
EL CONTRATO DE GRUPO. RAZONES PARA REGULAR LOS GRUPOS DE EMPRESAS BAJO UN CONTRATO

Oswaldo Hundskopf Exebio

Presidente de la comisión encargada de elaborar un anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas.

Actualmente el fenómeno de la concentración económica ha cobrado gran importancia, ya que las actividades empresariales contemporáneas responden a leyes económicas y exigencias del mercado que buscan mejorar los niveles de eficiencia, de progreso técnico y de consumo, y orientan cada día en mayor proporción el desempeño de sus actividades en forma grupal.

De tal manera, la actividad del empresario desplegada a través de una sola empresa resulta cada día menos utilizada. Las exigencias de un consumo cada vez más amplio, de una técnica cada día más perfeccionada y costosa, y de otro lado, la necesidad de una planificación rigurosa, han originado que los empresarios actúen en nuestra sociedad en grupos, en desmedro de los viejos esquemas de actuación individual, aislada e independiente, que caracterizaron de algún modo la economía de otros tiempos. Hoy en día, los esfuerzos para atender los requerimientos de un mercado cada vez más sofisticado se concentran por leyes económicas, y como consecuencia de ello, aparecen inevitablemente "los grupos de empresas" que rompen el esquema jurídico de la empresa tradicional o clásica.

En el presente artículo haremos un breve recorrido por los conceptos fundamentales de la concentración de empresas, explicando sus diferentes clases, para luego abocarnos a la experiencia de la comisión nombrada por resolución ministerial 001-

2000-JUS de fecha 13 de enero del 2000, encargada de elaborar un anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, y finalmente incluir el proyecto de regulación de los grupos de empresas propuesto por la comisión.

1. CONCEPTO

La unión de empresas como fenómeno económico y jurídico ha sido objeto de estudios de diferente naturaleza, y en ese sentido, bajo el aspecto económico, han tratado de demostrar lo necesario que es para algunas empresas la unión conjunta de capitales y esfuerzos para lograr un producto competitivo que satisfaga las expectativas de un mercado cada vez más exigente; y bajo el aspecto jurídico, la necesidad de contar con un marco jurídico adecuado que regule convenientemente las diversas figuras originadas por estas uniones, algunas de las cuales han sido reguladas independientemente de las consecuencias que pudiesen sobrevenir en el marco de las concentraciones o uniones de empresas.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta algo muy importante, y es que la manifestación expresa del derecho positivo no consiste únicamente en permitir la actuación de los grupos de empresas y regularlos como hecho real ineludible del comportamiento empresarial, sino que se les debe proteger y alentar en caso optaran por su concreción. Lo que ocurre es que se deberá velar por el sano comportamiento de los grupos, para impedir la distorsión de las libres reglas de juego del mercado, pero, sin incurrir en el error de no apreciar la necesidad que satisfacen, el beneficio social que produce la unión empresarial lícita y el interés particular de los participantes.

Nosotros, tomando en cuenta estas consideraciones, hemos intentado esbozar una definición de concentración de empresas, considerándolo como el fenómeno por el cual dos o más titulares de empresas convienen en unir o juntar esfuerzos o elementos cuya titularidad o propiedad detentan, para obtener a través de una actividad en común, un objetivo satisfactorio a sus intereses individuales. El interés que persigue cada empresario puede ser de diversa índole, pero al final examinado internamente, reflejará casi siempre un interés económico.

La actuación es colectiva porque se necesitan por lo menos dos titulares de empresas que unan sus capitales o sus esfuerzos o ambas cosas. Esta unión puede significar la subordinación a uno de ellos o la colaboración conjunta en igualdad de condiciones, puede significar también la modificación de la estructura jurídica de una, de varias o de todas las empresas participantes.

2. CLASIFICACIÓN DE LA CONCENTRACIÓN EMPRESARIAL

Existen diferentes tipos de uniones que surgen de la concentración de empresas y que pueden ser clasificadas observando distintos criterios. Entre las diversas clasificaciones tenemos las siguientes:

2.1 *Atendiendo al concepto de la personalidad jurídica*

Las uniones pueden ser clasificadas en:

- *Uniones de empresas sin pérdida de personalidad jurídica.*- Son aquellas cuya unión, como puede deducirse de su nombre, no acarrea la pérdida de personalidad de éstas, así se cree o no un

ente nuevo en el que se personifique dicha unión. En Brasil y en Alemania, por ejemplo, el grupo de empresas puede constituir un nuevo sujeto de derecho, el cual tiene personería propia, pero en el que las sociedades conformantes conservan la suya. Otro caso que se encuadra dentro de esta categoría es la constitución del denominado *holding* financiero, el cual posee las acciones de diversas sociedades sin que éstas hayan perdido su personalidad jurídica; también encuadran dentro de esta categoría los convenios de colaboración empresarial entre los que destaca el *joint venture*.

- *Uniones de empresas con pérdida de personalidad jurídica.*- Estas uniones significan para las empresas que participan en ésta, la pérdida de la personalidad jurídica de algunas, si no es de todas las empresas participantes. Éste sería el caso de la fusión de empresas que en su modalidad de consolidación significa la pérdida de la personalidad jurídica de todas las empresas intervinientes, y que en su modalidad de fusión por absorción significa la pérdida de personalidad jurídica de las empresas absorbidas.

2.2 Atendiendo la naturaleza del vínculo

Las uniones pueden clasificarse en:

- *Reales.*- La unión resulta de la titularidad por parte de una sociedad, de las acciones o participaciones de otra, de manera que se tiene el control sobre ella o simplemente que le permite tener influencia relevante en esa sociedad, influencia que puede ser recíproca. Aquí también encuadra el caso de la sociedad *holding*, o el de las sociedades con participaciones cruzadas.

- *Obligacionales.*- Éstas nacen a partir de un acuerdo o contrato, lo cual no significa que a su vez estos contratos tengan un carácter real. Los acuerdos pueden ser múltiples, como también pueden significar una simple colaboración en igualdad de condiciones, como la subordinación de una sociedad a otra. Autores, como es el caso de Rodrigo Uría, atendiendo a este mismo criterio, las clasifican en:

- *Contractuales.*- En este supuesto los empresarios actúan en virtud de un acuerdo o convenio que sirve de aglutinante entre las distintas sociedades, sea en sentido horizontal (actividades de la misma naturaleza), como en sentido vertical (participando en las distintas fases del proceso productivo).
- *Financieras.*- El enlace entre las sociedades se produce a través de la intervención de unas en el capital de las otras, constituyendo el mecanismo por excelencia porque ofrece la ventaja de la flexibilidad que significa una operación de adquisición o venta de acciones.
- *Personal.*- En virtud de la elección o nombramiento de administradores comunes. Este sistema constituye un instrumento de dirección y dominio de sociedades en apariencia autónomas, asegurando colaboraciones, coordinando planes de producción. Por lo general, este tipo de unión se deriva del anterior pero es capaz, por sí mismo, de dar vida a "una verdadera unión de sociedades".

2.3 Por la forma de manifestación de los grupos.

Esta modalidad ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina comparada,

sobre todo por la alemana, la cual efectúa una clara distinción entre los grupos de derecho (Konzern) y los grupos fácticos de empresas (Faktische Konzern).

- *Grupos de derecho.*- Esta modalidad se presenta cuando un grupo de hecho se legitima al adoptar alguno de los siguientes procedimientos: el acuerdo de un *contrato de empresa* o la *integración* de varias empresas. La adopción de alguno de estos procedimientos origina la exclusión de cualquier restricción acerca del ejercicio de la influencia dominante, legitima la posición de la empresa dependiente al servicio del interés del grupo y convierte al elemento subordinación en un deber jurídico de los directores o administradores de la empresa dependiente¹.

Dentro de los contratos de empresas, la doctrina alemana distingue entre *contratos de organización* y *contratos de cambio u obligacionales*.

Por su parte, dentro de los contratos de organización encontramos el *contrato de dominación* y el de *transmisión total de beneficios*. Los contratos de organización tienen la característica de incidir generalmente sobre los estatutos de las otras empresas ya existentes, no afectando exclusivamente a los empresarios que lo celebran, sino que afecta en forma directa e inmediata las competencias y funciones de los órganos sociales que se convierten en dependientes.

Ahora bien, dentro de los contratos de organización existen dos categorías, la primera de ellas es el contrato de dominación, que tiene por objeto la creación de una relación de dominación-dependencia entre dos empresas. Si

previamente esta relación ya existiera, el contrato funciona como consolidador de ésta a través de su publicación. En estos casos, la dependencia creada o fijada jurídicamente por el contrato es uno de los caracteres básicos sobre los cuales se funda la presunción *juris et de jure* de que existe una dirección unificada de las empresas contratantes².

Por su parte, el contrato de transferencia total de beneficios es aquél por el cual una empresa se obliga respecto de otra a transferirle el total de sus utilidades, o a conducir o administrar sus negocios por cuenta de ella³.

Cabe recalcar que los contratos que por mandato legal establezcan que empresas independientes se obligan contractualmente a una dirección unitaria, sin que importe en modo alguno subordinación de una empresa a otra, quedan excluidos de esta calificación. Otra modalidad de los contratos de empresa es el de tipo obligacional. En este rubro podemos encontrar el arrendamiento de empresas, figura mediante la cual una empresa arrienda sus actividades a otra, y el contrato de comunión o acuerdo de beneficiarios, más conocido como *pool de utilidades*, cuya finalidad consiste en transferir la totalidad o parte de las utilidades de uno o más establecimientos de la empresa obligada a formar el *pool* o fondo común, que luego será distribuido con las reglas que se hubieren convenido para ese fin.

1 LE PERA, Sergio. *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Astrea, p. 243.

2 DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. "Concepto y significado institucional de los grupos de empresas". *Libro Homenaje de Roca Sastre*. Vol. III. Madrid: Editorial Madrid, 1987, p. 564.

3 VICENT CHULIÁ, Francisco. *Concentración y unión de empresas ante el derecho español*. Madrid: Tecnos S.A., 1989, p. 138.

La diferencia primordial entre los contratos de organización y los contratos obligacionales, es que los primeros tienen por objeto la creación y modificación inmediata de la estructura de las empresas dependientes, concediendo poderes e imponiendo deberes para el cumplimiento de las competencias que harán posible el funcionamiento posterior de la nueva entidad que resulte del proceso de agrupación de todas las empresas hasta ese momento independientes, mientras que para los segundos lo primordial es la creación de prestaciones a cargo de los contratantes y la equivalencia entre prestación y contraprestación.

Con el párrafo anterior hemos concluido lo que a "contratos de empresa" se refiere. El otro procedimiento que existe es el de integración, que supone que una empresa sea titular de un porcentaje del capital de otra, para que ambas puedan optar por integrarse. Esta decisión debe ser adoptada por la junta general de accionistas de cada una de ellas, con las mismas mayorías que para los contratos de empresas (porcentaje que varía de acuerdo con la legislación respectiva) e inscrita en el Registro de Personas Jurídicas. Una vez producida la integración, la empresa principal adquiere el derecho de impartir directivas a la integrada, exactamente como si existiera un contrato de dominación. Adicionalmente, ambas empresas pueden celebrar entre sí un contrato de transferencia total o parcial de utilidades, o algún otro contrato de empresa regulado por ley.

- *Grupos de hecho.*- Nos encontramos frente a esta modalidad cuando varias empresas se encuentran sujetas a una dirección unificada que no se funda en un contrato típico, sino en un medio

extracontractual diferente como, por ejemplo, la participación, las relaciones personales o, incluso, un mecanismo de carácter contractual distinto al de los contratos típicos de agrupación.

Para Le Pera⁴, la intención de este sistema fue proporcionar estímulos para que los grupos abandonen su *status* de clandestinidad y se adecuen a un procedimiento que implica la sujeción a un régimen de facultades excepcionales con responsabilidades también excepcionales. Sin embargo, la elaboración doctrinaria (alemana fundamentalmente) toma como base la Aktg, que no distingue entre *grupos de hecho* y *grupos de derecho*, y propone que todos los grupos se sometan a un régimen unitario.

El mecanismo que frecuentemente se utiliza en esta modalidad es el de participación de unas empresas en otras. Puede también manifestarse en la existencia de contratos que no están dirigidos fundamentalmente a crear o legitimar un poder de dominación, pero que, por las circunstancias que lo rodean, atribuyen este poder a una de las partes contratantes, por ejemplo: un contrato de suministro exclusivo que subordina a una de las empresas contratantes a las directivas de la otra. Puede, por último, manifestarse en la coincidencia de personas que ocupan los cargos administrativos o directivos de varias empresas.

3. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS GRUPOS

Los problemas que se derivan de la formación de los grupos de empresas gene-

4 Op. cit., p. 245.

ralmente se deben a la falta de una regulación legal que permita recoger los distintos aspectos que involucra este fenómeno tan importante en la vida económica de todo país y que constituye la modalidad más ágil del fenómeno concentracionista actual.

Al respecto, Otaegui⁵ señala tres motivaciones fundamentales que conducen a la formación de los grupos, las cuales incluso pueden coexistir entre sí:

- La necesidad de inversión de una compañía en otra que se diversifica en sociedades heterogéneas (conocida en el derecho norteamericano como conglomerado). Las razones pueden ser la diversificación propiamente dicha o la necesidad de evitar apremios fiscales mediante un recurso legal.
- La necesidad de descentralizar una gran sociedad que se ha hecho inmanejable, sin resignar la administración común.
- La intención de obtener un mayor poderío empresarial en el mercado.

Dicho de otra manera, los grupos de empresas se conforman con el fin de encarar estrategias de crecimiento; buscan la apertura del mercado, la mejor posición en él o el avance económico y social de un área ya ensanchada.

La figura del grupo, de este modo, permite a las empresas equilibrar la utilización de sus recursos, multiplicar la producción, afirmar una sólida posición en el mercado de consumidores y poner en marcha una economía programada de gran importancia.

Por estas razones, la doctrina mayoritaria reconoce la imperante necesidad de legislar sobre esta materia, debido a que esta carencia, a su vez, propicia el surgimiento de usos del comercio que autorregulen la protección de los diversos intereses en juego.

En tal sentido, los intereses que requieren una pronta regulación pertenecen a dos categorías de alguna manera contrapuestas. De una parte, encontramos los intereses de la empresa o sociedad dependiente, controlada o subordinada a la empresa dominante y específicamente nos referimos a los intereses tanto de los accionistas externos al grupo de control, como a los trabajadores y acreedores de las empresas dependientes, que han sido históricamente el motor inicial de la lucha por una legislación de los grupos.

Por otra parte, tenemos el interés del grupo de empresas en su conjunto, el cual supone la subordinación del interés social de cada una de las empresas miembro, al interés social del grupo, que debe ser protegido en el marco de una acción empresarial y financiera conjunta.

Tal y como se puede apreciar, la tutela de ambos intereses en forma conjunta parece un tanto ilógica, por tanto, se requiere de un mecanismo adecuado que sin descuidar los intereses afectados por la constitución y funcionamiento de los grupos (accionistas, trabajadores y acreedores externos), ampare los intereses del grupo de empresas como una unidad jurídica mas no societaria.

Ahora bien, la necesidad de una regulación jurídica de los grupos, reside en el deseo de legitimar esta nueva forma empresarial y los alcances de su funcionamiento más relevantes en la actualidad.

Esta legitimidad del grupo es aceptada mayoritariamente desde hace algún tiempo, y la reacción del derecho ante esta nueva forma de organización empresarial se concentra en el señalamiento de límites tanto internos como externos, que eviten los efectos negativos que sobre el mercado y los agentes intervinientes pueda producir la actividad de los grupos.

5 OTAEGUI, Julio César. *Concentración societaria*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1984, p. 162.

Es pertinente señalar que, de los ordenamientos jurídicos que hemos examinado con anterioridad, podemos notar que el legislador al regular el tema de los grupos, le confiere una particular importancia al interés del grupo sobre los intereses sociales particulares de las empresas dominadas. Esta primacía del interés del grupo permite a la empresa dominante u órgano especializado que haga sus veces, impartir instrucciones a las dominadas, cuya actuación puede provocar graves perjuicios patrimoniales a estas últimas.

Claro está que lo expresado líneas arriba no nos debe llevar a concluir que exista siempre una contradicción entre el interés del grupo y el de las empresas dominadas, ya que en muchas ocasiones la formación de un grupo puede constituir el medio más idóneo para satisfacer el interés de aquéllas.

Finalmente, como consecuencia de la legitimación de la nueva forma empresarial que el grupo constituye, y del reconocimiento y primacía del interés del grupo sobre los intereses particulares de las empresas dependientes, la satisfacción de estos últimos deja de ser el objetivo directo de la actividad de cada una de dichas empresas.

De esta manera, los distintos grupos de intereses que toman como referencia directa el interés social de la respectiva empresa dependiente, experimentan la necesidad de una tutela especial que sustituya los medios tradicionales de protección del derecho común de sociedades, los cuales se revelan como inadecuados para tutelar eficazmente a los socios, acreedores y trabajadores de las empresas miembro de un grupo.

4. MODELOS DE REGULACIÓN DE LOS GRUPOS

Como hemos adelantado, el fenómeno de los grupos es una realidad latente en

diversos países del mundo si no en todos. Sin embargo, han sido constituidos en forma diversa en cada caso en particular.

Por tanto, y a sabiendas de la existencia de diversas formas de constitución de los grupos, hemos optado por recoger las tres modalidades más representativas, que son el modelo personal, el modelo participacional y el modelo contractual.

4.1 Modelo personal

El grupo personal se forma cuando un grupo de accionistas controladores de distintas sociedades imprime una política económica común a las empresas controladas.

Una de las formas de lograrlo es el entrecruzamiento o la repetición de los mismos directores de las sociedades controladas; esta técnica no es la única, ya que generalmente se le utiliza combinada con los sindicatos de accionistas.

Es importante recalcar que no basta que haya identidad de accionistas y directores para que se conforme un grupo personal, debe existir también una política empresarial común para todas las empresas del grupo.

Un ejemplo habitual del grupo personal es el *conjunto económico*, criterio fiscal y no jurídico que se observa con mucha frecuencia en países como el nuestro.

4.2 Modelo participacional

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

El control en esta modalidad es un control interno dado por la posibilidad de disponer de la mayoría en la junta general de accionistas de la controlada, que resolverá sobre la designación de los órganos de ad-

ministración y el destino de las utilidades. Esto implica controlar la voluntad social de la sociedad controlada.

El control grupal, ejercido desde dentro de la sociedad mediante el voto, puede a su vez subdividirse en cuatro clases: control interno de derecho, control interno de hecho, control interno directo y control interno indirecto.

El control interno de derecho consiste en la posesión de votos que representen la mayoría absoluta de la totalidad de las acciones emitidas.

Detentar el control interno de hecho significa poseer la mayoría absoluta de los votos de las acciones que usualmente concurren a las juntas generales de accionistas, atendiendo al ausentismo común en los grandes grupos.

Por su parte, el control interno es directo cuando la controlante posee o dispone de cuando menos la mayoría de las acciones de la sociedad controlada.

Finalmente, el control interno es indirecto cuando la controlante ejerce el control de la controlada a través de una sociedad intermediaria a la que controla en forma directa, y que a su vez controla a la controlada.

El problema de este modelo consiste en que, debido a que los grupos se forman de hecho, las empresas miembro deben someterse a lo dispuesto por las reglas del derecho común de sociedades, que difícilmente contemplan las situaciones que se originan en el funcionamiento de los grupos.

Claro está que si nos encontramos ubicados en un país como, por ejemplo, el nuestro, en donde no existe mayor regulación sobre los grupos en particular, la distinción entre constitución personal, contractual o participacional se vuelve inútil en la práctica.

4.3 Modelo contractual

Esta modalidad de grupo se origina en relaciones contractuales mediante las cuales una empresa tiene el poder de mando sobre otra u otras y le impone sus directrices.

Como su nombre lo indica, el grupo se constituye mediante una vinculación negocial entre controlante y controlada.

Esta vinculación es de carácter convencional y permite que la empresa controlante pueda manejar la voluntad social de la controlada.

A este punto, se configura un control llamado externo, ya que no acude a los mecanismos de poder internos de la controlada. Este contrato desplaza la competencia de los órganos de administración y gobierno de la empresa controlada, que sólo existen formalmente.

El control externo puede ser de dos clases: de derecho y de hecho, tema que ha sido objeto de análisis en páginas anteriores.

Ahora bien, entre las ventajas de esta modalidad encontramos que al plasmarse el contrato de grupo en un documento escrito, se pueden conocer de antemano las reglas del juego, entre ellas, el establecimiento de las personas intervinientes (naturales o jurídicas), el objeto, la forma de organización, la dinámica negocial, el grado de autonomía de cada empresa, las garantías necesarias, un sistema de información, el modo de asistencia mutua, la concertación y coordinación de los trabajos, los caminos para la solución de los conflictos, etc.

Del mismo modo, para efectos de la administración tributaria, por ejemplo, resultará más fácil diferenciar el patrimonio del grupo de el patrimonio de cada una de las empresas miembro, por encontrarse todo esto estipulado en el contrato de grupo.

Algunos países como Italia o Argentina, lo denominan *contrato de dominación*.

Este contrato de dominación es visto como el instrumento para la creación de un nuevo subsistema de poderes que, desde la empresa individual y pasando por la empresa anónima, alcanza "un grupo superior de integración" (el grupo de empresas), que no puede quedar al margen del derecho.

Por su parte, la legislación brasileña (siguiendo los pasos de la alemana), acogiendo a este modelo señala que el grupo existe a partir de la celebración de un negocio jurídico llamado "convención". En tal sentido, se considera efectivamente constituido desde que se inscribe en el Registro con la aprobación de las empresas agrupadas. Dicha convención debe contener la estructura administrativa del grupo.

En resumen, la regulación de esta modalidad permite que los grupos de empresa no sean vistos como sociedades de hecho ocultas, no exteriorizadas, sino como entes jurídicos reconocidos.

5. LA EXPERIENCIA NACIONAL

Por resolución ministerial 001-2000-JUS del 13 de enero del 2000, se conformó una comisión encargada de evaluar y revisar la normatividad vigente con el fin de elaborar un anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, presidida por el suscrito e integrada por los siguientes profesionales: Ricardo Beaumont Callirgos, Alfredo Bullard Gonzales, Baldo Kresalja Rosselló, Hernando Montoya Alberti, Alonso Morales Acosta, Fernando Elías Mantero, Juan Manuel Echevarría Arellano y Raúl Aza Derteano. Posteriormente, mediante resolución ministerial 022-2000-JUS del 26 de enero del

2000, se nombró como integrante de la citada comisión a Emil Ruppert Yáñez en reemplazo de Baldo Kresalja Rosselló.

El 28 de enero del 2000 se llevó a cabo la sesión de instalación de dicha comisión. En la primera sesión de trabajo, realizada el primero de marzo de dicho año, la comisión consideró importante realizar un análisis previo sobre:

- El fenómeno de la concentración económica y de los aspectos legales más importantes de los grupos de empresas, tales como sus elementos constitutivos, criterios de clasificación, intereses afectados, mecanismos de protección.
- La revisión de legislación extranjera para evaluar la tendencia en la legislación comparada en este tema (léase su regulación única o sectorial) y, en el caso de la legislación nacional dispersa y vigente, para determinar los denominadores o patrones comunes.
- Los efectos o consecuencias de una ley que regulara en forma íntegra y única los grupos de empresas en temas como trabajadores, utilidades, dividen dos, derecho de separación, la responsabilidad de los directores, la responsabilidad tributaria, entre otros.

Por tal razón, debido a este enfoque multidisciplinario y sus efectos, la comisión aprobó la realización de una serie de exposiciones introductorias para recoger la experiencia en el tratamiento de este tema por distintas instituciones nacionales, cada una de ellas desde su propia perspectiva. Es así que se revisaron, con la presencia de los respectivos especialistas y responsables, el Reglamento de Propiedad Indirecta y Grupos Económicos de la Conasev, las normas sobre grupos económicos en la legislación del Indecopi, las normas sobre grupos económicos en la legislación bancaria a cargo de la SBS, las normas tributa-

rias sobre grupos económicos y los criterios y principios rectores de la Comisión de Libre Competencia-Indecopi y de Osinerg.

Posteriormente, concluidas las exposiciones y con vista a la información doctrinaria, las legislaciones nacional y extranjera, se conformaron comisiones de trabajo a las que se encomendó la elaboración de proyectos. Sin embargo, al esbozarse un proyecto de ley que regulaba en forma única e integral los grupos de hecho y de derecho y, como consecuencia del debate respectivo, entre los miembros de la comisión, se fue perfilando la idea de si, antes de proponer una ley ad hoc, no era más conveniente excluir la regulación de los grupos de hecho habida cuenta de los criterios diferentes e incluso irreconciliables para tratar (así, por ejemplo, el tema de "vinculación" en los ámbitos tributario, reestructuración, bolsa y banca) y que ellos continúen regulados sectorialmente, intentando más bien regular el grupo de empresas como un contrato, en cuyo caso, por propia voluntad de estas últimas, adquiere la condición de grupo de derecho. Esta inquietud sobre la complejidad de unificar criterios para regular los grupos ya se manifestaba a raíz de las exposiciones realizadas a la comisión en donde se concluyó que cada sector se regulaba por mecanismos independientes y para satisfacer necesidades e intereses distintos, por lo que cada regulación y autoridades sectoriales pretenden hacer más viable, desde su óptica, su control sobre el fenómeno de concentración económica. Si además del enfoque multidisciplinario se añade el tema de los intereses afectados por la conformación del grupo (acreedores, socios externos y trabajadores), entonces las bondades de una ley con nombre propio resultan limitadas.

Por ello, en los debates de la comisión, se fue consolidando la idea de que si bien no resultaba conveniente dar una Ley de Grupos de Empresas, tal vez sí se podía concluir con una reforma de la Ley General de Sociedades a través del reconocimiento legal como un contrato asociativo adicional a los ya existentes.

Finalmente, una vez encontrado y discutido el punto de incluir disposiciones a la Nueva Ley General de Sociedades, se comenzó a elaborar el trabajo sobre los temas que serían materia de inclusión, para lo cual se utilizaron como base los proyectos anteriormente presentados, y de esa manera se dio origen al anteproyecto de ley, el cual incluía la propuesta de nuevos artículos al libro V de la Ley General de Sociedades sobre contratos asociativos, propuesta que fue aprobada por unanimidad.

5.1 ¿Por qué regular el tema de grupo como contrato asociativo en la Ley General de Sociedades?

En función de los antecedentes mencionados en el punto anterior, así como por las razones que se explican a continuación, la comisión estimó conveniente limitar la regulación del tema de "grupo de empresas" a través de la inclusión de algunos artículos en la Ley General de Sociedades, que regulen el contrato de grupo.

Las razones que motivaron esta propuesta son de dos tipos. Las primeras explican por qué nos restringimos a este único aspecto y no contemplamos una normatividad más amplia, dejando fuera de regulación temas como el grupo de hecho, la responsabilidad solidaria del grupo, el tema laboral y las definiciones de propiedad indirecta y control, entre otros.

Las segundas se refieren a por qué, a pesar de considerar que no es conveniente

mayor regulación, sí contemplamos regular la figura del contrato de grupo.

5.1.1 ¿Por qué tener una regulación limitativa en el tema de los grupos de empresas?

Las principales razones para que se haya considerado que no es conveniente tener una regulación completa y amplia sobre los grupos de empresas son las siguientes:

- *La complejidad del fenómeno.*- Los grupos empresariales son una realidad compleja y difícil de contemplar en su integridad, porque los problemas que presentan dependen de los impactos que tienen en distintas actividades o regulaciones. Así, cada área establece sus criterios propios de cómo tratar la vinculación y a los grupos según sus específicas necesidades. La regulación bancaria lo hace para evitar la generación de créditos vinculados y velar por la estructura del sistema financiero; la autoridad tributaria lo hace para evitar la elusión; el Indecopi, en el tema de libre competencia, lo hace para identificar posibles casos de abuso de posición de dominio por considerar que un conjunto de empresas es en realidad una sola unidad de decisión; en el área de reestructuración patrimonial, lo hace para cuidar que no se den casos de simulación de créditos y evitar el conflicto de intereses en las decisiones de junta de acreedores; la Conasev, para efectos de regulación bursátil y la transparencia del mercado, etc. Y cada una de estas áreas ha establecido mecanismos y formas de regulación que obedecen a sus fines específicos y que no son necesariamente coincidentes. Son razones diferentes que difícilmente

podrán ser unificadas y contempladas en una ley única. El resultado sería posiblemente que en poco tiempo la ley termine con un contenido vacío por la sustracción que harían de su aplicación las normas sectoriales que obedecen a racionalidades diferentes.

- *Los riesgos de la responsabilidad ilimitada dentro del grupo.*- Uno de los aspectos centrales de la regulación de grupos a nivel del derecho comparado se vincula con "relativizar" el principio de responsabilidad limitada en el grupo, permitiendo que entre las empresas integrantes de un grupo dicha limitación se relaje, permitiendo principalmente a acreedores de empresas de un grupo, comportarse, respecto de los integrantes de dicho grupo, como si fueran una sola empresa.

Lamentablemente tal relajación puede tener impactos bastante perjudiciales para la inversión y la operación del mercado de valores, así como en la operación de grupos. De hecho la existencia de responsabilidad limitada se orienta a separar o relativizar el riesgo de inversión (propiedad) del riesgo de gestión, poniendo capital de titularidad de gente sin experiencia empresarial en manos de personas con experiencia empresarial pero sin capital. La responsabilidad limitada permite precisamente que el riesgo de inversión se limite a dicha inversión y que los gestores de la empresa tengan que gestionarla adecuadamente para convencer a los inversionistas de que la capitalicen o le den patrimonio suficiente.

En tal sentido, algunos de los efectos de admitir una relativización de la responsabilidad limitada, los cuales fueron sustentados por Alfredo Bullard, son:

- La responsabilidad limitada reduce los costos de monitorear la conducta

de los administradores de las empresas por parte de los accionistas. Esto se expandiría al grupo pues cada empresa tendría que monitorear continuamente la gestión de las otras, elevando lo que los economistas conocen como el costo de agencia. Gran parte del riesgo de una inversión se deriva de la gestión de los administradores de la empresa. Una forma de reducir tal riesgo es monitorear muy de cerca la conducta de dichos administradores. A mayor riesgo más se invertirá en monitoreo. La responsabilidad limitada, al reducir el riesgo de la inversión, reduce los costos de monitoreo. Este costo suele reflejarse en valores de descuento de las acciones en el mercado. Al reducirse el riesgo aumenta el valor de las acciones y la disposición de los inversionistas a adquirirlas.

- La responsabilidad limitada reduce el costo de monitorear a otros accionistas y a otros miembros de un grupo empresarial. Si la responsabilidad es ilimitada, entonces es importante saber quiénes son los otros accionistas para saber cuál es el riesgo. El resultado es una gran inversión en identificarlos y en tener mecanismos para que los accionistas "ricos" permanezcan en su calidad de tales.
- La reducción de costo de monitoreo favorece el intercambio de acciones y dinamiza el mercado de valores.
- La responsabilidad limitada hace que los precios en el mercado nos brinden información adicional y más clara sobre las propias empresas. Con responsabilidad ilimitada las acciones dejarían de ser bienes homogéneos, con lo cual dejarían de tener un solo precio en el mercado. Las acciones de una misma empresa ya

no serían bienes fungibles. Las acciones de titularidad de un accionista "rico" valdrían menos que las acciones de un accionista pobre. Con la responsabilidad limitada el valor de la acción es consecuencia de las utilidades futuras. Sin dicha limitación el valor de la acción depende además de las utilidades futuras, de la riqueza y patrimonio de los otros accionistas. Las bolsas de valores se convertirían en entidades "kafkianas" en las que habría que invertir gran cantidad de recursos para conocer el valor real de cada acción según su titular y de quienes sean los titulares de las otras acciones. Esto incrementa los costos de transacción en el mercado de valores.

- La responsabilidad limitada permite diversificar riesgos de la inversión en actividades diferentes, incluso dentro de un mismo grupo empresarial. Este es además uno de los incentivos que explica la existencia de grupos empresariales. Los inversionistas minimizan riesgos mediante diversificación de la cartera de inversiones. Si no hubiera responsabilidad limitada, la diversificación elevaría el riesgo de la inversión, porque al invertir en un sector podría afectar la inversión en el otro.
- La responsabilidad limitada coloca los riesgos en cabeza de quien está en mejor capacidad para asumirlos: el administrador de la empresa.
- La responsabilidad limitada reduce también los costos de transacción en el mercado de créditos, al facilitar el cálculo por parte de los bancos de las posibilidades de pago de la empresa, pues ya no sería necesario evaluar a todos los accionistas.

5.1.2 ¿Por qué regular el contrato de grupo de empresa en la Ley General de Sociedades?

En principio, las empresas, en el ejercicio de su autonomía privada, pueden establecer entre ellas los acuerdos que estimen pertinentes. Bajo tal perspectiva, regular este contrato podría ser que resulte ocioso.

Sin embargo, los contratos de grupo, al crear un régimen especial de cambio de los intereses en función de los cuales se pueden tomar las decisiones empresariales (que pasan del interés de la empresa al interés del grupo) pueden generar efectos a terceros.

Esto a su vez tiene un impacto en la responsabilidad de los integrantes de los órganos sociales, los cuales deben justificar la conveniencia y pertinencia de sus decisiones no sólo en el interés de la empresa, sino en el interés del grupo, aspecto que no está actualmente contemplado en la Ley General de Sociedades.

La oponibilidad de estas decisiones basadas en el interés del grupo, de la mano con la necesidad de cambiar los estándares de responsabilidad de los integrantes de tales órganos respecto de los accionistas o de terceros, a fin de que puedan justificar su accionar en función del grupo y no necesariamente de la empresa individualmente considerada, justifican que la Ley General de Sociedades regule este tema. Los acuerdos pueden obligar a quienes los adoptan, pero sólo la ley puede obligar a terceros que no participan o no tienen injerencia en los acuerdos.

El reconocimiento legal de la figura es necesaria, entonces, básicamente por tres razones. En primer lugar la determinación de la oponibilidad de los términos del contrato de grupo a terceros, incluyendo en tal categoría socios minoritarios en las sociedades integrantes del grupo.

En segundo lugar, el establecer estándares diferentes de responsabilidad del integrante de un órgano social en función de la "licencia" que el contrato de grupo le da para actuar en interés del grupo, incluso afectando en ocasiones el interés de la empresa cuyo órgano conforma, evidentemente, dentro de los límites que establezca el mismo contrato de grupo.

En tercer lugar, establecer los derechos que asisten a los socios disconformes para tutelar su interés en caso que consideren que éste se ve afectado por la celebración del contrato de grupo.

5.1.3 Conclusión

Si bien la comisión consideró que una regulación de los grupos de hecho es una tarea que no puede ser abordada por una ley única, por las razones expuestas precedentemente, sí consideró necesario otorgar un reconocimiento legal del contrato de grupo como un medio, mecanismo o vehículo que permita superar algunos escollos u objeciones que puedan presentarse de algunos socios en el ámbito de las sociedades que voluntariamente decidan agruparse (léase los conflictos de intereses, la impugnación de acuerdos so pretexto de la preferencia de los intereses del grupo respecto de la empresa controlada, etc.).

Por tal razón es que la comisión aprobó por unanimidad el proyecto abajo transcrito como un contrato asociativo en la Ley General de Sociedades, el cual fue elevado a la consideración del ministro de Justicia.

Proyecto de Ley

El Presidente de la República

Por cuanto:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

El Congreso de la República;

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo único.- Agréguese los artículos 449, 450, 451, 452, 453 y 454 a la Ley General de Sociedades – Ley 26887.

Artículo 449: Del contrato de grupo

Por el contrato de grupo dos o más sociedades acuerdan conformar un grupo, sometiéndose a la dirección unificada de una sociedad u órgano controlante.

Exposición de motivos: Con este artículo se opta por el sistema de reconocer la existencia de grupo de empresas, sólo en el caso que voluntariamente se decida celebrar un "contrato de grupo".

El objeto de este contrato de grupo es la creación de una relación de dominación y dependencia; o en el caso que ya exista de hecho, legitimarla y publicarla mediante el acuerdo contractual. Pero, además, no se trata tan sólo de crear o de legitimar una relación de dominación-dependencia, sino que se impone la obligación al sujeto u órgano controlante, que ese control actúe en razón de una dirección unificada.

Artículo 450: Preferencia de los intereses del grupo

El interés de la sociedad que es parte de un contrato de grupo, queda subordinado al interés del grupo y los órganos de dicha sociedad, así como sus integrantes sujetan su actuación al interés de éste.

En las sociedades parte de un contrato de grupo:

- a. Las referencias contenidas en los artículos 133 y 180 al interés social se entienden hechas al interés del grupo.
- b. No procede la impugnación de acuerdos que prefieran el interés del grupo al interés de la sociedad.

Exposición de motivos: El propósito de este artículo es legitimar el interés del gru-

po; reconocer un interés superior y distinto al de cada una de las empresas agrupadas en razón del cual puede actuarse libremente sin limitaciones.

El segundo párrafo precisa y aclara las consecuencias que rigen la declaración del primero en cuanto a las normas sobre conflicto de intereses e impide la impugnación de acuerdos cuando éstos prefieran el interés del grupo.

Artículo 451: Requisitos del contrato de grupo

El contrato de grupo debe constar por escritura pública bajo sanción de nulidad y expresa, cuando menos, lo siguiente:

1. La denominación del grupo;
2. La designación del sujeto u órgano controlante y de las empresas controladas;
3. El objeto, el propósito y la duración del grupo;
4. Las condiciones para la admisión y retiro de las empresas controladas;
5. Los órganos y cargos de la administración del grupo, sus atribuciones y las relaciones entre la estructura administrativa del grupo y de las empresas que lo componen;
6. Los requisitos para la modificación del contrato y las normas relativas a la disolución del grupo; y,
7. Los demás pactos y condiciones que se establezcan.

El contrato de grupo y todo acto que lo modifique, regule o extinga, surte efectos frente a terceros a partir de su inscripción en la partida de cada una de las sociedades pertenecientes al grupo.

Exposición de motivos: Es la trascendencia de un contrato de grupo lo que nos ha motivado introducir la exigencia de que conste por escritura pública. La falta de cumplimiento de este requisito se sanciona con la nulidad del contrato mismo.

Igualmente, se indican los requisitos mínimos que deberá contener todo contrato de grupo y el momento en que comenzará a surtir efectos frente a terceros; que será desde el momento en que se inscriba en los Registros Públicos.

La razón por la que en el último párrafo se ordena la anotación del contrato de grupo y todo acto que lo modifique, regule o extinga en las partidas de cada una de las empresas agrupadas, es para asegurar que el mismo sea de dominio público.

Artículo 452: *Aprobación de contrato de grupo*

La celebración de un contrato de grupo debe ser aprobada previamente por el órgano de máxima jerarquía de la sociedad, observando para tal efecto los quórum exigidos en el estatuto para la modificación del mismo.

No rige para la aprobación del contrato de grupo la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 133.

Exposición de motivos: La justificación de este artículo se basa en la misma razón que la del anterior. Las importantes consecuencias que trae la celebración de un contrato de grupo nos ha hecho considerar conveniente que sea aprobado por el órgano de máxima jerarquía de cada una de las empresas participantes, así como el quórum para la aprobación del mismo sea igual al que se requiere para la modificación de sus estatutos.

Artículo 453: *Derecho de separación*

La aprobación de la celebración de un contrato de grupo otorga a los socios el derecho de separación regulado por el artículo 200, no siendo de aplicación el límite al valor que pueden fijar las partes para el reembolso de las acciones a que se refiere el sexto párrafo de dicho artículo.

Exposición de motivos: Este artículo pretende brindar un medio de protección a los socios, los que pueden entonces optar entre mantener su calidad de tal en la empresa controlada o separarse de la misma con derecho a la redención de sus acciones. Se le da en buena cuenta la oportunidad de retirarse de la empresa con la correspondiente redención de sus acciones.

Artículo 454: *De la responsabilidad del grupo y sus integrantes*

Salvo disposición en contrario en el contrato de grupo o algún otro acuerdo, la responsabilidad de las sociedades integrantes del grupo por sus operaciones, actos y contratos es autónoma e independiente de las demás integrantes del grupo, y se regula por las normas aplicables a cada forma societaria o asociativa.

Exposición de motivos: Para evitar interpretaciones equivocadas, se precisa el régimen de responsabilidad de las integrantes del grupo.