (1998,p.10). A lo que López añade que “estas políticas estratégicas deben buscar la satisfacción del grupo” (2014, p.32).

Por lo expuesto; se puede concluir que esta facultad de la matriz, de establecer la dirección unificada, es indispensable para que se pueda conformar un grupo societario; siendo así en el

⁴⁸ Juzgado Mercantil de Oviedo, del 16 Octubre del 2006

caso propuesto como ejemplo, la sociedad matriz Chompas S.A., sí tenía la posibilidad de trazar los objetivos para el grupo de empresas que controla, por lo que se presenta la interrogante si esta facultad de la matriz es ilimitada, ya que puede perjudicar al interés social de las filiales, o si debe buscar un interés común que satisfaga a las empresas integrantes del grupo; por tal motivo a continuación se desarrollará dicho concepto.

2. Interés Grupal

Es importante señalar que a pesar de lo mencionado por Kleidermacher se considera que la dirección unificada, elemento esencial de los grupos societarios, no es ilimitada; sino que tiene solo una finalidad, el denominado interés grupal, elemento que respalda la existencia de los grupos societarios y justifica en cierto modo el acatamiento de las órdenes de la sociedad matriz (Falconí, 2005, p. 179).

Después; de haber revisado la doctrina se puede mencionar que hay una dificultad para definir este interés grupal, porque a pesar que algunos señalan que los grupos societarios son una especie de empresa plurisubjetiva; estos no son sujetos de derecho (De Arriba, 2004, p.276).

Sin embargo; se podría partir de la premisa que en la conformación de un grupo societario, no es factible que las empresas integrantes del grupo compitan entre ellas o que se practiquen conductas que perjudiquen a unas filiales en específico; sin que se busque beneficiar al conjunto⁴⁹. En efecto, al haber un colectivo de intereses sociales por cada una de las empresas integrantes del grupo; la visión de lo que es el interés grupal definido por la matriz, no es ilimitada; sino que debe obligatoriamente buscar el equilibrio de coincidencia del interés de todas las sociedades que lo integran (Falconí, 2005, p.181).

Lo mencionado no implica desconocer que en la dinámica de los grupos societarios es usual que algunas empresas filiales sacrifiquen su propio interés como un medio para alcanzar la finalidad trazada por la matriz tal como lo establece la doctrina alemana en el cual “las

⁴⁹ Como se aprecia en el ejemplo brindado, el objeto social de cada una de las integrantes es distinto y no pugnan por el mismo mercado objetivo.

integrantes mantienen su objeto social (Gegenstand) pero modifican su fin social (Gesellschaftszweck) y asumen el interés del grupo” (Le Pera, 1979, p.232).

Ciertamente; el negar la imposición del interés grupal, implicaría la negación de la existencia de los grupos societarios como forma de concentración empresarial. Pues el interés grupal legitima y sustenta al grupo de empresas; por lo que es esencial tutelarlos jurídicamente (Rodríguez, 2015, p.66).

A tenor de lo mencionado, se coincide con Lehuedé cuando señala que la orden dañina a una filial que supuestamente se ajusta a la consecución del interés grupal; y que solamente favorece al interés de la matriz y de cualquier otra sociedad filial continuamente, constituye un ejercicio ilegítimo del poder de dominación; ergo, si la dirección causa un perjuicio a alguna de las filiales, pero si se encuentra en consonancia con el referido interés común del grupo, deberá primar este último, por ser un ejercicio legítimo de la dinámica grupal (Jequier, 2014, pp.121-152).

Por lo que, se puede concluir que el interés grupal aglomera necesariamente el de todas las sociedades integrantes y no solo el de la matriz, por lo que cuando se presente una supuesta contraposición de intereses debe primar el grupal sobre el social de las integrantes.

Respecto al ejemplo otorgado; como se concluyó previamente la sociedad Chompas S.A., en su calidad de matriz, está facultada de trazar los lineamientos estratégicos y los objetivos para las empresas filiales del grupo; en tal sentido la decisión tomada por el Directorio de la filial, Alpaca S.A., de no poner a discusión de la junta de accionistas la posibilidad de celebrar dicho contrato porque no estaba de conformidad a la estrategia planificada para lograr el objetivo grupal era aceptable; no obstante esta decisión para que sea legítima tiene que estar necesariamente orientado al beneficio de todas las empresas filiales, incluyendo obviamente al de Alpaca S.A.; siendo difícil poder dilucidar que la implementación de este interés grupal conllevará también un beneficio al interés social, más aún si este último se ve perjudicado al menos coyunturalmente, por lo que se considera necesario definir a que se refiere uno cuando se habla del interés social de las sociedades.

3. Interés Social y de los Socios

El presente trabajo versa de Grupos Societarios integrados por Sociedades Anónimas, que son sociedades de capitales, las cuales son constituidas en base a los aportes de los socios, que al ser valorizados, reciben una participación del capital social, representado en la titularidad de acciones.

En este universo de accionistas, propietarios de la sociedad, al momento de la constitución de la misma comparten necesariamente un interés claramente determinado; manifestado en los estatutos; que en lo económico es el crecimiento, desarrollo y la obtención de utilidades de la empresa creada, mediante la ejecución de su objeto social, que conllevaría al rendimiento de los dividendos de conformidad al porcentaje de acciones que posee.

Estos accionistas pueden tener distintos intereses respecto a su derecho de propiedad de las acciones representadas en el capital social; algunos le darán preponderancia al retorno económico de su inversión mediante los dividendos restando importancia a los derechos políticos, por lo que no suelen asistir a las Juntas Generales de accionistas o también que sus acciones no tienen derecho al voto, a estos los denominaremos accionistas minoritarios o externos⁵⁰.

Asimismo, los otros accionistas, que si bien lógicamente están interesados en réditos económicos, también les importa la gestión de la sociedad, puesto que consideran que es el modo por el cual se aseguraría el éxito de la empresa; por tal motivo estos socios son usuales concurrentes a las juntas generales para tener influencia preponderante en la elección de los integrantes de órganos de gobierno y gestión de la sociedad. A este último tipo de accionistas, se les denomina accionistas mayoritarios, porque representan más del 50% del capital social o porque también son los concurrentes usuales a las Juntas Generales de Accionistas; que ante el

⁵⁰ Según Martínez Machuca: “los socios externos han de entenderse como aquellos socios minoritarios de las sociedades dominadas”

ausentismo de los accionistas minoritarios constituyen una mayoría fáctica, o de ser el caso son los propietarios de las acciones con derecho a voto.

Por lo mencionado; al haber este tipo de accionistas mayoritarios y minoritarios, con distintos tipos de intereses es factible la posibilidad que existan controversias de intereses entre estos; la obtención inmediata de réditos económicos en base a las actividades de la empresa y la gestión a largo plazo, para la consolidación de la empresa en el mercado.

Sin embargo los intereses de los accionistas detallados no corresponden necesariamente al interés social de la empresa.

La doctrina menciona que el interés social es difícil de determinar; en el mismo sentido De Roimser precisa que es imposible de precisarlo puesto que cada uno de los socios tienen intereses particulares; por lo que el interés social no deja de ser una expresión circunstancial (1979, p.52). Montoya señala en forma genérica que el interés social “es aquel que tuvieron los socios al constituir una sociedad, lo que originó su vinculación y que se propusieron obtener de ella” y que esta no es permanente sino que al igual que el mercado puede variar de conformidad a las circunstancias (Montoya, 2004, p.69).

Asimismo, la posición contractualista⁵¹ preponderante en la doctrina, establece que se actúa en base al interés social cuando se busca el máximo beneficio de la sociedad, al maximizar la rentabilidad del aporte de los socios, vinculando a los socios y los administradores a la consecución de dicho objetivo⁵² (Hijas, 2020).

Concluyendo; se puede afirmar que el interés común de los socios o accionistas no es radicalmente distinto al de la sociedad, ni al interés del grupo, porque este busca el desarrollo de todos los integrantes y los intereses comunes de la agrupadas tampoco pueden ser sustancialmente incompatibles entre sí”(Girgado, 2001, p.203).

⁵¹ La doctrina también menciona la Teoría Institucionalista del interés social; “ el cual subsume los diversos intereses presentes en ésta, de accionistas, proveedores, acreedores e incluso el público en general”.(Lengua, 2011, p.393)

⁵² <https://www.elnotario.es/practica-juridica/>

En consecuencia, el interés social de cada empresa del grupo societario otorgado como ejemplo es una mayor utilidad económica, por lo que la decisión adoptada por el Directorio de Alpaca S.A. en acatamiento del objetivo grupal delineado por la matriz, si bien aparentemente menoscaba el rendimiento económico, a largo plazo debe compensarlo con las ganancias correspondientes, satisfaciendo el interés de los socios, el interés social de la empresa filial y el interés grupal.

4. Conflicto entre el Interés Social de la empresa filial con el Interés Grupal

Habiéndose desarrollado el interés social y grupal; tomando en cuenta “el sacrificio” de las empresas integrantes del grupo es parte de su dinámica según Embid, es necesario determinar lo que acontece cuando estos colisionan.

La doctrina menciona que en los grupos por subordinación, la solución no es sencilla porque si bien se ha optado por hacer prevalecer el interés grupal en la mayoría de casos, hay situaciones en los que debe prevalecer el interés social de la sociedad perjudicada. Todo esto porque se produce “la imposición de la voluntad de una de las sociedades miembros y el detrimento de autonomía y gestión de las restantes” (Palmero & Bisio, 1979, p.72).

Tomando en cuenta que el interés social de cada empresa es particular y tiene que ver necesariamente con los objetivos económicos; por tal motivo es necesario determinar a qué se refiere cuando se habla del “interés contrario” de cada sociedad. Siendo así, Elías cita a Verón, precisando que el interés en contrario, se manifiesta únicamente si el accionista vota en su interés en perjuicio del interés social y no lo comprende cuando el interés social sea diferente al grupo de empresas al cual pertenece y que el voto del accionista puede estar en función del interés grupal y no contrario a la sociedad puesto que tal vez es parte de una estrategia a largo plazo (Elías, 2015,p.505).

El mismo Verón menciona que es sumamente difícil dilucidar de manera genérica esta posible contraposición de intereses, señalando que Uría dictamina que en el supuesto de los grupos societarios, es imprescindible analizar cada caso sobre el fondo del asunto, pudiendo determinarse que hay conflicto de intereses si la decisión solamente beneficia a la matriz o algunas empresas determinadas con perjuicio continuo de la empresa (Verón, 1982, pp.878-879).

Ratificando lo expuesto; para poder determinar ese conflicto de interés respecto a los grupos societarios Verdier acota que se deben analizar las decisiones asumidas como complejas, debido al supuesto interés de las sociedades de apoyarse mutuamente (Baigun & Bergel, 1988, p. 81).

En tal sentido, en el ejemplo otorgado, la decisión tomada por el Directorio de la filial, Alpaca S.A., a favor del interés grupal si bien implica un perjuicio temporal a los intereses de la sociedad; en el largo plazo debe favorecerla; por tal motivo debe ser analizado dentro del plan trazado detalladamente.

Siendo así, en un dilema de intereses; entre el grupal y el social de las empresas del grupo, debe primar el interés de grupo, pues es el que legitima y otorga eficiencia al grupo de sociedades; y solo a partir de su reconocimiento se tendría implementar mecanismos jurídicos que resuelvan eventuales problemas que surjan entre éste y el interés social de las sociedades miembros del grupo (Rodríguez, 2015, p.67).

A tenor de lo expuesto, el Tribunal Supremo de España, sostiene que la integración de una sociedad en un grupo societario, no implica la pérdida absoluta de su autonomía, pues la filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus particulares objetivos y su propio interés social, matizado por el interés del grupo, pero sin desaparecer y no se puede justificar cualquier actuación dañina para la filial por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrada (Manel, 2020).

La Sentencia aclara que necesariamente deben haber ganancias para la filial y tienen que ser ponderadas en su totalidad, efectuando un balance de las ventajas y desventajas para definir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial; prestando especial énfasis a que los beneficios de la sociedad filial deben ser verificables, pudiendo admitirse en dicho análisis oportunidades de negocio concretas, dotadas de valor patrimonial.

En Italia,⁵³ se ha previsto mecanismos para compensar de algún modo el interés social de la empresa que pueda resultar perjudicada ante la consecución del interés de grupo, ordenando que los intereses que determinen las toma de decisiones por parte de las sociedades controladas,

⁵³ Art. 2497-ter del Código Civil Italiano

dentro del grupo societario, “sean claramente precisados, para permitir un control que corresponda a un interés de grupo, y, por ello, también atribuible a la controlada, y no, en cambio, al interés exclusivo sólo de la controlante o de otra sociedad del grupo”(Galgano, 2009, p.70).

En el mismo sentido, se ratifica que el interés grupal prima sobre el interés de la empresa filial siempre que el grupo se encuentre estructurado bajo una política equilibrada y estable; que el interés del grupo sea tipificado y divulgado; y que los administradores concluyan razonablemente que los posibles daños serán compensados por las ganancias que obtendrá la sociedad dentro de un plazo determinado (Montalenti, 2004, p.255).

Lo expuesto permite concluir que; el interés social de la filial, de un modo u otro debe coincidir necesariamente con el interés grupal y que en el caso los accionistas y los órganos de dirección tengan que decidir supuestamente entre el interés social y el grupal; no podrían analizar los actos en forma aislada porque los posibles perjuicios coyunturales a las filiales no podrían determinarse sin considerar los beneficios al grupo incluyendo obviamente a la filial (Salvatierra, 2004, p.535).

En el caso propuesto; Chompas S.A., en su calidad de sociedad matriz por tener el control sea de hecho o derecho, y a pesar de tener la facultad de trazar la dirección unificada del grupo, debería haber comunicado previamente a todas las filiales de la meta grupal y como en la consecución de ésta, se afectarían los intereses de las empresas integrantes, tal como es el caso de Alpaca S.A.. En efecto, en esta supuesta pugna del interés grupal con el interés social de las empresas integrantes, los órganos de gobierno de las subsidiarias deben determinar la conveniencia o no de adoptar las medidas establecidas por la matriz, en base a un análisis riguroso y no con meras especulaciones.

Siendo así el Directorio de Alpaca S.A. al haber decidido no suscribir el joint venture, en acatamiento del lineamiento grupal a pesar que perjudica, aunque sea de manera coyuntural, el interés social; debía previamente haber sopesado los beneficios y pérdidas; tomando en cuenta criterios mínimos como el costo de oportunidad, habiendo concluido que los beneficios son mayores a los costos del perjuicio causado.

5. Mecanismos de Defensa del Interés Social

Una vez que se ha concluido que la finalidad de los grupos societarios, es que la matriz ejerza el control sobre las filiales para trazar una dirección o una meta en búsqueda de lograr y desarrollar un interés grupal, reflejado en beneficios económicos para todas las empresas integrantes y que en la aplicación de la estrategia planteada por la matriz para obtener esa meta grupal, es posible que se “sacrifiquen” los intereses de algunas filiales, al menos durante un periodo de tiempo; siendo perjudicados los intereses sociales de las subsidiarias y de los socios minoritarios; éstos cuentan con mecanismos para defender sus intereses, en caso consideren que sea producto de una conducta oportunista.

Diversos autores concluyen que en caso los órganos de dirección deban elegir entre el interés grupal y el social; debe primar el interés grupal; siempre y cuando sea legítimo, no obstante su tipificada obligación de velar por el interés social, tomando decisiones en base al deber de lealtad e independencia en el ejercicio de sus funciones.

La Ley General de Sociedades, al no haber regulado sobre los grupos societarios; tampoco precisa cuando se configura un conflicto de intereses⁵⁴; del social con el grupal, sino que establece solamente mecanismos de defensa del interés social de la empresa, tal como se analizará a continuación en el presente capítulo.

En efecto, los estudiosos del tema señalan que, para evitar este conflicto de intereses pueda perjudicar a la sociedad, se puede recurrir a una “*heterotutela represiva o a posteriori*” en la cual los que accionan deben probar un daño ante un tercero, el órgano jurisdiccional correspondiente y una “*autotutela preventiva o a priori*” del interés social para ciertos conflictos de intereses de los socios, como es la prohibición de ejercicio del derecho de voto al socio que se encuentre en alguno de los casos expresamente tipificados o de los integrantes del Directorio (Sánchez Ruiz, 2015, pp.918-934).

⁵⁴ En el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, sí se ha provisto tal como se mencionó en el Segundo Capítulo del presente trabajo.

Siendo así; en el caso de grupos societarios, se podrían utilizar estos mecanismos de defensa, cuando se presente un abuso de control y desvío del interés social cuando la sociedad filial ha devenido continuamente, sometiéndose a una dirección ejercida solamente en base a los intereses de la matriz o de otras empresas integrantes (Boretto, 2007).

Nuestra norma societaria tipifica ambos mecanismos de protección, cuando suspende el derecho de voto a los accionistas cuando tengan conflictos de interés con la sociedad y la obligación de los integrantes del directorio de abstenerse de ejercer su función en caso de haber algún interés particular o de terceros en la posible toma de decisiones; por lo que se desarrollarán dichas figuras legales.

5.1. Mecanismo de Autotutela

5.1.1. Impedimento del Voto

La Ley General de Sociedades⁵⁵ precisa que los socios que tengan conflicto de interés con la sociedad no podrán ejercer su derecho de voto; y que el incumplimiento de dicho veto es causal de la impugnación del acuerdo tomado y que responden solidariamente por los daños y perjuicios.

Tal como se mencionó previamente, es complicado poder determinar cuál es el interés de la sociedad y el de los socios; a lo que Garo afirma que dicha prohibición, por ser tan compleja, legislaciones como la francesa decidieron no prohibir el derecho a votar, no obstante aduce que se debe sancionar con el impedimento del veto al voto solo cuando ese perjuicio provocado a la empresa beneficie al socio o a terceros simultáneamente (1954, p.33-37).

En tal sentido Elías aclara, que para aplicar dicho veto se necesita de una disputa entre las partes y no una leve oposición y que en caso no haya un perjuicio o se trate de nombramiento de administradores o votar por uno mismo para integrar el Directorio o un puesto de gestión no están comprendidos en dicha prohibición (2015, p. 505).

⁵⁵ “Art. 133°.- Suspensión del derecho de voto.- El derecho de voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad.(...)”

A tenor de lo expuesto, en el caso de los grupos societarios, si la matriz es el socio mayoritario no tiene impedimento alguno para votar y designar a los órganos de gobierno de la empresa. Siendo así en el caso propuesto como ejemplo, Chompas S.A., en su calidad de accionista mayoritario puede votar y elegir a los integrantes del Directorio y otras decisiones; tomando en cuenta que el interés grupal está alineado al interés social de las filiales y por ende de los socios, por lo que no cabría un “real” conflicto de intereses por parte del socio mayoritario.

Sin perjuicio de lo mencionado en caso que haya dudas al respecto, se debe analizar detalladamente cada acuerdo en particular, debido a que los perjuicios pueden ser parte de un cuadro mucho más complejo que pueden tal vez beneficiar en un futuro a la filial, cumpliendo por tal motivo con el interés grupal y social.

5.2. Mecanismos de Heterotutela

Como se mencionó previamente; la sociedad, los accionistas o terceros también pueden recurrir a los órganos jurisdiccionales para impugnar y solicitar la nulidad de las decisiones acordadas por la sociedad contra sus intereses.

5.2.1. Nulidad y Anulabilidad de los Acuerdos Societarios.-

La norma societaria⁵⁶ precisa las causales de nulidad de los acuerdos de las juntas de las sociedades anónimas, que son las que señala la misma norma y el Código Civil; la Corte Suprema⁵⁷ se pronunció mencionando que puede solicitarse mediante la impugnación según el Artículo 139°, debiendo interponerse la demanda a fin que dilucide la controversia.

Asimismo; el Artículo 139° de la Ley General de Sociedades, establece que dichos acuerdos que incurran en causales de anulabilidad también pueden ser impugnados; sin embargo esta norma, no precisa las causales de anulabilidad de los acuerdos, por lo que para poder dilucidar dicha incertidumbre se puede considerar lo que la Ley de Sociedades Anónimas de España, que

⁵⁶ Ley 26887 -“Art. 150°.- Acción de nulidad, legitimación, proceso y caducidad: Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil (...)”

⁵⁷ Casación N°1442-2002-Arequipa

tiene una gran influencia sobre la nuestra; tipifica, que los acuerdos nulos son los contrarios a la ley y que las demás infracciones son anulables.⁵⁸

Al respecto Hundskopf señala que se puede solicitar la nulidad del acuerdo si está en contra de lo tipificado por la ley; requisitos formales de la instalación y funcionamiento de la junta y que la anulabilidad son aquellas decisiones que contravienen al estatuto, o que lesionan el interés social, situaciones que sin vulnerar la ley posterguen el interés de la sociedad al personal, por lo que cita a Garrigues quien menciona: “que se trata de una desviación del poder, de un abuso de las facultades”(Hundskopf, 2011, p.93).

En tal sentido, si se diera el caso que la Junta General de Accionistas contraviene el interés social, de conformidad a lo tipificado a la Ley General de Sociedades se podría solicitar la nulidad de dicho acuerdo.

5.2.2. Impugnación de los Acuerdos Societarios

La doctrina menciona que del mismo modo que tiene derecho a votar, el socio por detentar el derecho de la propiedad de las acciones también puede impugnar las decisiones de la Junta General de Accionistas; en tal sentido la norma legitima para impugnar al socio asistente a la Junta si es que hizo constar su oposición a la decisión así como a los que no asistieron a la junta y que esta legitimidad la mantendrá mientras sea accionista, ya que en caso las transfiera se extinguirá el proceso de impugnación.

Ciertamente, la Ley General de Sociedades tipifica la posibilidad de recurrir al órgano jurisdiccional en el Artículo 139° para “impugnar los acuerdos de la junta general cuando estos sean contrarios a la misma ley, al estatuto y perjudique a los intereses de la sociedad en beneficio de unos accionistas de modo directo e indirecto. Asimismo los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista por el Código Civil”.

Además, se precisa que la impugnación respecto a los supuestos tipificados en el Artículo 139° de la norma societaria se dilucidará en proceso abreviado; asimismo cuando se impugne por

⁵⁸ Artículo 115° Ley de Sociedades Anónimas de España

defectos de convocatoria y/o cuórum corresponde tramitarse en proceso sumarísimo, finalmente la nulidad se resolverá en proceso de conocimiento.

Como se puede apreciar los socios están legitimados por nuestra normativa a poder recurrir al órgano jurisdiccional en caso la junta de accionistas decida perjudicar los intereses de la sociedad, en beneficio de algunos accionistas de manera directa e indirecta; previendo incluso la vía procesal correspondiente, pero no se menciona cuando estas sociedades integran grupos societarios.

En efecto; esta ausencia de pronunciamiento, podría conllevar a la conformación de un inminente cuello de botella en la dinámica de los grupos societarios, ya que en caso se sienta una parte legitimada para interponer recurrir al órgano jurisdiccional (Poder Judicial o Arbitraje); podría mediante una medida cautelar inmovilizar la actividad económica de la empresa; situación suicida en materia económica; pudiendo acarrear perjuicios que serían irreparables en la ejecución de una estrategia grupal y social

Por lo que se coincide con Elías quien menciona que el interés de la sociedad no puede establecerse tomando como referencia al interés individual de alguno de los socios y que si bien, por medio de esta posibilidad de impugnación se busca proteger de la dictadura de las mayorías; sin embargo se debe tener mucho cuidado de no desnaturalizar su derecho y otorgarle al socio minoritario un poder que no le corresponde (Elías, 2015, p.178).

6. Responsabilidad de los Órganos de Gobierno

6.1. Obligaciones e Impedimentos por parte del Directorio y Gerencia

Teniendo en cuenta, que el mecanismo por medio del cual la sociedad matriz plasma su control es el poder designar a los órganos de gobierno de la filial; es evidente que estos tienen una importancia fundamental en la consecución de los objetivos grupales. En efecto, la ejecución de la política económica queda en manos de los administradores, siendo el papel de las juntas generales y los socios relegado desde el punto de vista fáctico, lo que implica un aumento de poder de los órganos de administración de las sociedades, Directorio y Gerencia en detrimento del poder del órgano representativo de los socios, Junta General de Accionistas, reemplazando el principio de separación de poderes por el de la acumulación de poder” (López, 2014, p.32).

Ciertamente el Tribunal Registral⁵⁹ menciona que: “a excepción de los asuntos que la ley o los estatutos, atribuyan a la junta general a otro órgano o excluyan expresamente de la competencia del Directorio, dicho órgano social se encuentra facultado para realizar todo tipo de actos, inclusive los de disposición”

Por tal motivo, la Ley societaria tipifica que estos deben ejercer sus funciones con lealtad, independencia siempre en concordancia de los intereses de la sociedad; Hundskopf menciona que se les obliga a los integrantes del Directorio “una conducta inmutable destinada al interés social y no al 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” (Hundskopf, 2009, p.168).

Respecto al deber de independencia, Palmiter se refiere a la obligación de actuar de conformidad a sus capacidades personales y profesionales al momento de ejercer sus funciones; sin tomar en cuenta incluso la opinión de los socios quienes los designaron (Palmiter, 1989, pp.1446-1448).

Adicionalmente, el deber fiduciario de estos directores se plasma en la información de los resultados a los accionistas de su gestión en lo que se refiere la norma a la obligación de ser un ordenado comerciante (De Trazegnies, 2005, p.188).

A tenor de lo expuesto, se puede señalar que el trabajo de los Directores por ningún modo está destinado a satisfacer su interés personal cuando sea contrario a los socios y la sociedad, y no lucrar de las actividades de la empresa (Miguens, 2010, p.111).

Al respecto nuestra normativa⁶⁰ tipifica como impedimento para ser directores, quienes son representantes legales de otras empresas que tengan de forma permanente intereses opuestos y que en caso se presente el caso durante el ejercicio de sus funciones deben renunciar a sus cargos, caso contrario son responsables por los daños y perjuicios, debiendo ser removido por la junta general.

⁵⁹ Resolución N° 021-2002-ORLC/TR. Fecha de publicación 22/01/2003.

⁶⁰ Ley General de Sociedades, Artículo 161°.- Impedimentos

En tal sentido, es completamente factible que la matriz pueda designar como integrante del directorio a uno de sus funcionarios puesto que como ya se mencionó previamente, el interés social no está en contraposición del grupal y la sociedad matriz y las demás integrantes del grupo no pueden ser consideradas como competidoras.

Asimismo, la Ley General de Sociedades⁶¹ regula la conducta de los directores ante un posible conflicto de intereses al momento de tomar una decisión, obligando que debe informar de la misma y abstenerse de la deliberación del caso en concreto, por lo que a diferencia del impedimento del voto del accionista por un interés en conflicto, respecto a los directores tipifica de manera más drástica por la obligación de manifestarlo (Elías, 2015. p. 639).

Siendo así, en el caso que algunos directores de la filial sean también integrantes del Directorio de la matriz, o tengan una relación de subordinación esta última, que un principio no implicaría ningún problema para el director puesto que la norma lo faculta serlo; sin embargo cuando tengan que decidir sobre una decisión en base al interés grupal que obviamente puede beneficiar a la matriz u otra filial y al mismo tiempo perjudicar aunque sea coyunturalmente a la sociedad; además de informar su situación personal, debe abstenerse de deliberar sobre el mismo, bajo responsabilidad de los daños causados, pudiendo ser removido por los accionistas y el mismo directorio.

Lo mismo que se ha mencionado aplica para los gerentes, que son designados por el Directorio, a menos que el estatuto le atribuya dicha función a la Junta General de Accionistas; y son elegidos en base a su perfil profesional para que puedan ejecutar lo determinado por el directorio, pudiendo ser removido por el mismo o la Junta de accionistas indistintamente y tiene los mismos impedimentos de los directores.

Es evidente, como es de trascendental para la consecución de los objetivos de la sociedad la actuación de este órgano colegiado y a pesar que no está legislado; el Poder Judicial⁶² ha previsto la posibilidad que sus decisiones puedan ser impugnadas, “siempre y cuando no existiría

⁶¹ Ley General de Sociedades , Art. 180°.- Conflicto de intereses

⁶² Pleno Jurisdiccional Nacional Comercial (del 27 y 28 setiembre del 2013)

la posibilidad que la Junta de Accionistas pueda manifestarse contra las decisiones del directorio, que afecten a la sociedad o los derechos de los socios, siendo de aplicación los artículos 38° y 49° de la Ley General de Sociedades”

Habiéndose detallado las obligaciones e impedimentos de los órganos de gobierno de las sociedades y tratando el presente trabajo sobre grupos societarios, toca desarrollar las posibles consecuencias del supuesto incumplimiento de sus deberes respecto al haber elegido supuestamente el interés grupal y que hayan causado un perjuicio a la sociedad que integra.

6.2. Responsabilidad de los Directores de la Sociedad Matriz

En el caso, que los miembros del directorio de la sociedad matriz no tengan ninguna relación contractual con la filial y que sus decisiones sean en la procuración del objetivo grupal perjudicando a la sociedad filial, la doctrina señala que éstos pueden ser pasibles de una imputación de responsabilidad extracontractual. Ciertamente, una parte de la doctrina italiana establece que, en este caso la responsabilidad es de orden contractual, debido a que a los directores de la matriz que ejercen la dirección unificada tienen un deber de diligencia que excede el de la sociedad por ellos dirigida, extendiéndose sobre las otras sociedades integrantes del grupo (Grzona, 1992).

Al contrario de dicha posición, otros autores fundamentan esa responsabilidad en un hecho ilegal, surgiendo así una responsabilidad solidaria entre los administradores de la controlante con los de la filial, por haberlos inducido al incumplimiento de sus obligaciones; en tal sentido Fargosi, cita a Libonatti señalando que al “no haber relación entre de la sociedad controlante con la controlada sería caso típico de responsabilidad extracontractual” (Fargosi, 2007, p. 847).

A tenor de lo expuesto , siguiendo las ideas de Otaegui la responsabilidad de que se trata es típicamente aquiliana, debido a que la sociedad matriz que interfiere en los negocios de la controlada “no incumple una obligación contractual violando el principio de la pacta sunt servanda sino que realiza un hecho ilícito en contra del altere non laedere” (Grzona, 1992). En efecto, se podría concluir que el ejercicio abusivo, en conjunto, del control genera responsabilidad solidaria tal como ocurre con la responsabilidad extracontractual cosa que no pasa en la responsabilidad contractual (Otaegui, 1984, p.452).

La Legislación italiana⁶³, también menciona la posibilidad de establecer una responsabilidad de los directores de la matriz estableciendo que solo responden frente a la sociedad y terceros cuando se pruebe que el ejercicio dominante se realiza únicamente en interés de la controlante o de otra filial y que se actúa en violación al principio de correcta gestión societaria y empresarial de las sociedades de grupo (Sabogal, 2014).

Se puede apreciar que hay una coincidencia de diversos autores respecto que a pesar que no exista un vínculo entre los integrantes del directorio de la sociedad matriz con la empresa filial; éstos no están exentos de responsabilidad, pudiendo la empresa perjudicada accionar un proceso de responsabilidad civil aquiliana, coincidiendo con Cabanellas el cual señala que: “los administradores de la controlante, al tener de hecho atribuciones sobre el desenvolvimiento de la controlada, son también responsables frente a ésta” (Cabanellas, 2008, pp.670-672).

Siendo así; en el caso propuesto como ejemplo, en caso que los directores de Chompas S.A. establezcan una política grupal desnaturalizada porque el interés ulterior es beneficiar únicamente a la empresa que representan, perjudicando algunas filiales para conseguirlo, en tal sentido Alpaca S.A. podría accionar contra los integrantes del Directorio de la matriz para que reparen los daños y perjuicios.

6.3. Responsabilidad de los Directores de la Sociedad Filial

En la dinámica de los grupos societarios, es usual que los integrantes de los órganos de dirección de las sociedades filiales, se encuentren en la disyuntiva de elegir entre el interés grupal y el social de la empresa que administran, surgiendo una especie de dualidad de lealtades produciéndose un conflicto que parece infranqueable, sin embargo es importante resolverlo (Martorell, 1990, p.473).

Al respecto, diversos autores se refieren a la responsabilidad de los directores por los incumplimientos de los deberes su cargo, cuando tomen decisiones contrarias al interés de la empresa, en beneficio al grupo que integran porque vulneran el deber comprometido (Baigun,

⁶³ Artículo 2497° Código Civil Italiano

1988, p. 65). En efecto, la jurisprudencia española⁶⁴ analizó el perjuicio de una sociedad, “justificado” en la implementación del interés del grupal; en que la empresa filial accionó contra sus administradores; sentenciando que los administradores causaron un daño patrimonial a la sociedad filial, poniendo en peligro su viabilidad y solvencia; como consecuencia entiende que se ha causado un daño a los socios y a los acreedores, el cual debe ser reparado.

Esta sentencia fundamenta su decisión, en el hecho que debe existir una convergencia de intereses para definir el interés grupal, debiendo tomar más importancia el “cómo” y no el “qué” de las decisiones de la matriz, siendo también indispensable valorar las medidas adoptadas para contrarrestar el posible perjuicio a la filial, exigiendo un análisis global para una distribución equitativa de beneficios y perjuicios entre los integrantes del grupo; concluyendo que el administrador no queda exonerado de responsabilidad por el hecho que la meta ha sido determinada por la matriz, pues estos directores tienen autonomía de decisión y no deben “obediencia” a las instrucciones de la empresa controlante que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, a quien debe lealtad (Manel, 2020).

Resumiendo, el órgano jurisdiccional establece límites al poder de dirección de la matriz sobre la filial; que este poder debe acatar las normas imperativas del ordenamiento y no contravenir los estatutos de la empresa controlada; vetando impartir órdenes de iniciar una actividad distinta al objeto social (Hijas, 2020).

En Italia⁶⁵ se tipifica que NO puede haber lugar a responsabilidad cuando el perjuicio resultó inexistente después de haberse realizado el conjunto de las actividades que implican la consecución del objetivo grupal; es decir que el perjuicio causado a la sociedad o a los socios de la filial fue compensado por las sinergias generadas de su condición de empresa integrante de grupo (Enriques & Herting, 2009, p.177).

En síntesis, en caso de un conflicto entre el interés grupal con el social, el administrador de la filial debe ser diligente; antes de tomar la decisión, debiendo verificar que existe una

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de diciembre (N° 695, Rec. 2141/2013)

⁶⁵ Artículo 2497 del Código Civile

compensación adecuada en caso de instrucciones perjudiciales y que su cumplimiento no pone en riesgo la solvencia ni la subsistencia de la sociedad y que en caso de ausencia de instrucciones deberá velar por el interés social y no la grupal porque la filial debe ajustarse a su propio interés sin consideración por ningún otro (Hijas, 2020).

En el Perú, la Ley General de Sociedades⁶⁶ establece la responsabilidad de los directores por los daños y perjuicios a la sociedad por los acuerdos y actos contrarios a la ley; en tal sentido Elías menciona que la concepción contractualista ha evolucionado, siendo reemplazada por la responsabilidad legal u orgánica y se ha dejado de lado la responsabilidad contractual y extracontractual para limitarse a las responsabilidades señaladas por la ley; la cual precisa la necesaria existencia del daño para demandar la responsabilidad de los directores para resarcirlo (Elías, 2015, pp. 626-627)

La misma norma tipifica que en caso de conflicto de intereses; el director que haya contravenido lo ordenado por el Artículo 180⁶⁷, configura una causal para demandar la responsabilidad siempre y cuando cause un daño a la empresa; estando legitimado como sujeto activo de ser el caso la propia sociedad, los accionistas y los acreedores de la misma.

Incluso, se prevé la posibilidad de interponer una acción de responsabilidad contra los directores, cuando uno de los socios o terceros, sientan que debido a la conducta de éstos lesionen sus intereses de modo directo⁶⁸. Es decir que se ha lesionado no el patrimonio social; sino el individual (Garreta, 1991, pp.126-127).

Garrigues al respecto señala que la responsabilidad frente a los accionistas es clara cuando el administrador violenta sus derechos de accionista, como el acceso a la junta, el voto, o la forma de amortización de sus acciones, etc. (1987, pp.194-196). A lo que Brunetti, precisa que se debe tratar de daños directos al tercero y no confundir con un perjuicio indirecto por el perjuicio patrimonial de la sociedad (Brunetti, 1960, p.497). Por lo expuesto se puede concluir que no se

⁶⁶Ley General de Sociedades - Art. 177°.- Responsabilidad.-

⁶⁷ Ley General de Sociedades, Art. 180°.- Conflicto de Intereses.-

⁶⁸ Ley General de Sociedades, Art. 182°.- Pretensión individual de responsabilidad.-

consideran lesiones directas a aquellas causadas a la sociedad; aunque conlleve a un daño al accionistas; caso contrario sería inviable la labor de los directores (Elías, 2015, p. 648).

Finalmente, queda claro que el Directorio debe su lealtad a la sociedad que lo designó, sin embargo cuando esta empresa integra un grupo societario, es casi por seguro que los integrantes de este órgano colegiado se encontrarán en la disyuntiva entre el interés social y grupal, debiendo mantener el deber de lealtad a la filial; y solamente admitiría un “sacrificio” en beneficio del interés grupal después de un estudio riguroso del costo beneficio.

7. Contradicciones encontradas

De lo analizado previamente, habiéndose definido de manera clara que la dirección unificada y el interés grupal determinados por la sociedad matriz son requisitos indispensables para la existencia de estos grupos societarios, se puede mencionar que la Ley General de Sociedades cautela el interés social de las empresas, tipificando los mecanismos de autotutela y heterotutela; e incluso prevé la posibilidad de demandar por los daños causados a los integrantes del Directorio si se considera que éstos han actuado incursos en un conflicto de intereses; todo esto buscando defender los intereses de la sociedad dominada y específicamente los socios minoritarios y terceros vinculados.

Sin embargo; a pesar que no proscribe la existencia de los grupos societarios, la Ley vigente⁶⁹ no ha tomado en cuenta que, en la dinámica de los grupos societarios, lo usual es que el interés social de cada empresa esté en constante pugna al menos coyunturalmente con el interés grupal fijado por la matriz, no dilucidando como proceder al respecto, por tal motivo se considera a la norma inconsistente por los siguientes motivos.

⁶⁹ A diferencia del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades que claramente tipifica cuando un socio podría incurrir en conflicto de intereses o el Anteproyecto de la Ley de Grupo de Empresas el cual precisa, que en caso haya conflicto de intereses prima el interés grupal y que no se puede impugnar decisiones tomadas en base al interés grupal.

7.1. La Impugnación de los Acuerdos Societarios

La suspensión al derecho de voto de los accionistas que supuestamente tengan un interés en conflicto de la sociedad y que en caso de incumplimiento cabe la posibilidad de impugnar las decisiones tomadas; este impedimento constituye una limitante para las sociedades matrices, que tienen control de interno en las sociedades filiales de ejercer su derecho político que le otorga el ser propietario de las acciones; puesto que aunque la doctrina menciona que ser parte de otra empresa conformante de un grupo no lo inhabilita, la norma otorga la posibilidad de impugnar pudiendo claramente desnaturalizar el balance de poder de los socios, otorgándole a los socios minoritarios un poder que no le corresponde.

Por lo que en el caso propuesto como ejemplo; la posibilidad que se le suspenda el derecho de votar a Chompas S.A., como accionista mayoritario de Alpaca S.A., por supuestamente tener conflicto de intereses, desnaturalizaría la facultad de control de la matriz, elemento esencial en la conformación de los grupos societarios.

En el mismo sentido, en caso que se impugne la decisión acordada por la Junta General(incluso del Directorio) por haber supuestamente contrariado el interés social de la empresa ante el Poder Judicial; conlleva la posibilidad que se solicite y se ordene una medida cautelar que paralice la decisión asumida en la Junta General, lo que detendría la aplicación de la decisión hasta que se sentencie, siendo por todos conocido la gran carga procesal existente y la dilatación de los procesos que excede por mucho a los plazos establecidos en el Código Procesal Civil.

Por lo mencionado, esta posibilidad, de paralización producto de una orden judicial es evidentemente un despropósito en un entorno de constante cambio y altamente competitivo, situación que conlleva precisamente a la conformación de los grupos societarios, es altamente probable que dicha medida genere perjuicios irreparables no solo a la empresa filial en particular sino a todas las empresas integrantes de los grupos societarios.

Para poder ejemplificar lo señalado, en el grupo societario otorgado como ejemplo al inicio del presente capítulo; supongamos que Chompas S.A., en su calidad de socio mayoritario de Alpaca S.A., emite su voto ejerciendo su derecho político, considerando que la decisión adoptada está de conformidad al lineamiento establecido por la matriz y que beneficiará a la sociedad filial

en un periodo de tiempo planeado. Sin embargo, alguno de los socios minoritarios al considerar que la decisión tomada por la Junta General de Accionistas en base al voto de la matriz, se atentó contra el interés social de la empresa se incurre en un conflicto de intereses, interpone una demanda además de una medida cautelar, solicitando que se detenga la implementación de dicha decisión, por lo que si el juzgado ampara su solicitud paralizaría la decisión adoptada por la Junta General de Accionistas, hasta que se resuelva sobre el fondo.

Siguiendo con el ejemplo, asumiendo que la decisión impugnada, trataba sobre celebrar un contrato comercial que favorecía a otra filial otorgándole un beneficio diferencial con terceras, el hecho de paralizar dicha decisión conllevaría un perjuicio a la implementación del objetivo grupal, pudiendo menoscabar el interés de todas las empresas del grupo, indistintamente si la instancia judicial o arbitral de ser el caso, declare fundada o no la impugnación, por el costo de oportunidad.

7.2. La Responsabilidad de los Directores

Asimismo, la Ley General de Sociedades, tipifica las obligaciones de los integrantes del Directorio puesto que en lo fáctico son quienes dirigen la empresa; y en caso se encuentren incurso en un conflicto de intereses deberán informar y abstenerse de ejercer su función; caso contrario serían responsables por los daños y perjuicios que puedan producir; pero conociendo que lo usual en los grupos societarios, la matriz ejerce el poder mediante la designación como directores de las filiales a integrantes de la empresa controlante o a los representantes del socio mayoritario; exigir que éstos se abstengan a opinar siendo una mayoría del órgano colegiado o de ser el caso el gerente implicaría un descabezamiento de la sociedad, añadiendo que el posible conflicto de intereses es muy complejo de analizar, puesto que si en un inicio pudiese implicar un perjuicio económico para la empresa filial como es el caso de Alpaca S.A., es factible que existan compensaciones que la beneficien en el futuro determinado, todo esto dentro de lo previsto en la implementación del interés grupal.

Además; la posibilidad que los miembros del Directorio puedan ser responsables ante posibles perjuicios en caso que sus decisiones implique un supuesto perjuicio a la sociedad filial y beneficie en tal sentido a ellos mismos o de terceros relacionados; situación natural en la

dinámica de los grupos societarios; conlleva un riesgo innecesario asumir el cargo de director tanto en la empresa dominada y la dominante.

En el caso propuesto los directores de Alpaca S.A., al tomar la decisión de rechazar la celebración de un contrato beneficioso para la empresa, que si bien se ceñía al interés grupal planteado por la matriz y perjudicaba coyunturalmente de modo económico al interés social de la empresa y a pesar que esta decisión fuera beneficioso en un periodo de tiempo, hasta que se materialicen esos beneficios podrían ser demandados ocasionando un temor de aceptar el cargo o de tomar decisiones; entorpeciendo el desenvolvimiento del grupo.

Por lo expuesto, se puede concluir que todas las inconsistencias mencionadas surgen del no reconocimiento del interés grupal y por tanto el vacío existente al modo de proceder cuando éste, aunque sea aparentemente lidie con el interés social de cada filial; en efecto si bien la norma cautela debidamente el interés social, se debería precisar lo que ocurre cuando la sociedad es parte integrante de un grupo societario, como deben proceder de los órganos de gobierno en dichas circunstancias o de ser el caso precisar cuáles son los tópicos en los cuales los socios o directores se encuentren en un real conflicto de intereses, situación que tiene a bien precisar el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades.

En tal sentido, una vez que sea reconocido el interés grupal, se podría solucionar la falta de transparencia existente para las empresas filiales y los accionistas minoritarios de éstas; por lo que se propone que se implemente un mecanismo que repare dicha situación, para que los grupos societarios logren plasmar su dirección en búsqueda de ese interés grupal legítimamente.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

Como se ha podido revisar a lo largo del presente trabajo, la Ley General de Sociedades si bien no reconoce la existencia de los grupos societarios, no los proscribió; incluso intenta definir una de las características esenciales de éstos como es el control. Esta falta de tipificación respecto a los grupos societarios no implica necesariamente un problema respecto a la existencia de éstos; puesto como es de conocimiento general, en todo ámbito jurídico la realidad antecede al derecho, además del principio que nadie puede impedir realizar algo que la ley no prohíbe.

Siendo así, existen varios grupos societarios en nuestro país; y de conformidad a lo desarrollado en el capítulo anterior, la dinámica natural de estos grupos societarios conlleva necesariamente una implementación y primacía del denominado interés grupal sobre el interés social de cada una de las sociedades controladas, situación de la cual surgen reales y potenciales problemas.

A colación de lo expuesto, nuestra normativa al desconocer esta característica esencial de los grupos societarios, que es la implementación del interés grupal por parte de la matriz; solo se encarga de reconocer y proteger el interés social de las sociedades mediante mecanismos de defensa internos y externos⁷⁰; incluso prevé la posibilidad de exigir la reparación de daños y perjuicios a los directores si se atenta contra éste; situación que en cierto modo desincentiva o entrapa el desenvolvimiento de los grupos en la consecución de sus finalidades.

Por lo que es interesante mencionar a Conac, quien indica que las legislaciones societarias parten de la premisa que la sociedad es autónoma aunque estén controladas por otra empresa denominada matriz, desde un punto de vista legal mas no económica, ya que estas filiales aunque sean independientes fácticamente se podrían considerar como parte de una sola empresa y como el interés del grupo es distinto al interés social de cada filial se genera una lógica tensión o conflicto (2014, pp.194-226).

Se considera, que el motivo del legislador de proteger el interés social de la empresa es el de velar por el interés del accionista, en específico del minoritario y de los terceros vinculados con

⁷⁰ Impugnación de acuerdo de Junta General de Accionistas, Directorio, Nulidad de los Acuerdos de Directorio.

las sociedades integrantes del grupo societario. Por consiguiente, la norma societaria al tratar de proteger a los legítimamente vinculados de las sociedades filiales, puesto que se relacionaron con ella en base a un interés social determinado, que es el beneficio económico, es evidente que cuando esta empresa se trata de una integrante del grupo; no se puede desconocer que el interés social puede ser postergado, al menos temporalmente, por el interés grupal.

Siendo así, la falta de reconocimiento legal de la existencia del interés grupal y la primacía supuestamente sobre el interés social como se analizó previamente; implica una gran desventaja para el mercado nacional, el cual está en continua competencia a nivel global para atraer inversiones responsables, por lo que un primer paso para solucionar dicho inconveniente es reconocer este interés grupal, solucionando este vacío legal, que genera inseguridad jurídica a los integrantes de los grupos, sus órganos de gobierno, accionistas y terceros legítimamente vinculados.

1. Reconocimiento del Interés Grupal

Al no haber sido reconocido el interés grupal, se configura una asimetría informativa en contra de los vinculados con las empresas filiales como son los accionistas minoritarios y terceros; al respecto Bullard señala que esta asimetría informativa se constituye si una parte sabe algo que otra no conoce y que podrá usar dicha información en su provecho, provocando tal vez perjuicios a los demás, siendo así es necesario establecer reglas que permitan encontrar soluciones fomentando adecuadamente la obtención de información, puesto que el desconocimiento de la información puede generar actos que no se hubieran hecho en términos diferentes (Bullard, 2010, pp. 439-496).

Por ende, el primer paso para resolver dicha asimetría de información es que el interés grupal sea conocido por las sociedades filiales, órganos de gobierno, accionistas minoritarios y terceros vinculados; para que los mecanismos de defensa del interés social de cada empresa integrante, sean correctamente utilizados; aplicando en cierto modo, el Principio de Transparencia tipificado en el Código del Buen Gobierno Corporativo en el Principio 28°, Política de Información: “(...)que abarca toda la información que pudiera influir en las decisiones económicas de sus

usuarios, tales como los objetivos de la sociedad (...), estructura accionaria, la descripción del grupo económico al cual pertenece”

En efecto; sin ánimo de profundizar en el tema, porque no es de aplicación obligatoria, la gran mayoría de los Códigos de Gobierno Corporativo, “buscan e inciden en la generación y difusión de la información, la reducción de su costo, los mecanismos de desincentivo a la conducta oportunista⁷¹ del agente y el incentivo a la participación más activa de los socios o accionistas” (Martínez, 2005,pp.95-14).

Siendo así, a continuación se formulará una posible solución que permita eliminar esta asimetría de información, existente a favor de la sociedad matriz y que también impida una conducta oportunista, sin que esta propuesta desaliente la conformación de los grupos societarios.

2. Herramientas que fomentan la transparencia

Como se pudo apreciar en el primer capítulo se pueden constituir grupos societarios de control externo de derecho; cuya subordinación surge en base a un contrato el cual estipula que las filiales se someten voluntariamente a la matriz y que la subordinación no se debe a la titularidad de las acciones.

En tal sentido, de conformidad a la normativa alemana; Ley de Sociedades por Acciones, se menciona que el interés de las sociedades integrantes se debe someter al objetivo grupal determinado por la sociedad controlante. Roimser señala que esta figura permite a la sociedad controlante administrar a las sociedades dominadas para que éstas puedan cumplir con las tareas que han sido asignadas dentro del grupo (1979, p.140).

Echaiz, se refiere al respecto que es “el acuerdo de voluntades que permite el desenvolvimiento del grupo de empresas, mediante el cual el sujeto dominante asume la facultad

⁷¹ Lo que vendría a ser la desnaturalización de la facultad de dirección unificada puesto que implicaría solo beneficiar a la matriz.

de impartir la dirección unificada del grupo, mientras que las empresas dominadas se obligan a acatar sus decisiones, aun cuando sean contrarias a su interés social” (2002, pp.111-123).

En Brasil, la normativa de sociedades anónimas⁷² precisa que la relación entre las sociedades que conforman los grupos societarios, se rigen mediante una Convención de Grupo, en el cual sin menoscabar la autonomía jurídica de las empresas integrantes, se estipulan las condiciones de participación, el plazo, las causales de extinción siendo necesario que sea inscrito en el Registro de Comercio donde tienen domicilio las sociedades integrantes.

Por lo expuesto, si se adoptaran estas modalidades de contrato o de convención, evidentemente permitiría que se reconozca el interés grupal y por tanto se lograría la transparencia para los integrantes del grupo societario, solucionando la asimetría de información mencionada previamente; empero otorgaría carta libre a la matriz de poder perjudicar a los intereses sociales de las filiales por favorecer supuestamente el interés grupal, situación que desnaturaliza el interés grupal y la finalidad de la conformación de los grupos societarios; posibilitando que los directores de las filiales puedan ser demandados, más aún cuando se trata de un grupo basado en la titularidad de acciones, lo que fomentaría actitudes oportunistas de la matriz, circunstancia que debe ser evitada según el gobierno corporativo.

Al respecto; la norma societaria de Colombia; si bien reconoce la existencia de los grupos societarios y la dirección unificada que puede ejercer la matriz; no obstante al igual que en el Perú no se ocupa de dilucidar los posibles conflictos entre el interés social y grupal, generando dificultad en la implementación de este último. Además; de ser el caso que un administrador autorice o desarrolle un acto u operación en conflicto de interés por instrucciones de la matriz deberá, sin excepción, someterlo a la autorización de la asamblea de accionistas o junta de socios, quienes lo podrán autorizar solamente cuando el acto u operación no perjudique los intereses de la sociedad subordinada, siendo incluso responsables ilimitados y solidarios por los perjuicios causados salvo que sea en base a información fraudulenta⁷³.

⁷² Artículo 265° de la Ley de Sociedades de Acciones.

⁷³ Artículo 23° de la Ley 222/95 y Artículo 4° del Decreto 1925 del 2009.

Se puede advertir que dicha articulación legal, si bien soluciona el problema de la implementación del interés grupal aunque menoscabe el social, mantiene el obstáculo de la toma de decisiones, puesto que el procedimiento de convocar a una junta de accionistas implica un tiempo del cual no se dispone por las urgencias propias del mercado.

En contraste, siempre en Colombia, la norma sobre el Gobierno Corporativo, el Código País, en la Medida N° 6 recomienda en primera instancia definir la estructura organizacional del grupo, de modo que se indiquen las relaciones y mecanismos de comunicación entre los principales órganos de gobierno de las sociedades integrantes, determinando la responsabilidad. Asimismo, se sugiere suscribir un acuerdo, de carácter público y aprobado por cada una de las juntas directivas, entre las diferentes sociedades de grupo (incluyendo la matriz), en el cual se regulen los siguientes aspectos:

La definición del interés del grupo al que pertenecen, entendido como el interés primario que todas las empresas deben perseguir y defender, las sinergias entre las empresas integrantes, bajo la premisa de respeto por los accionistas minoritarios. Las respectivas áreas de actividad y eventuales negocios entre ellas y los servicios comunes prestados por la matriz, una subordinada y/o por terceros, teniendo en cuenta los criterios o manera de determinar el precio y condiciones de los negocios entre empresas del grupo y de los servicios comunes prestados por alguna de ellas o terceros. La realización de una auditoría interna, auditoría externa y gestión de riesgos. La actuación y coordinación de los Comités de la Junta Directiva de la matriz y de los Comités que sea conveniente u obligatorio constituir en las Juntas Directivas de las subordinadas. Los mecanismos previstos para resolver posibles conflictos de interés entre las empresas

Ciertamente, se puede observar que si bien no es obligatorio, el Código sobre Gobierno Corporativo de Colombia reconoce la implementación y reconocimiento del interés grupal por parte de todos los integrantes del grupo, incluyendo a los socios minoritarios; y las relaciones entre las sociedades. Sin embargo, no contempla el problema suscitado cuando se perjudique el interés social de cada integrante en la búsqueda del interés grupal, situación que implica un riesgo constante por la facilidad que éste puede ser desnaturalizado.

3. Protección del Interés Social

Continuando con lo mencionado, una Declaración Conjunta del Grupo, podría solucionar la asimetría de información respecto al interés grupal; sin embargo no soluciona el problema respecto al perjuicio del interés social de la filial cuando es menoscabado en la implementación de la política grupal, por tal motivo es conveniente tomar en cuenta, que la legislación comparada contempla la figura denominada compensación de perjuicios para las empresas filiales que sacrifiquen de manera coyuntural su interés social; porque al existir estas dos posiciones en conflicto, ninguna de ellas puede ser ignorada.

Al respecto, en España, si bien la normativa tipifica la primacía del interés grupal y para que la implementación de este interés no sea necesariamente perjudicial al interés de la filial y a los vinculados con ésta, la doctrina y jurisprudencia estableció mecanismos de compensación, como la obligación de asumir las pérdidas por parte de la filial en cada ejercicio, la constitución de una reserva especial en la filial para compensar pérdidas o la promesa de aportación de liquidez u otras, etc.

En Alemania,⁷⁴ se ha previsto que en los grupos por contrato de dominación, la matriz debe prever compensaciones a los accionistas externos y las subsidiarias por los daños causados, caso contrario los accionistas minoritarios pueden accionar contra los administradores de la empresa dominante; incluso en los grupos por subordinación basada en la titularidad de acciones, la matriz responde solidariamente con sus administradores y tendrán que indemnizar por los daños y perjuicios; incluyendo la obligación de informar sobre las operaciones vinculadas llevadas entre las integrantes, las razones, contraprestaciones y las compensaciones.

En Italia⁷⁵, se precisa que la condición para que pueda imponerse el interés grupal sobre el social, será siempre y cuando el grupo esté debidamente estructurado, cuya política sea conocida

⁷⁴ Artículos 308° a 312° y del 317° al 318° de Ley de Sociedades por Acciones (Aktg).

⁷⁵ Artículo 2497° del Código Civil.

por las sociedades integrantes y las compensaciones deben haber sido establecidas por los administradores de las filiales.

Siendo así, una vez habiéndose aprobado la declaración conjunta que incluya la estructura del grupo, la política trazada para cada una de las integrantes, comprendiendo los beneficios y los mecanismos de compensación en caso de perjuicios coyunturales, todo esto debiendo ser aprobado por los órganos de gobierno de las empresas filiales; el tema pendiente a resolver es la responsabilidad de los órganos de gobierno, si a pesar de todo lo propuesto se haya perjudicado el interés social de manera perenne.

4. Responsabilidad de los Directores

Una vez, habiéndose determinado la necesidad de asegurar mecanismos de compensación que puedan solucionar el problema del posible menoscabo del interés social por causa de la implementación del interés grupal; los cuales deben ser aprobados por los órganos de gobierno de las filiales; cabe la posibilidad que a pesar de todo, éstos puedan incurrir en conductas de mala fe, perjudicando al interés social, en beneficio propio; o siendo peor, que los accionistas consideren que actuaron de dicho modo.

Por tal motivo; para evitar que se desnaturalice la posibilidad de accionar contra los directores y exigir por los daños y perjuicios causados; se puede tomar en cuenta lo mencionado por la UNCITRAL (Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), que advierte un límite para accionar contra éstos, aduciendo que algunas legislaciones exigen para que el administrador de una sociedad del grupo no incurra en responsabilidad, a que la sociedad no sea insolvente al momento de decidir determinadas operaciones (consistentes en fianzas o garantías a favor de otras sociedades del grupo) y que además no caiga en insolvencia a causa de dichas decisiones, estableciendo ese límite (Sánchez, 2018).

Siendo así, solamente si las decisiones tomadas por los directores menoscaben el interés social a favor del grupal y a pesar de todas las compensaciones planteadas no se logran cubrir estos daños y si se considera que actuaron con mala fe, solamente pueden ser responsables solidarios e ilimitados en caso se haya provocado la insolvencia de la filial.

5. Propuesta de Declaración Conjunta

Tomando en cuenta lo desarrollado en el presente capítulo, de como la normativa internacional trata de solucionar el conflicto suscitado entre el interés grupal y el interés social de las empresas filiales, se concluye que estas medidas aisladas no solucionan de manera cabal este conflicto de intereses; porque si bien el reconocimiento del interés grupal por parte de todas las empresas integrantes solucionaría la asimetría de información de las empresas integrantes del grupo y sus vinculados; pero queda pendiente la legitimidad y que éste en su implementación no sea confundido con una conducta oportunista por parte de la matriz.

Siendo así se debe tener presente la cautela del interés social de las empresas filiales, por lo que es necesario acoger mecanismos de compensación del interés social en la implementación del interés grupal; todo esto sin olvidar la responsabilidad de los directores de las empresas integrantes, escudándolos o eximiéndolos racionalmente para que puedan tomar las decisiones que impliquen la imposición del interés grupal.

Por lo expuesto y con la finalidad de superar esta lucha de intereses de manera íntegra; con transparencia, sin que se distorsione el interés grupal legitimado en el control de la matriz sobre las subsidiarias, se considera conveniente, por no decir indispensable, que las empresas integrantes del grupo, incluida obviamente la sociedad matriz, suscriban una de Declaración Conjunta con carácter vinculante entre estas, cuyo contenido mínimo debe ser el siguiente:

- **La arquitectura del grupo, el tipo de relación que tienen las empresas integrantes y el modo de control que la sociedad matriz ejerce sobre las filiales.**

Siendo así, para el caso otorgado como ejemplo hipotético, se debe precisar que Chompas S.A. es la sociedad matriz del Grupo; y que tiene control directo sobre Alpaca S.A. y Tienda S.A. Además ejerce control de manera indirecta sobre Lanitas S.A. por medio de Alpaca S.A.

Asimismo, se debe informar si es que los directores cumplen dicha función en más de una empresa del grupo y/o si éstos son subordinados de la empresa matriz.

- **El objetivo grupal para un plazo determinado; y cómo incide en cada una de las empresas integrantes.**

Siendo así, se debe plasmar el posicionamiento de cada una de las empresas en el mercado objetivo al cual brinda su servicios, pudiendo establecer como objetivo grupal el crecimiento del porcentaje de su participación en el mercado y/o el aumento porcentual de las utilidades para cada una de las integrantes, siempre dentro de un plazo previsto.

Por tal motivo, podría estipularse que el interés grupal del grupo liderado por Chompas S.A., es posicionarse como el líder en la comercialización de prendas de vestir de lujo en un plazo no mayor de 05 años y que, en ese mismo plazo Alpaca S.A. y Lanitas S.A. incrementarán su valor como empresa en un 20 %, desde el momento de la suscripción de la Declaración, porcentaje que es mayor a lo esperado, en caso no se haya adoptado el interés grupal; tomando en cuenta una proyección de flujo de caja. Además que el patrimonio de Tienda S.A. se incrementará en un 25%.

- **El tipo de relación comercial entre las empresas integrantes del grupo; precisar los privilegios comerciales que se implementarían y establecer los límites.**

En tal sentido, se puede establecer que Lanitas S.A., adquirirá por lo menos el 70% del producto que oferta Alpaca S.A., a un precio menor de lo que pueda vender el 30% restante de la producción; siempre y cuando ese precio, le asegure mantener un margen de ganancia igual o mayor al actual, tomando en cuenta los costos y gastos. Del mismo modo, Chompas S.A. y Lanitas S.A. se comprometen a las mismas condiciones.

Asimismo Tienda S.A., al momento de emprender un proyecto de construcción, podrá solicitar ser avalado por la sociedad matriz, hasta por un monto determinado, siempre y cuando la matriz, Chompas S.A., elija la entidad financiera que apalancará el proyecto. Y Tienda S.A., obligatoriamente comunicará a los demás integrantes del grupo del proyecto debiendo ofertar un precio de alquiler menor a todos los integrantes del grupo; siempre y cuando le asegure una rentabilidad satisfactoria, al plazo fijado en la estrategia grupal.

Además, tomando como referencia el Anteproyecto de la Ley General de Sociedades⁷⁶ se debe establecer los tópicos en los cuales se consideraría que los socios o integrantes del Directorio incurrirían en conflicto de intereses, para que se abstengan de votar o tomar decisiones.

- **En caso que la implementación de la política grupal, conlleve irremediamente el menoscabo económico de alguna de la filial, se debe establecer el mecanismo de compensación que atenúe o repare el perjuicio durante el tiempo planificado. El menoscabo causado, planificado, y el mecanismo de compensación no serán públicos para el resto de las empresas.**

En el ejemplo brindado en el capítulo anterior se pudo apreciar que Alpaca S.A., por los lineamientos de la matriz rechazó la celebración de un contrato de un Joint Venture con una empresa integrante de un grupo rival de otra de las filiales, lo que implicaba evidentemente una pérdida económica traducida en menores utilidades.

En tal sentido, para legitimar dicho perjuicio es necesario que Chompas S.A., establezca un mecanismo de compensación para las filiales; el cual deberá ser aprobado por el Directorio de la subsidiaria, como un depósito bancario que compense la pérdida anual proyectada. Dicho monto será devuelto a la matriz al final del plazo del objetivo grupal; siempre y cuando se hayan cumplido las expectativas planteadas en la Declaración Conjunta.

Es necesario mencionar que dichos mecanismos de compensación, serán de carácter confidencial entre la matriz y la sociedad filial respectiva, por ser información estratégica para el correcto andar del negocio.

- **Posibles responsabilidades de los directores**

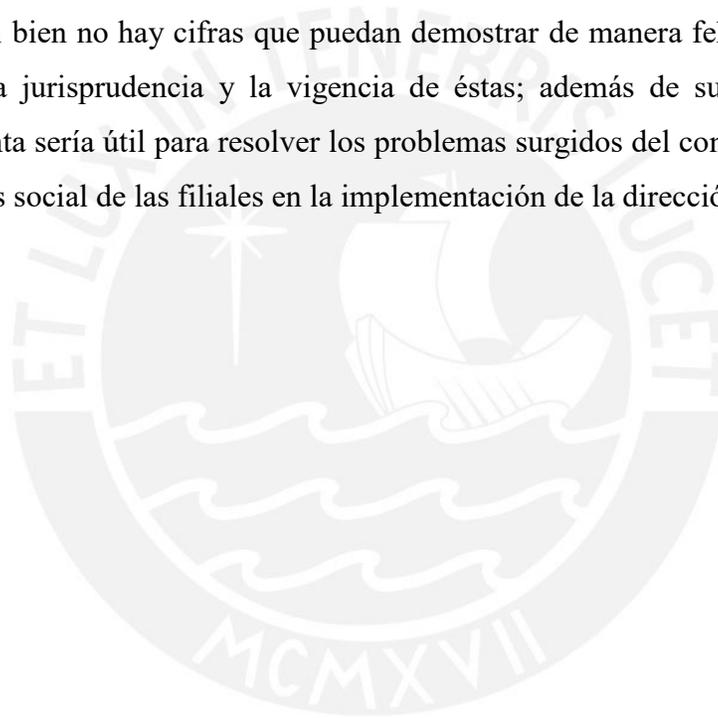
Se precisar; que si a pesar de todas las medidas mencionadas, en la implementación de la política grupal establecida por Chompas S.A., provocó la insolvencia de Alpaca S.A. y solo si hay indicios de una actuación de mala fe por parte de los administradores; se puede accionar por daños y perjuicios contra éstos.

⁷⁶ Tópico desarrollado en el Segundo Capítulo del presente trabajo

- Esta Declaración Conjunta, con la excepción de la información que implique cifras referentes a los estados financieros y aspectos estratégicos propios del objeto social de cada una de las empresas integrantes; será pública y por tanto será inscrita en la Partida Electrónica de cada una de las sociedades integrantes.

Por lo expuesto, esta propuesta de Declaración Conjunta está fundamentada en la integración de la normativa internacional respecto a los grupos societarios; normas que reconocen sus elementos esenciales como es la dirección unificada y el interés grupal, que en cuya implementación, en caso colisione con el interés social de las empresas filiales, no se puede incurrir en una conducta oportunista por parte de la matriz.

En tal sentido, si bien no hay cifras que puedan demostrar de manera fehaciente la eficiencia de estas normas, la jurisprudencia y la vigencia de éstas; además de su integración en esta Declaración Conjunta sería útil para resolver los problemas surgidos del conflicto entre el interés grupal con el interés social de las filiales en la implementación de la dirección unificada.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que, en un contexto económico globalizado, en el cual los países son considerados mercados, y estos se encuentran en la búsqueda continua de ser más atractivos para inversiones responsables; en tal sentido desde el ámbito jurídico es necesario brindar estabilidad para que estas puedan desenvolverse de un modo idóneo.

SEGUNDA.- Que, para poder desplegar sus actividades, en estos mercados altamente competitivos, las empresas utilizan la figura jurídica denominada concentración empresarial, con la finalidad de afianzar sinergias y obtener mejores resultados económicos.

TERCERA.- Que, una de las modalidades de la concentración empresarial, es la conformación de los grupos societarios, cuyos elementos esenciales son: la autonomía jurídica, la implementación de una dirección unificada destinada a un interés grupal determinado por la sociedad matriz, sustentado en el control que ejerce de manera directa o indirecta por la titularidad de las acciones en las empresas filiales, materializándose en la designación de la mayoría de los integrantes de los órganos de administración.

CUARTA.- Que, a pesar de la evidente existencia de estos grupos societarios en el país; nuestra normativa societaria, Ley General de Sociedades, no los tipifica, sino que de modo confuso, define una de las características esenciales que es el control de acciones, lo que conlleva un problema respecto a la implementación del interés grupal, ya que nuestra legislación cautela y vela únicamente por el interés social de las empresas, interés que en la dinámica de los grupos societarios usualmente es pospuesto o “sacrificado” para un beneficio grupal.

QUINTA.- Que, con la finalidad de proteger este interés social de cada una de las empresas integrantes de un grupo societario, se han establecido diversos mecanismos de tutela, tal como la suspensión al derecho de voto de los accionistas o la posibilidad de impugnar los acuerdos de la Junta General de Accionistas y del Directorio; cabiendo incluso la posibilidad de accionar por daños y perjuicios contra los directores.

SEXTA.- Que, este afán de proteger el interés social de las filiales tiene la finalidad ulterior de evitar conductas oportunistas y abusivas por parte de las empresas matrices, en perjuicio de los

accionistas minoritarios y terceros legítimamente vinculados; en tal sentido se aprecia una pugna entre dos intereses, el grupal y el social que debe ser resuelta de manera transparente y proporcional para los integrantes del grupo.

SÉTIMA.- Que, este conflicto de intereses, surge en primera instancia por la falta de reconocimiento del interés grupal; puesto que al ser atribución de la sociedad matriz su implementación, no siempre se comunica a las demás sociedades integrantes del grupo, configurándose una asimetría de información, en contra de quienes podrían justamente señalar que se trata de una política abusiva que atenta contra el interés social de la sociedad filial de la cual forman parte.

OCTAVA.- Que, se debe entender que interés grupal es aquel que beneficia obligatoriamente a todas las sociedades integrantes del grupo y que por ningún motivo implica un beneficio solo para la matriz o determinadas filiales; y que si bien puede significar un menoscabo en los intereses económicos de alguna filial, este menoscabo o “sacrificio” es momentáneo y parte de una estrategia beneficiosa para todos. Caso contrario no se estaría tratando de un interés grupal; sino simplemente de una conducta oportunista por parte de la matriz.

NOVENA.- Que, una vez sea conocido por los integrantes del grupo este interés grupal, habiéndose solucionado la asimetría de información; aún queda pendiente el problema del menoscabo del interés social, que aunque sea coyuntural, en un entorno de riesgo propio de la naturaleza del mercado, debe ser minimizado porque no puede haber una certeza del éxito de la estrategia grupal; por lo que se debería prever dentro del grupo mecanismos de compensación para las empresas filiales, tales como fianzas o reservas dinerarias que de ser el caso atenúen el daño irrogado por la implementación de la política grupal.

DÉCIMA.- Que, en lo referente a la responsabilidad de los directores de las sociedades integrantes de un grupo societario, en caso que decidan elegir entre el interés grupal y el social, y opten por el primero serán exonerados de cualquier acción por daños y perjuicios siempre y cuando se hayan previsto y aprobado los mecanismos de compensación para el posible perjuicio social y no implique la insolvencia de la sociedad, caso contrario serán responsables no solamente los directores las filiales sino también los integrantes de la sociedad matriz; pudiendo accionar contra ellos los legítimamente perjudicados.

BIBLIOGRAFÍA

- Arce, E.(2003). El concepto jurídico de empresas en el Derecho del Trabajo. *Revista Asesoría Laboral*.
- Abramovich, D. (2003) La problemática de la impugnación y nulidad del acuerdo en la Ley General de Sociedades. *Themis*, (47) pp. 243-253
- Aguirre W. (2010) Aspectos Económicos, contables financieros y fiscales en las fusiones y adquisiciones de sociedades. *Ethos. Revista de Derecho* (2), 1-9
- Baigun, D. & Bergel, D. (1988) *El fraude en la administración societaria*.
Buenos Aires: Depalma
- Beaumont, R.(1998). *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. 2ª ed.
Lima: Gaceta Jurídica.
- Boretto, M (2007) *Responsabilidad Civil del Sujeto Controlante por daños causados a la Sociedad Controlada*
Buenos Aires: Editorial Ad Hoc
- Brunetti, A. (1960). *Tratado del Derecho de las Sociedades*.
Buenos Aires: Editorial Uteha
- Bullard, A. (2010).*Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*.
Lima: Palestra Editores
- Bustillo, L. (2014) Los Grupos de Sociedades. *Cuadernos de Derecho y Comercio* (62) p. 15-60.
- Cabanellas, G. (2008) *Derecho Societario: parte general. Tomo XI*
Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Casal, M. (2020) Conflictos de Intereses entre sociedades matriz y filial, límites al llamado interés de grupo. *Cim Tax&Legal* Recuperado de: <https://www.cimtaxlegal.com/es/>
- Córdova, F. (2008). *Derecho de Sociedades y gobierno Corporativo*.
Lima: Grijley.
- Correa, M. (2008). *Libertad de Empresa en el estado social de derecho*.
Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- De Arriba, M.(2004) *Derecho de Grupo de Sociedades*.
Madrid: Thomson Civitas.
- De Roimser, M.(1979) *La Moderna Regulación de los Grupos de Sociedades. Primer Congreso de Derecho Societario*.
Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- De Trazegnies, F. (2005-2006) “La responsabilidad de los directores de sociedades”. *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*. No. 2-3, p. 188
- Elías. E. (2015) *Derecho Societario Peruano, La Ley General de Sociedades del Perú*
Lima: Gaceta Jurídica
- Echaiz, D. (2001) *Los Grupos de Empresas: Bases para una legislación integral*.
Lima: Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial.
- Echaiz, D. (2005). *Sociedades, Doctrina, legislación y jurisprudencia*.
Lima: Fórum Casa Editorial.
- Echaiz, Daniel (2008). El Control de dominación grupal, *Revista de Economía y Derecho*, 5 (18),
Sociedad de Economía y Derecho UPC.
- Embid, J. (1991) *Concentración de Empresas y Derecho de Cooperativas*.
Murcia: Selgráfica S.A.
- Enriques, L. & Herting, G. & Kanda, H.(2009)*Related-Party transactions. The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach*. Oxford. Recuperado de:
https://books.google.com.pe/books?id=7wfxDQAAQBAJ&pg=PT111&hl=es&source=gbs_selected_pages&cad=3#v=onepage&q&f=false.
- Etcheverry, R.(1989).*Derecho Comercial y Económico: Formas Jurídicas de organización de la empresa*.
Buenos Aires: Astrea.
- Falconi, J.(2005). *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*.
Lima: Grijley.
- Galgano, F.(2012) *Los Grupos Societarios: Dirección y Coordinación de Sociedades*.
Colombia: Universidad del Rosario

- Galgano, F.(1982).*Le società in genere: Le società di persone*.
Milano: Dott A Giuffrè.
- Garo, F. (1954) *Sociedades Anónimas*
Buenos Aires: Ediar Editores
- Garreta, J. (1991) *La Responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores*. 2da. Ed.
Madrid: Marcial Pons
- Garrigues, J. (1987) *Curso de Derecho Mercantil*. 7ma. Ed.
Bogotá: Editorial Temis
- Girgado, P. (2002). *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*.
Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Girgado, P. (2001) *La empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades*
Granada: Comares.
- Grzona, D. (1992) *Responsabilidad de Directores en Sociedades Controlantes y Controladas. V Congreso Argentino de Derecho Societario. I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*.
Córdoba: Editorial Huerta Grande
- Hijas, E. (2020) A la sociedad matriz, lo que es de la matriz y a la filial lo que es de la filial.
Notario del Siglo XXI. Recuperado de: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/>
- Hundskopf, O. (2006) El Contrato de grupo y dominación grupal y la concentración empresarial.
Derecho Comercial. Temas Societarios (6).
Lima: Editorial Universidad de Lima.
- Hundskopf, O. (2012). *Manual de Derecho Societario*. 2º ed.
Lima: Gaceta Jurídica.
- Jequier, E. (2014). Premisas para el tratamiento de los grupos empresariales y administradores de hecho en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho* (vol 41) 1. p. 121-152.

- Kleidermacher, A.(2001) De la necesidad de una regulación específica sobre grupo societario y protección del socio externo. *VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*.
Rosario: Universidad Nacional de Rosario
- Lengua, R. (2011) La cláusula normativa general del interés social en las sociedades cotizadas. *Derecho Societario Ius et Veritas*.
Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Le Pera, S. (1979) *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*
Buenos Aires: Astrea
- López, A.(2014). Los grupos de sociedades, ¿Ámbitos ajenos a la responsabilidad ante acreedores y socios”, *eXtoikos*, 13 p. 31-36
- Martinez, P. (1998) *El control entre las sociedades y la constitución del grupo. La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*.
Sevilla: Repositorio de la Universidad de Sevilla
- Martorell, E. (1990). *Los Directores de Sociedades Anónimas*.
Buenos Aires: Depalma
- Martorell, E. (1991). *Los grupos Económicos y de sociedades: Responsabilidad concursal, laboral, societaria. Grupos y delitos económicos*.
Buenos Aires: Ad- Hoc
- Miguens, H. (2010) “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.
- Montalenti, P.(2004) Il conflitto di interessi nella riforma del diritto societario. *Revista de Diritto Civile*.
- Montoya, U.(2004) *Derecho Comercial*. 11ava ed.
Lima: Grijley
- Otaegui, J. (1984). *Administración Societaria*
Buenos Aires: Abaco

- Palmero, J & Bisio, M(1979) *Agrupamiento de sociedades, fenómeno de concentración económica. Regulación jurídica del agrupamiento de sociedades y sus efectos. Primer Congreso de Derecho Societarios.*
Buenos Aires: De Palma
- Palmiter, A. (1989) Reshaping the Corporate Fiduciary Model: A Director's Duty of Independence", *Texas Law Review*, 67 (1989), p. 1351 et seq. Recuperado de: <https://wakespace.lib.wfu.edu/bitstream/handle/10339/26136/Palmiter%20Reshaping%20the%20Corporate%20Fiduciary%20Model%20%20A%20Director%27s%20Duty%20of%20Independence.pdf>
- Paz, C. (1999) Uniones de empresas y grupos de sociedades. *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, 1.
- Paz, C. (2011) La ley, el mercado y el gobierno de las sociedades. *Derecho Societario*
Lima: Ius et Veritas
- Sabogal, F. (2014) La Responsabilidad de los Administradores por Conflictos de Interés y las Empresas de Grupo. *E-Mercatoria*. 13 (2) p.179-202. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/4051/4721>
- Salas, J. (1998). Apuntes sobre el Capital Social de las Sociedades Anónimas en la Nueva Ley General de Sociedades, *Ius Et Ventas*, 9 (17), 134-153.
- Salvatierra, L. (2004) Responsabilidad de la Sociedad controlante en los Grupos Societarios. IX Congreso Argentino de Derecho Societario. *V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*. Recuperado de: <https://repositorio.uade.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/1644/CDS09030531pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sánchez, M (2015) *Perspectivas de Reforma en la regulación de los conflictos societarios.*
Madrid: Editorial Universidad Carlos III de Madrid
- Toyama, J & Cueva. E. (2007) Grupo de Empresas, Transmisión de Empresas y Persecutoriedad Laboral ¿Cuáles son sus alcances? *Derecho & Sociedad* (28), 329-339.
- Verón, A. (1982) *Sociedades Comerciales*
Buenos Aires: Editorial Astrea.