

Control corporativo grupal*

Por Daniel Echaiz Moreno

1. Los grupos de sociedades: moderna manifestación corporativa

Los grupos de sociedades constituyen una clara manifestación de las tendencias modernas en el mundo empresarial. Responden a la firme necesidad de hacer frente a las exigencias impuestas por el mercado donde la demanda es creciente, la globalización derrumba las fronteras y el tráfico mercantil se torna cada vez más fluido.

En aquel escenario, es menester que el empresariado asuma el postulado “adoptar-adaptar” (esto es, adoptar medidas para adaptarse al cambio) y, en dicho contexto, la concentración empresarial emerge como el mecanismo idóneo para el crecimiento corporativo¹, dentro de sus diversas modalidades, son los grupos de sociedades los que actualmente gozan de un protagonismo inusitado en Europa comunitaria y los Estados Unidos de América, haciéndose extensiva esa trascendencia a los países americanos.

Antes de proseguir en nuestro ensayo jurídico, debemos hacer una atinencia que juzgamos necesaria. En otras ocasiones², analizando los diferentes *nomen juris* adjudicados a la figura *sub-examine*, hemos tomado partido por *grupos de empresas* por considerar que refleja su auténtica esencia (la agrupación de dos o más organizaciones destinadas a la actividad empresarial), lo que no sucede con otras denominaciones que solamente apuntan a la sociedad (*grupos societarios*, *grupos de sociedades* y *sociedades imbricadas*), aluden a la agrupación de empresarios cuando quienes se agrupan son las empresas (*grupos de empresarios*, *grupos empresarios* y *agrupamientos empresarios*), son amplias y ambiguas (*empresas vinculadas económicamente*) o denotan un enfoque eminentemente desde la economía (*conjuntos económicos* y *grupos económicos*). Pues bien, en esta oportunidad nos hemos impuesto centrar nuestro análisis en el tema del control en la política empresarial de los grupos de sociedades.

Resulta menester que empecemos definiendo al instituto grupal que constituye el marco general del asunto que nos convoca. Así, diremos que el grupo de sociedades es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más sociedades jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se establecen relaciones de dominación-dependencia, las que importan

* Artículo publicado en el sitio web: <http://www.derechoempresarial.deamerica.net>.

¹ Echaiz Moreno, Daniel, *La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo*, “Revista Jurídica del Perú”, Trujillo, Editora Normas Legales, 2001, año LI, nº 20, p. 125 a 137.

² Echaiz Moreno, Daniel, *Regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho empresarial peruano (bases para una legislación integral)*, tesis, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2000, p. 84 a 87. También, del mismo autor, *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 2001, p. 56 y 57.

el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las sociedades) sobre la sociedad o sociedades dominadas. Sobre lo acotado, cabe efectuar dos precisiones conceptuales: a) que la naturaleza multiarticulada se vislumbra en las diversas modalidades que puede adoptar un grupo de sociedades y b) que el interés grupal se encuentra por encima de los intereses de cada miembro del grupo, sin importar que éste detente la calidad de dominante o dominado³.

2. Las características estructurales de los grupos de sociedades

Podemos sintetizar este tópico sobre el cual nos pronunciamos hace algún tiempo⁴, señalando que son tres las características de los grupos de sociedades: la autonomía jurídica, la dirección unificada y la relación de dominación-dependencia.

a) La autonomía jurídica

La autonomía jurídica importa la existencia de una pluralidad de sociedades independientes. Por lo tanto, cada sociedad continúa siendo un sujeto de derecho individualizado, en tal sentido, conservan su propio objeto, denominación, titular o titulares, plantel de trabajadores, personal administrativo (directores o gerentes), cartera de clientes, cuentas bancarias y la titularidad de todo derecho que legal o contractualmente les corresponda (como el ser mutuataria, arrendadora o comodataria), además de las obligaciones contraídas (bien sean contractuales, laborales, fiscales, societarias o de otra índole).

Debe comprenderse que este atributo de los grupos de sociedades se expresa mediante dos palabras coligadas: “autonomía jurídica”; no se trata de simple autonomía (concepto *per se* amplio), sino de una clase específica de ella. Estamos, en verdad, ante una autonomía jurídica y no económica, formal y no real, de derecho y no de hecho, normativa y no empresarial. Y así, precisamente, lo entiende Girón Tena cuando en el dictado de su cátedra universitaria pronuncia: “Se habla de uniones de empresas... porque éstas conservan su individualidad, es decir, una independencia por lo menos formal, aunque... la autonomía de su conducta se comprometa en mayor o menor medida⁵”. En la doctrina peruana, Sánchez Domínguez enumera entre los rasgos de los grupos los niveles de autonomía jurídica y no económica⁶.

La referida autonomía jurídica puede ser materia de flexibilización. En tal orden de ideas, la sociedad dominante podrá disponer que todas las empresas integrantes del grupo modifiquen su denominación para que introduzcan cierta palabra que las identifique como parte de aquel grupo societario o podría darse el caso que

³ Echaiz Moreno, Daniel, *Los grupos de empresas en el Perú. Análisis y propuestas para una legislación integral*, “Gaceta Jurídica”, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2000, t. 82-B, p. 34.

⁴ Echaiz Moreno, Daniel, *Características estructurales de los grupos de empresas*, banco de datos legal Teleley, Lima, <http://www.asesor.com.pe/teleley/tesis-echaiz.htm>, 9/1/03.

⁵ Girón Tena, José, *Los grupos de sociedades*, en “Las grandes empresas”, Valladolid, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 102.

⁶ Sánchez Domínguez, Tula, *Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica*, “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, Lima, Asesorandina, 1991, nº 40, p. 211.

las empresas pertenecientes al grupo compartiesen a la mayoría de los gerentes o que, ante la mala situación económica de uno de los miembros, otra de las sociedades del grupo acudiese en su “rescate” y asumiese sus deudas o parte de ellas. Todo esto es posible porque estamos ante una autonomía jurídica, pero no empresarial. Y ello tiene que ser así porque el mundo de las empresas no soporta trabas; por el contrario, es ágil y fluido.

Siguiendo a Morales Acosta, expresaremos que la autonomía jurídica se concretiza en dos niveles de la empresa: externo e interno⁷, los mismos que, en buena cuenta, denotan las relaciones “con la empresa” y “en la empresa”, respectivamente.

El nivel externo atañe a las relaciones establecidas entre la sociedad y los socios, los trabajadores, los acreedores, los clientes y el Estado. Es el ejercicio del aparente actuar con total independencia; la empresa se muestra al exterior como una organización de naturaleza individual, desvinculada de otras; es uno de los efectos positivos que se infieren de la autonomía jurídica. Aquí, los titulares de la sociedad integrante del grupo reflejan el goce de los tres atributos esenciales de todo empresario: poder de gestión, participación en las utilidades y asunción de riesgos, aunque en los hechos sea distinto.

Sin embargo, es en el nivel interno donde se vislumbra con claridad el carácter relativo de la autonomía o, más bien, que ésta es solamente jurídica pero no empresarial. Implica el dominio ejercido por determinado sujeto (dominio extra-societario o intra-grupal) y que se materializa en el poder de gestión, en la participación en las utilidades y la asunción de riesgos, generalmente mediante la dación de directrices enmarcadas dentro de la política empresarial del grupo.

b) La dirección unificada

La dirección unificada es otra característica tipificante de los grupos de sociedades que consiste en la capacidad del sujeto dominante para imponer sus decisiones a la sociedad, rigiéndose para tal efecto por el principio del interés grupal. Es transferir el poder de dirección, planificación y gestión de la sociedad que normalmente incumbe a sus titulares hacia un tercero (que puede ser, incluso, ajeno a dicha sociedad) y que tiene la calidad de sujeto dominante.

Uno de los principales problemas que debe afrontar la dirección unificada es el concerniente a los parámetros para su determinación, es decir, si se lo debe concebir en sentido restringido o en sentido amplio.

De acuerdo al primer supuesto, la dirección unificada se lleva a cabo sobre la totalidad de las actividades de la sociedad dominada, sin dejarle el más mínimo margen de capacidad decisoria; es una suerte de reglamentarismo a ultranza que trata de prever todo tipo de situaciones, lo cual muchas veces es difícil de realizar a cabalidad. En referencia al sentido amplio, se postula que sería conveniente regular sólo las cuestiones más importantes relativas a la actuación conjunta, para que

⁷ Morales Acosta, Alonso, *Los grupos de sociedades*, “Revista Peruana de Derecho de la Empresa”, Lima, Asesorandina, 1994, nº 44, p. 110.

sean las sociedades integrantes del grupo quienes dispongan las medidas de ejecución pertinentes.

Por nuestra parte, nos adscribimos a esta última postura que bien podríamos denominar de *libertad restringida* para las sociedades dominadas y que deviene en más viable para su consecución, demás está decir que el sujeto dominante se encuentra facultado para intervenir en la ejecución de las directrices generales que él dispuso.

Elemento importante a destacar dentro de la dirección unificada es el interés grupal, concepto que debe ser diferenciado de los intereses que venimos en llamar individual, empresarial y particular. El interés grupal (propósito marco de la dirección unificada) guarda distancia de los tres conceptos antes mencionados, refiriéndose exclusivamente a los grupos de sociedades. Según aquél, en todo grupo existe una motivación por encima incluso de sus propios miembros considerados aisladamente, que busca el “bienestar empresarial” de dicho grupo de sociedades concebido como entidad autónoma.

La prevalencia del interés grupal sobre el interés de cada sociedad (el interés empresarial) se justifica en razón que la totalidad de las sociedades del grupo trabajan para el fortalecimiento, crecimiento y liderazgo de ese grupo del cual son integrantes. Es una especie de solidaridad empresarial en beneficio común o, dicho de otro modo, todos para uno y uno para todos donde ese uno es el grupo de sociedades. Empero, hay una cuestión que no debe olvidarse: el intérprete del interés grupal (quien lo determina) es el sujeto dominante, no obstante y como acertadamente indica Miguens, “el interés de este sujeto dominante también está sometido jerárquicamente al interés del grupo porque, a pesar de ser dominante, también es una parte de él”⁸.

c) La relación de dominación-dependencia

Autorizada doctrina española⁹ ha reconocido que la relación de dominación-dependencia ocupa un sitio importante dentro de la temática de los grupos de sociedades. En el ámbito académico (especialmente europeo), esta característica ha sido aludida consuetudinariamente con la frase “influencia dominante”; al respecto, narra Le Pera, que “la primera utilización del término ‘influencia dominante’... proviene de la Cámara de los Lores inglesa, cuando en el curso de la Primera Guerra Mundial decidió que por propiedad enemiga debía entenderse, no sólo la que pertenecía a enemigos..., sino también la de sociedades que estuviesen bajo la ‘influencia dominante’ de personas que, a su vez, debían ser calificadas de ‘enemigos’”¹⁰.

⁸ Miguens, Héctor J., *La consolidación concursal en el derecho norteamericano de grupos de sociedades*, “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Bs. As., Depalma, 1998, año 31, n° 183, p. 518.

⁹ Embid Irujo, José, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, Centro de Publicaciones y Secretaría General y Técnica del Ministerio de Justicia, 1987, p. 32 y 33.

¹⁰ Le Pera, Sergio, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Bs. As., Astrea, 1979, p. 148.

La relación de dominación-dependencia, desde nuestra perspectiva, entraña cinco elementos que van apareciendo sucesivamente, pero que se mantienen en el tiempo, ellos son: dominación, intensidad, duración, control y dependencia. De la interacción de estos factores tenemos que la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una sociedad genera para el primero el control y, para la segunda, la dependencia.

La dominación se manifiesta a través de mecanismos, los cuales pueden ser internos y externos. Esa dominación tendrá que revestir particular intensidad a efectos que pueda influir decisivamente en la organización interna de una sociedad. Pero, además, deberá extenderse en el tiempo, puesto que una dominación efímera (así sea intensa) no posibilitará incidir efectivamente en la conducción de una sociedad, al no haberse logrado el control (punto máximo, al cual se aspira dentro de este contexto y que es la forma de ejercer la dominación). La contrapartida obvia del control obtenido es la dependencia de la sociedad ahora subordinada.

3. La dominación y el control

Ardua controversia (quizás, exagerada) ha propiciado la aparente multiacepción semántica del término *control*; inclusive, el francés Vanhaecke ha llegado a decir que su definición debe provenir de la casuística y no de la doctrina¹¹. La discusión parece surgir de la similitud (para algunos) o diferencia (para otros) entre los conceptos *dominación* y *control*. Por nuestra parte, adelantamos que nos adscribimos a la segunda postura.

Lo dicho es claramente graficable. Imaginemos que la sociedad *A* adquiere el 90% de las acciones de la sociedad *B*. Realizada esta operación mercantil se habrá producido la dominación de la sociedad *A* sobre la sociedad *B*, pero no se ha ejercido aún ninguna influencia en la administración de esta última. Sin embargo, cuando la sociedad *A* decida que la sociedad *B* debe fusionarse con otra integrante del grupo, habrá alcanzado el control; la sociedad *A* pasará de ser dominante a controlante y la sociedad *B* de ser dominada a controlada.

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

4. La noción empresarial del control

Para su correcta delimitación conceptual, el control debe ser enfocado desde la perspectiva empresarial. Así, la abogada comercialista Sánchez Domínguez sostiene que en los grupos de sociedades suele darse que “el conjunto de todas las unidades operativas empresariales que forman parte del sistema son controladas y

¹¹ Vanhaecke, Michel, *Los grupos de sociedades*, París, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, 1962 (traducción libre), p. 187.

dirigidas desde un solo centro de decisión, denominado ‘empresa matriz’, la cual ejercita un poder estratégico de centralización del manejo, control y dirección empresarial de todo el sistema operativo...”¹².

En ese mismo orden de ideas, Mercado Neumann, en una interesante tesis profesional, apunta que “el control es la capacidad de inferir, directa o indirectamente, de manera determinante en las decisiones de una empresa”¹³. Finalmente, el connotado laboralista Sagardoy explica que, dentro de la caracterización jurídica de la institución grupal, destaca el poder de dirección único, lo cual implica que el grupo de sociedades “se erige [como] un centro de decisión externa que impide que cada empresa individual [entiéndase: sociedad] tenga capacidad decisoria propia, limitándose ésta sólo a los aspectos ejecutivos y secundarios”¹⁴.

No está de más hacer referencia a la norma internacional de contabilidad 27 (más conocida como la NIC 27) titulada *Estados financieros consolidados y contabilización de inversiones en subsidiarias*, la cual expresamente atribuye el siguiente significado al término *control*: “es el poder para gobernar las políticas financieras y de operación de una empresa con el fin de obtener beneficios de sus actividades” (art. 6°).

Caso aparte lo constituye la legislación, puesto que si bien ésta ha sido reuente en la mayoría de las veces a pronunciarse normativamente sobre los grupos de sociedades, cuando lo efectúa ha considerado como eje central de su estructura al control. En este orden de ideas, en sede peruana pueden encontrarse algunos ejemplos dentro de nuestro disperso tratamiento legislativo en esta materia¹⁵.

La ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico¹⁶ entiende que “la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa” es un acto que supone concentración empresarial (art. 2°). Por su parte, el reglamento de propiedad indirecta, vinculación y grupo económico¹⁷, en un plausible intento por acercarse al tema de los grupos de sociedades, define al control como “la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica” (art. 5°, párr. 2°).

¹² Sánchez Domínguez, *Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica*, p. 202.

¹³ Mercado Neumann, Susana, *Proyecto de grupos de empresas*, en “Los grupos de empresas y sus consecuencias en el derecho mercantil”, tesis, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1987, art. 1°.

¹⁴ Sagardoy, Juan A., *Problemática laboral de los grupos de empresas*, “Revista Jurídica del Perú”, Trujillo, Editora Normas Legales, 1996, año XLVI, n° 1, p. 101.

¹⁵ Echaiz Moreno, Daniel, *Los grupos de empresas en la legislación peruana*, “Revista Normas Legales”, Trujillo, Editora Normas Legales, 2000, t. 291, p. A-161 a A-168.

¹⁶ Ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico 26.876, del 18/11/97, publicada en el “Diario Oficial El Peruano” el 19/11/97.

¹⁷ Reglamento de propiedad indirecta, vinculación y grupo económico, aprobado mediante res. CONASEV 722-97-EF/94.10, del 28/11/97, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 29/11/97.

En el Anteproyecto de la Ley General de la Empresa¹⁸, al momento en el cual el legislador pretende definir al grupo empresarial, se establece que en éste existirá unidad de propósito y dirección “cuando la existencia y actividades de todos los empresarios persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto o actividad de cada una de ellas” (art. 89, párr. 2°). Dicha redacción, que se conservó en una posterior versión, demuestra los alcances del control de la política empresarial, relacionándolo tácitamente con el principio del interés grupal.

Posteriormente, se aprobaron las normas especiales sobre vinculación y grupo económico¹⁹ donde se estipula con un texto algo redundante que “se denomina control a la influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de decisión de una persona jurídica” (norma 4.2).

Por su parte, el reglamento de la ley antimonopolio y antioligopolio²⁰ del sector eléctrico indica lo que entiende por grupo económico tomando como referencia el control que se ejerce cuando menos sobre una persona jurídica (art. 2°, inc. h), criterio que es prácticamente repetido en el reglamento de la clasificación, valorización y provisiones de las inversiones de las empresas del sistema financiero²¹ (art. 2°, inc. n).

Hace relativamente poco tiempo se expidieron las nuevas normas especiales sobre vinculación y grupo económico²², dispositivo jurídico en el cual, con mejor redacción respecto a su antecesor, se manifiesta que “se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica” (art. 9°, párr. 1°).

Podemos colegir, entonces, de las anteriores conceptualizaciones que el control es el poder que detenta el sujeto dominante que permite impartir la dirección unificada, interpretar el interés grupal y dirigir la política empresarial del grupo de sociedades.

5. Las manifestaciones empresariales del control

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se manifiesta empresarialmente el control en los grupos de sociedades, seguidamente explicaremos el con-

¹⁸ Anteproyecto de la Ley General de la Empresa, en “Comisión de Reforma de Códigos”, legislatura 1997-98, Lima, Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República, 1998, p. 55 y siguientes.

¹⁹ Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, aprobadas mediante res. SBS 001-98, del 2/1/98, publicadas en el “Diario Oficial El Peruano” el 6/1/98. Es menester precisar que este dispositivo jurídico se encuentra actualmente derogado por la res. SBS 445-2000 que comentaremos más adelante.

²⁰ Reglamento de la ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico, aprobado mediante decr. supremo 017-98-ITINCI, del 2/10/98, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 16/10/98.

²¹ Reglamento de la clasificación, valorización y provisiones de las inversiones de las empresas del sistema financiero, aprobado mediante res. SBS 1053-99, del 30/11/99, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 3/12/99.

²² Normas especiales sobre vinculación y grupo económico, aprobadas mediante res. SBS 445-2000, del 28/6/00, publicadas en el “Diario Oficial El Peruano” el 6/7/00.

trol interno (de derecho y de hecho) y el control externo (de derecho y de hecho), así como el control directo e indirecto.

a) El control interno

El control interno es aquel que nace en el seno de la propia sociedad, es decir, de la vinculación entre el sujeto dominante y la sociedad dominada, cabiendo dos manifestaciones de él: de derecho y de hecho.

1) *El control interno de derecho.* Estamos ante el control accionario o participacional, dependiendo del modelo societario adoptado; es la influencia que se ejerce en razón de la titularidad de la sociedad dominada.

Así, el *Diccionario de economía y negocios* prescribe que la relación de dominio queda establecida porque la empresa matriz ejerce un control de derecho en tanto posee la mayoría de las acciones con derecho a voto o puede designar o cesar a la mayoría de los administradores²³. Adoptando una postura contraria en sus cimientos a lo anteriormente expresado, Mercado Neumann consigna en su propuesta legislativa que existirá control de hecho cuando se posea acciones, participaciones o alícuotas por cualquier título que otorguen los votos suficientes para formar la voluntad social²⁴.

El control interno de derecho permite que se arribe a él por medio de tres vías esenciales, cuales son las siguientes: el control absoluto (cuando se posea el 100% de las acciones o participaciones de la sociedad controlada), el control mayoritario (cuando se posea más del 50% y menos del 100% de las mismas) y el control minoritario (cuando se posea menos del 50% de las acciones o participaciones de una sociedad y se celebre un pacto de sindicación de voto que conlleve al control de ella). Como quiera que la legislación societaria peruana vigente regula a las acciones con derecho a voto y sin derecho a él, debe entenderse que aquí nos estamos refiriendo a las primeras.

Respecto a lo explicado y situándonos dentro del contexto jurídico peruano, cabe anotar que no sería factible el control absoluto en los grupos de sociedades porque la normatividad de la materia exige la pluralidad de socios²⁵ y la titularidad de uno de ellos con el 100% no lo permite. Sin embargo, esta es la regla general, cabiendo excepciones a la pluralidad de socios, tal es el caso de la sociedad de propósito especial (en procesos de titulización de activos), así como las subsidiarias de empresas del sistema financiero y de seguros.

Es de precisar, además, que una de las formas de conseguir el control interno de derecho es mediante la escisión. En efecto, a través de la escisión por división o por segregación, una sociedad se fracciona conservando o no su existencia y el titular mayoritario o titulares minoritarios sindicados de la sociedad escindida adquieren la calidad de sujetos dominantes de las empresas resultantes. La excepción a esta consecuencia se presenta en la escisión (por división o por segrega-

²³ *Diccionario de economía y negocios*, Madrid, Espasa Calpe, 1997, p. 298.

²⁴ Mercado Neumann, *Proyecto de grupos de empresas*, art. 2°, inc.1°.

²⁵ Ley general de sociedades 26.887, del 5/12/97, publicada en el "Diario Oficial El Peruano" el 9/12/97, art. 4°.

ción) en que los bloques patrimoniales son transferidos a sociedades ya existentes, puesto que el titular mayoritario podría no serlo ahora, aunque a veces caben los pactos de sindicación de voto.

La normatividad peruana que ha transitado por el tema de los grupos de sociedades ha subsumido ciertamente el criterio del control interno de derecho. Ello puede apreciarse en el reglamento de propiedad indirecta, vinculación y grupo económico, puesto que ahí se presume *juris tantum* que existe control “cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones... se puede ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica” o “cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica se puede designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio” (art. 5°, incs. a y b). El mismo criterio es recogido en las normas especiales sobre vinculación y grupo económico, dispositivo legal en el cual se alude al control directo e indirecto para referirse a este tópico (art. 9°, párrs. 2° y 3°).

Y, en el derecho comparado, la tendencia es semejante. La ley sobre sociedades anónimas 18.046 de Chile prescribe que “es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto... o pueda elegir o designar... a la mayoría de sus directores o administradores” (art. 86). Por su parte, la ley de sociedades comerciales 16.060 de Uruguay estipula que “se considerarán sociedades controladas aquellas que, en virtud de participaciones sociales o accionarias..., se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades” (art. 49, párr. 1°).

Asimismo, la ley para regular las agrupaciones financieras de México²⁶ sostiene que la sociedad controladora “será propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el 51% del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo” (art. 15, párr. 2°). Finalmente, la directiva relativa a las cuentas consolidadas de la legislación europea²⁷ explica tácitamente que habrá grupo de sociedades cuando una sociedad matriz tiene la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o asociados de una sociedad filial o cuando tiene el derecho de nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de una sociedad filial y es, al mismo tiempo, accionista o asociada de esta sociedad filial (art. 1°, inc. 1°, acápites a y b).

Antes de proseguir, dejamos constancia que el control interno de derecho se relaciona estrechamente a la institución empresarial anglosajona de la *holding company*, aspecto que por razones de propedéutica reservamos para más adelante (ver punto 6).

2) *El control interno de hecho*. El control interno de hecho se da a través de dos mecanismos que bien podríamos llamar control relativo y control administrativo, siendo ambos muy comunes en las denominadas *sociedades de accionariado di-*

²⁶ Ley para regular las agrupaciones financieras, aprobada mediante decreto del 16/7/90, publicada en el “Diario Oficial de la Federación” el 18/7/90.

²⁷ Directiva relativa a las cuentas consolidadas, aprobada mediante la séptima directiva 83/349/CEE del Consejo, del 13/6/83, publicada en el “Diario Oficial” el 18/7/83.

fundido, es decir, en aquellas empresas organizadas societariamente y que cuentan con gran número de titulares.

Cuando en una sociedad impera el fenómeno del ausentismo existe amplio margen de probabilidades para que surja el control relativo. Para comprender ello, debemos empezar recordando que es recurrente distinguir en toda sociedad de grandes dimensiones entre los socios de mando (con ánimo de permanencia y dispuestos a dirigir la marcha social) y los socios especuladores (cuyo propósito no es involucrarse en la dirección de la sociedad, sino obtener el *plus* de diferencia al revender sus acciones).

Pues bien, estos últimos se mantienen generalmente al margen de la gestión empresarial (por decisión propia) y, consecuentemente, son ausentes a las juntas que se celebran. Llegado a este punto, podrá inferirse con facilidad por quiénes será aprovechado dicho ausentismo; en efecto, muchos de los socios de tenencia minoritaria adquirirán posición mayoritaria entre los votantes y, por ende, el control necesario.

En cuanto al control administrativo, éste se refiere a aquel que reposa en manos de los órganos encargados de la administración de la sociedad, esto es, directores, gerentes y demás ejecutivos. Sucede que, debido al cuantioso número de socios, resulta complicado adoptar acuerdos en temas fundamentales e, incluso, es prácticamente imposible celebrar un pacto de sindicación de voto, ya que hay múltiples opiniones en los más disímiles sentidos²⁸. De lo sostenido se generan dos posibles consecuencias: que lo decidido por los órganos administrativos sea casi siempre aprobado por la junta de socios, puesto que es difícil arribar a otra solución (se piensa que no hay alternativa viable y que la marcha de la sociedad no debe detenerse) o que los socios no se pongan de acuerdo inclusive para discutir la remoción de los directores o gerentes²⁹.

Cabe otra manifestación del control administrativo que no está necesariamente ligada a las denominadas *sociedades de accionariado difundido* y se presenta cuando los órganos encargados de la administración son comunes a dos o más empresas. Este supuesto se encuentra estrechamente ligado al control interno de derecho, en tanto se materializará generalmente cuando el sujeto dominante tiene la facultad de nombrar o remover a la mayoría de los miembros del directorio o a los gerentes, criterio que usualmente ha sido recogido por la legislación (ver a.1).

²⁸ Por ejemplo, el directorio de una sociedad considera pertinente realizar una operación de fusión con otra sociedad y somete el proyecto de fusión a junta general de socios. Aquí, algunos desean aprobarlo íntegramente; otros consideran que no es el momento oportuno para dicha operación; unos terceros estiman que el proyecto de fusión no ha observado los requisitos legales; otros, finalmente, creen que la fusión debiera realizarse dentro de un tiempo, pero la entrada de una sociedad competidora al mercado obliga a adelantar esa oportunidad inicialmente concebida a mediano plazo. En este escenario, ante tan diversas posturas de los socios, el directorio logra que se apruebe el proyecto de fusión con el apoyo del primer grupo de socios y el convencimiento de la mayoría de los otros socios.

²⁹ De acuerdo a nuestra normatividad societaria vigente, uno o más accionistas que representen no menos del 20% de las acciones suscritas con derecho a voto pueden solicitar notarialmente la celebración de junta general; en el caso de sociedades anónimas abiertas, ese porcentaje disminuye al 5%. En consecuencia, de no lograrse aunar aquellas cantidades porcentuales será imposible la convocatoria. Ver, ley general de sociedades 26.887, arts. 117 y 255.

Nuestro maestro Morales Acosta comenta que hay un fenómeno que se viene produciendo en Europa y que se conoce como *control bancario*, el cual consiste en el encargo de confianza que los bancos reciben de sus clientes (accionistas especuladores) para representarlos³⁰. Al respecto, opinamos que el supuesto es válido para toda representación de titulares de una sociedad, sin importar que el representante sea una entidad bancaria, otro titular, uno de los directores, uno de los gerentes o cualquier persona, por lo demás, lo subsumimos dentro del control relativo, considerando que el efecto práctico potencial resulta siendo el mismo: alguien con tenencia minoritaria (o sin tenencia) puede conseguir acaparar la mayoría de las acciones con voto, originándose ello de una situación de hecho.

b) El control externo

La génesis del control externo es eminentemente contractual y aquí, como en el anteriormente tratado control interno, caben dos vertientes: de derecho y de hecho.

1) *El control externo de derecho*. El control externo de derecho surge de la celebración de un contrato cuya finalidad principal, intrínseca o *ex profesa* es la dominación y el consecuente control, lo que hemos venido en denominar como *contrato de dominación grupal*³¹. Al respecto, el jurista argentino Otaegui ha manifestado: “Hay grupo contractual de derecho cuando entre las sociedades integrantes se ha celebrado un contrato cuya causa-fin... es la constitución del grupo”³².

En efecto, el vínculo contractual genera la relación de dominación-dependencia y conlleva al establecimiento, mediante cláusulas, de un comportamiento subordinado que la sociedad dominada deberá observar y acatar respecto al sujeto dominante. Así, es la opinión del comercialista Le Pera cuando señala que por el contrato de dominación “la empresa dominante tiene el derecho de impartir directivas al directorio de la sociedad en lo que a la conducción de la misma se refiere”³³. Sobre el particular, es contundente el siguiente texto en tono reflexivo: “La integración de la actividad económica, en cuanto manifestación de crecimiento, muchas veces se instrumentaliza a través de convenios de complementación que (tras un marco de aparente igualdad jurídica) instrumentan una relación hegemónica de una de las partes que se plasma por lo convenido en las distintas cláusulas pactadas”³⁴.

Sistematizando lo sostenido en los párrafos precedentes, nosotros entendemos que el contrato de dominación grupal³⁵ es aquel acuerdo de voluntades que

³⁰ Morales Acosta, *Los grupos de sociedades*, p. 112.

³¹ Echaiz Moreno, Daniel, *El contrato de dominación grupal*, en “Informativo Legal Rodrigo & Hernández Berenguer”, Lima, Asesores Financieros, 2001, n° 175, p. 11 a 19; y del mismo autor, *El contrato de dominación grupal (moderna figura contractual corporativa)*, “Revista Jurídica del Perú”, Trujillo, Editora Normas Legales, 2001, año LI, N° 18, p. 161 a 171.

³² Otaegui, Julio C., *Concentración societaria*, Bs. As., Ábaco, 1984, p. 37.

³³ Le Pera, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, p. 151.

³⁴ Aguinis, Ana M., *Los contratos de dominación entre empresas integradas y el derecho económico*, “Revista de Derecho Industrial”, Bs. As., Depalma, 1986, año 8, n° 24, p. 409.

³⁵ Es preciso anotar que lo que nosotros denominamos contrato de dominación grupal es una figura que, aún cuando no ha recibido diversos *nomen juris* por ser moderna y poco explorada, tam-

rige el funcionamiento de un grupo de sociedades y mediante el cual el sujeto dominante asume la facultad de impartir la dirección unificada del grupo, mientras que las sociedades dominadas se obligan a acatar sus decisiones, aún cuando sean contrarias a su interés empresarial. La naturaleza jurídica de la institución *sub-examine* genera un vínculo contractual que estatuye una jerarquización dentro de las uniones de empresas con relaciones de subordinación, es decir (y en términos más explícitos), dentro de los grupos de sociedades.

El contrato de dominación grupal, plasmación del control externo de derecho, será celebrado entre dos partes: de un lado, el sujeto dominante y, de otro lado, las sociedades dominadas. El sujeto dominante será la persona natural (Joaquín Ormeño, en el Grupo Ormeño), el conjunto de personas naturales (José Graña Miroquezada y Carlos Montero Graña, en el Grupo Graña y Montero) o la persona jurídica (Backus Corporación, en el Grupo Backus) que imparte la dirección unificada. Por su parte, las sociedades dominadas serán todas aquellas sobre las cuales el sujeto dominante ejerce alguna clase de dominación y consecuente control, bien sea accionario, participacional, administrativo, relativo o netamente contractual.

Algunas muestras existen en la legislación extranjera respecto al control externo de derecho, las que expondremos seguidamente. La ley de sociedades anónimas de Alemania (1965) regula al contrato de dominación dentro de los contratos de empresa, en materia de empresas vinculadas; según dicho texto legal, por aquel contrato la sociedad dominante tiene el derecho de impartir instrucciones al directorio de la sociedad dominada en lo que a la conducción de la misma se refiere, cambiando la posibilidad de dictar directivas desventajosas para la sociedad pero que satisfagan el interés grupal.

Por su parte, la ley de sociedades comerciales de Francia 66-537, del 24/7/66, consagra el denominado contrato de afiliación, de escaso desarrollo legislativo. Asimismo, la ley para regular las agrupaciones financieras de México (aprobada mediante decreto del 16/7/90) prevé que la sociedad controladora y cada una de las entidades financieras de un grupo suscriban un convenio de responsabilidades como mecanismo de protección de los bienes del público (art. 28). Hace poco tiempo, en España se dictó la ley sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria 10/1997 donde se legisla el acuerdo que deberán suscribir la dirección central y la comisión negociadora y, aunque su naturaleza no coincide con la del contrato de dominación grupal, busca satisfacer el derecho a la información de plana laboral mediante el establecimiento de pautas que atañen a la organización del grupo de sociedades (art. 12).

En sede peruana, el contrato de dominación grupal aún permanece como una figura contractual atípica, sin embargo, existe una propuesta legislativa que pretende superar esta situación³⁶ y, por nuestra parte, hace algún tiempo ya venimos pos-

bién se lo conoce como “contrato de dominación” (según la ley de sociedades anónimas de Alemania, 1965), “contrato de afiliación” (según la ley de sociedades comerciales de Francia, 1966) y “contrato de grupo” (según el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas de Perú, 2000).

³⁶ Anteproyecto de la Ley de Grupos de Empresas, presentado por la Comisión Especial ante el ministro de Justicia, el 10/10/00, y según el cual se propone la modificación de la ley general de

tulando que es necesario contemplar jurídicamente a dicho contrato dentro de una legislación integral sobre los grupos de empresas³⁷.

2) *El control externo de hecho*. En el control externo de hecho estamos ante la celebración de un contrato donde el control no es su propósito principal, sino un efecto secundario y derivado que aparece en la relación entre las partes. Usualmente, la doctrina ha coincidido en señalar qué figuras contractuales son más asequibles a esta situación; nosotros comentaremos brevemente el suministro, la concesión mercantil, la licencia de marca y la franquicia, dejando a salvo que estos contratos sólo son algunos entre muchos otros que generan control externo de hecho.

Si el suministrante cuenta con un solo cliente (atendiendo a su obligación contractualmente contraída), su permanencia en el mercado estará condicionada a la demanda, esto es, los requerimientos del suministrado. Imaginemos que una granja y una avícola celebran un contrato de suministro con pacto de exclusividad a favor del suministrado; no sería de extrañar que en una oportunidad se necesite cien aves y, en otra ocasión, solamente veinte aves.

Igual sucederá ante la celebración de un contrato de concesión mercantil donde se pacte la cláusula de exclusividad a favor del concedente, ya que éste impartirá instrucciones respecto a las condiciones de venta, publicidad, precio de venta, ofertas, garantía, servicio post-venta y demás aspectos, de manera que el concesionario termina subordinado.

Respecto a la licencia de marca, nuestra vigente ley de propiedad industrial³⁸ estipula que “el licenciante responde ante los consumidores por la calidad e idoneidad de los productos o servicios licenciados como si fuese el productor o prestador de éstos” (art. 167), por lo tanto, es lógico pensar que aquél realizará una labor de control o monitoreo, de modo tal que el licenciataria debe acatar las instrucciones impartidas ya que de lo contrario pierde la licencia, quedando sus productos o servicios “sin marca”.

Por su parte, la franquicia es un contrato mediante el cual el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a realizar actividades de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios, valiéndose de medios comunes de identificación (como signos distintivos, lemas comerciales, etc.), recibiendo en contraprestación un derecho de ingreso (pago inicial) y las regalías correspondientes. Resulta clara la supervisión que ejercita el franquiciante, lo que se traduce en una relación de dominación-dependencia y ello se explica ante el total desprendimiento que llega, incluso (y lo cual es muy riesgoso), al secreto industrial, no siendo menos importante la “imagen de la marca”. En este sentido, se afirma que “el contrato de franquicia supone una pérdida de parte de independencia del franquiciado, derivada del control que ejerce el franquiciador [entiéndase: franquiciante] respecto

sociedades, incluyéndose en su Libro Quinto “Contratos asociativos” al contrato de grupo, opción de la cual discrepamos.

³⁷ Echaiz Moreno, Daniel, *Anteproyecto de ley sobre grupos de empresas*, “Revista Normas Legales”, Trujillo, Editora Normas Legales, 2000, t. 293, p. B-13 a B-26.

³⁸ Ley de propiedad industrial, aprobada mediante decr. legislativo 823, del 23/4/96, publicada en el “Diario Oficial El Peruano” el 24/4/96.

a la aplicación de los métodos de gestión y venta y del desarrollo de la contabilidad”³⁹.

El control externo de hecho ha sido enfocado acertadamente en la legislación peruana que tangencialmente se pronuncia sobre los grupos de sociedades, cuando menos en tres dispositivos. En primer lugar, el reglamento de hechos de importancia e información reservada⁴⁰ estima que la “celebración de contratos o convenios de cooperación o referidos a servicios de asistencia técnica, transferencia de tecnología y/o explotación de patentes, marcas y nombres comerciales” constituyen hechos de importancia que influyen decisivamente en la gestión del emisor (art. 5°, inc. b). En segundo término, la ley antimonopolio y antioligopolio del sector eléctrico 26.876 considera que “la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de... cualquier contrato o figura jurídica..., incluyendo la celebración de contratos de asociación *joint venture*, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión...” implica concentración empresarial (art. 2°). Finalmente, las normas especiales sobre vinculación y grupo económico (aprobadas mediante res. SBS 445-2000) califican como control directo a aquel que se ejerce a través de “contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio” (art. 9°, párr. 2°).

c) El control directo e indirecto

Además de todo lo analizado hasta esta parte, existe el control directo e indirecto que, por nuestra parte, consideramos aplicable a cada uno de los rubros anteriores, es decir, al control interno de derecho (accionario o participacional), al control interno de hecho (relativo y administrativo), al control externo de derecho y al control externo de hecho.

Los dos supuestos son de entendimiento muy lógico: si el sujeto *A* controla a la sociedad *B*, entonces el sujeto *A* controla *directamente* a la sociedad *B*; y si el sujeto *A* controla a la sociedad *B* y esta sociedad *B* controla a la sociedad *C*, entonces el sujeto *A* controla *indirectamente* a la sociedad *C*. Este último caso recibe también el nombre de “control escalonado” porque comprende, a su vez, dos tipos de control: directo e indirecto. Y lo dicho puede apreciarse en un ejemplo concreto relativamente reciente: la empresa Grupo México adquirió más del 80% de las acciones de la estadounidense Asarco y ésta, a su vez, es titular de más del 54% de las acciones de Southern Perú; por lo tanto, aquí tenemos que ahora: 1) Grupo México controla *directamente* a la empresa Asarco; 2) Asarco controla *directamente* a Southern Perú, y 3) Grupo México controla *indirectamente* a Southern Perú.

Cabe precisar que nuestra reciente ley general de sociedades 26.887 incorpora una figura jurídica que ha sido calificada como innovativa, a la cual denomina *control indirecto de acciones* (art. 105); sin embargo, ello no se condice con la

³⁹ Blesa Pérez, Andreu, *Peculiaridades de la franquicia como estrategia de cooperación*, “Revista Alta Dirección”, Barcelona, Alta Dirección, 1997, año XXXI, nº 192, p. 137 y 138. Además, ver Mesarina de Zela, Rómulo, *La franquicia: una forma de crecer*, “Diario Gestión”, Lima, 9/5/01, p. VI.

⁴⁰ Reglamento de hechos de importancia e información reservada, aprobado mediante res. CONASEV 307-95-EF/94.10, del 22/8/95, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 24/8/95.

esencia de la institución porque ahí está regulándose, en realidad, al grupo de sociedades circular, aspecto sobre el cual nos pronunciaremos más adelante.

6. Los instrumentos empresariales del control

El control en la política empresarial de los grupos de sociedades se vale, en ciertas ocasiones, de algunos instrumentos que la propia organización corporativa ofrece, tal es el caso de la empresa *holding* y de la subsidiaria, figuras íntimamente ligadas y que deben diferenciarse respecto a la sucursal. Seguidamente, analizaremos con cierto rigor académico la primera de las nombradas y haremos un somero repaso por las otras dos mencionadas.

a) La empresa “holding”

En vista que nos enfrentamos a una figura jurídico-empresarial ampliamente conocida por su denominación en idioma inglés (que, por cierto, goza de unánime aceptación), es menester detenernos brevemente en su etimología. Así, podemos apreciar que el vocablo “*holding*” proviene del verbo “*to hold*” que significa tenencia, propiedad o posesión; por ende y en sentido lato, se le identifica con la tenencia de acciones de otra empresa⁴¹.

Por su parte, Pigurina arriba a la siguiente definición: “Sociedad cuyo capital se integra con acciones de otras sociedades, respecto de las cuales la *holding* es cabeza de grupo. Esta sociedad ejerce generalmente sobre las filiales o subsidiarias la dirección económica y financiera...”⁴². Con acierto se explica que es una “sociedad que se dedica a la adquisición y conservación... de participaciones en empresas extrañas, con el fin de ejercer una influencia permanente en la dirección de estas empresas”⁴³. En semejante orden de ideas, el profesor peruano Pinto-Bazurco Rittler manifiesta que estamos ante “una compañía que controla una o más compañías, normalmente manteniendo una mayoría de las acciones de esas compañías subsidiarias”, agregando que “una *holding company* se ocupa del control y no de la inversión y realiza funciones financieras, administrativas o de mercadeo para varias de sus subsidiarias”⁴⁴.

A efectos de ahondar en la exposición, en el interesante *Diccionario de derecho empresarial* se sostiene como semántica de la figura *sub-examine* lo siguiente: “También denominada sociedad matriz, sociedad madre, sociedad cabeza de grupo o sociedad dominante, es la sociedad que, en un grupo o agrupamiento de sociedades, ostenta el control económico sobre las demás, denominadas sociedades hijas o filiales... la *holding* es, en realidad, un depósito de fondos dedicado a contro-

⁴¹ Ferro Astray, Juan, *En torno al concepto jurídico de holding*, “Revista del Colegio de Abogados del Uruguay”, Montevideo, Colegio de Abogados del Uruguay, t. I, p. 161.

⁴² Pigurina, Luis M., voz *Holding*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XIV, p. 395.

⁴³ De Casso y Romero, Ignacio y otros, *Diccionario de derecho privado*, Barcelona, Labor, 1950, t. II, p. 2175.

⁴⁴ Pinto-Bazurco Rittler, Ernesto, *Diccionario de relaciones internacionales*, Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1997, p. 185.

lar otras empresas”⁴⁵. Y, con el rigor académico que le caracteriza, Argeri indica que “es la empresa que, controlando mediante la posesión de la mayoría del paquete accionario a muchas sociedades de capital y, por ende dominándolas, encadena sus actividades con el objeto de dominar el mercado, integrar alguna o varias de sus secciones de producción no explotadas o sustituyéndolas por razones económicas propias a otra de las empresas, y racionaliza sus funcionamientos con el objetivo, entre otros, de disminuir el riesgo de inversión”⁴⁶.

De los textos anteriormente glosados, podemos inferir que la empresa *holding* (también llamada empresa madre, principal, matriz, incorporante, dominante, controlante, cabeza de grupo e, inclusive, tenedora⁴⁷) constituye un instrumento idóneo para conseguir el control dentro de un grupo de sociedades. Nótese que su objeto social será la tenencia de acciones o participaciones en otras sociedades (en aras de establecer una política corporativa unitaria y ejercer la dirección unificada⁴⁸), mas no el realizar inversiones con otros fines; aunque esto último debe enfocarse sutilmente porque hay quienes vienen diferenciando entre la empresa *holding* propiamente dicha (la simple tenedora de acciones o participaciones) y la empresa *holding* mixta (la que combina dicha tenencia con otras actividades económicas).

Muchas son las ventajas que ofrece la institución analizada; por nuestra parte, reseñaremos tres de ellas: 1) disminuye el riesgo del negocio, puesto que el inversionista distribuye su capital en distintas sociedades, lo cual posibilitará que compense potenciales pérdidas sufridas por alguna de las integrantes del grupo con los beneficios patrimoniales obtenidos por otras; 2) permite conseguir el control de diversas sociedades con un capital comparativamente reducido, ya que le basta detentar más del 50% de la titularidad o, incluso, menos porcentaje en sociedades de accionariado difundido, y 3) el control empresarial se ejerce en un marco de directrices concentradas y de funciones descentralizadas, en tanto las sociedades dominadas continúan siendo autónomas jurídicamente, aún cuando pertenecen al grupo de sociedades.

En la legislación se aprecian algunos pronunciamientos normativos dispersos sobre la empresa *holding*. Así, la *Federal Public Utility Act* (1935) de Estados Unidos de América obligó a las empresas *holding* que actuaban en el sector de los servicios públicos a inscribirse en un registro, sujetándolos al control de la Comisión de Valores y Cambios. Por su parte, la *Companies Act* (1948) de Inglaterra califica como *holding* a la sociedad que ejerce control sobre empresas subsidiarias mediante una participación de más del 50% del capital accionario o disponiendo la elección del consejo de administración. Y, en sede peruana, las normas especiales sobre vinculación y grupo económico definen con acierto a la empresa controladora o *hol-*

⁴⁵ Ribó Durán, Luis - Fernández Fernández, Joaquín, *Diccionario de derecho empresarial*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 450.

⁴⁶ Argeri, Saúl A., *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*, Bs. As., Astrea, 1982, p. 238.

⁴⁷ La norma internacional de contabilidad 27 considera como “tenedora” a la empresa que tiene una o más subsidiarias (art. 6°).

⁴⁸ Borja dice respecto a la empresa *holding*: “...su propósito principal es el de dominar la gestión directiva de otras empresas y conducirlas de acuerdo con sus intereses”, debiendo entenderse que estos intereses son los correspondientes al grupo de sociedades (Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 303).

ding como la “persona jurídica cuya actividad principal es la tenencia de acciones o participaciones en el capital social de otras personas jurídicas, sobre las cuales ejerce control” (art. 2º, inc. c), criterio que es recogido en los mismos términos por el reglamento para la supervisión consolidada de los conglomerados financieros y mixtos⁴⁹ (art. 2º, inc. e).

b) La subsidiaria

A nuestro parecer, es plausible la definición brindada por el *Diccionario jurídico Espasa*, cuando estipula: “La constituida de modo que la totalidad o la mayoría de sus participaciones se distribuye a otra sociedad (madre). Forma típica de formación de grupo de empresas, en que manteniéndose la independencia jurídica se produce una unidad de dirección económica... En sentido amplio, puede considerarse sociedad filial no sólo la que se constituye por la sociedad madre, sino incluso aquella ya en funcionamiento en la que otra sociedad acaba teniendo participación significativa”⁵⁰.

La existencia de una empresa *holding* implica necesariamente la existencia de cuando menos una subsidiaria; aquí también la terminología es amplia y suele denominarse a ésta como empresa hija, filial, secundaria, incorporada, dominada o controlada. Su rasgo más característico es la autonomía jurídica⁵¹, de manera que la subsidiaria “posee... nombre, organización, administración, responsabilidad, personalidad y patrimonio propio, distinto del de la casa matriz”⁵²; empero, esa independencia se desvanece en el aspecto económico y empresarial, puesto que se encuentra enmarcada dentro de la política grupal unitaria.

c) La sucursal

Con propósito didáctico, el *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía* caracteriza a la sucursal como el “establecimiento que, situado en distinto lugar que la central de la cual depende, desempeña las mismas funciones que ésta”, añadiendo que “no tiene patrimonio ni personalidad propios y lleva el nombre de la empresa principal”⁵³. Desde una perspectiva más integral, también se ha indicado que estamos ante una “unidad empresarial cuya manifestación práctica mercantil se realiza porque su giro, su dirección y administración; su vida jurídica y su patrimonio dependen y forman parte integrante de la casa matriz”⁵⁴.

⁴⁹ Reglamento para la supervisión consolidada de los conglomerados financieros y mixtos, aprobado mediante res. SBS 446-2000, del 28/6/00, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 6/7/00.

⁵⁰ *Diccionario jurídico Espasa*, Madrid, Espasa Calpe, 1998, p. 419.

⁵¹ “Una subsidiaria es una sociedad independiente, con un capital y un balance propios” (Marcase, Robert, *Diccionario de terminología financiera*, Lima, Asociación de Bancos del Perú, 1998, p. 236).

⁵² Argeri, *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*, p. 218.

⁵³ De Santo, Víctor (dir.), *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía*, Bs. As., Universidad, 1996, p. 816.

⁵⁴ Argeri, *Diccionario de derecho comercial y de la empresa*, p. 372.

En suma, es fácilmente deducible que la sucursal es una mera extensión de la sociedad principal, por lo cual carece de todo atributo que normalmente se le confiere a las personas jurídicas (tales como: denominación, objeto, personalidad jurídica, etc.) al no constituir un sujeto de derecho distinto del cual depende jurídica y económicamente. Por tanto, no es equiparable a la subsidiaria, en tanto ésta siempre presupone la existencia de un grupo de sociedades, mientras que la sucursal es ajena a tal situación empresarial⁵⁵.

La actual ley general de sociedades peruana 26.887, a diferencia de su antecesora, ha brindado una definición legal expresa de la sucursal, prescribiendo que es “todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social”, subrayando que aquella “carece de personería jurídica independiente de su principal” (art. 396).

7. El control en los grupos de sociedades circulares

En anteriores oportunidades nos hemos pronunciado ampliamente acerca de la compleja clasificación que pueden adoptar los grupos de sociedades⁵⁶; pues bien, atendiendo a la estructura del grupo, este puede ser participacional, contractual y personal y, a su vez, el primero de los nombrados comprende tres variantes: radial, piramidal y circular. Este último será materia de comentario en las líneas siguientes.

El grupo participacional circular implica que una sociedad participa en el capital de otra, ésta hace lo mismo respecto a una tercera y así, sucesivamente, hasta que la última sociedad participa en el capital de la primera; demás está decir que las participaciones referidas son en porcentajes necesarios como para asegurar el control.

En este orden de ideas, el capital social se vuelve algo ficticio, puesto que se pasa circulando dentro de un camino iterativo de nunca acabar; con razón ha llegado a decirse que es la modalidad participacional más peligrosa. Téngase en cuenta que la figura jurídica del capital social cumple primordial y casi exclusivamente una función de garantía, por ende, cualquier alteración que lo afecte pone en riesgo los intereses que el derecho tiende a proteger.

Pero eso no es todo, existe una seria implicancia que ya hemos advertido en referencia al contrato de dominación grupal. Apréciase que en este negocio jurídico, las partes deberán estar plenamente identificadas, es decir, habrá que saber con certeza quién es el sujeto dominante y quiénes son las sociedades dominadas. Pues bien, sucede que en los grupos de sociedades circulares tales circunstancias se desconocen y, por ende, tampoco podrá saberse quién ejerce la dirección unificada, quién imparte las directrices y quién interpreta el interés grupal.

⁵⁵ Echaiz Moreno, Daniel, *La subsidiaria y la sucursal en el mundo empresarial*, “Diario Síntesis”, Lima, 12/11/01, p. 20.

⁵⁶ Echaiz Moreno, *Regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho empresarial peruano (bases para una legislación integral)*, p. 112 a 127.

Atendiendo a estas razones tan determinantes, varias legislaciones extranjeras han prohibido la existencia del grupo de sociedades circular, tema al que usualmente aluden como *participaciones recíprocas*. Veamos algunos casos.

La ley de sociedades comerciales 66-537 de Francia estipula: “Una sociedad por acciones no puede poseer acciones de otra sociedad si ésta detenta una fracción de su capital superior al 10%” (art. 358). Por su parte, la ley de sociedades anónimas 1564/1989 de España regula la adquisición originaria de acciones propias en los siguientes términos: “En ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones emitidas por su sociedad dominante” (art. 74, inc. 1°).

Asimismo, la ley de sociedades comerciales 19.550 de Argentina es tajante al afirmar que “es nula la constitución de sociedades o el aumento de capital mediante participaciones recíprocas...” (art. 32), criterio que es recogido con texto prácticamente semejante por la ley de sociedades comerciales 16.060 de Uruguay (art. 52). En cuanto a la ley sobre sociedades anónimas 18.046 de Chile, ésta manifiesta, por un lado, que “las sociedades filiales y coligadas de una sociedad anónima no podrán tener participación recíproca en sus respectivos capitales, ni en el capital de la matriz o de la coligante...” (art. 88) y, por otro lado, que “las sociedades filiales no podrán adquirir acciones de la sociedad matriz, ni acciones o derechos de otras filiales de la misma empresa” (art. 121).

La normatividad societaria peruana en esta materia es un caso particular⁵⁷. En principio, debemos señalar que legisla el supuesto analizado del grupo de sociedades circular, permitiendo su existencia, pero incorrectamente lo denomina como *control indirecto de acciones* (art. 105). Tal título es inapropiado porque (atendiendo a una interpretación literal del articulado) no estamos ante el control indirecto (que se da cuando, p.ej., la sociedad A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad C, por lo que la sociedad A controla “indirectamente” a la sociedad C), sino ante dos relaciones de control directo (la sociedad A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad A).

Esta situación parece haber sido advertida durante los debates de la Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades, puesto que en la sesión de fecha 26 de marzo de 1997 (y a propósito del Anteproyecto⁵⁸ publicado a inicios de aquel mes, cuyo art. 105 es idéntico al actual) se acordó “revisar la redacción del art. 105, *a fin de esclarecer el concepto del control indirecto de acciones*”⁵⁹ (la bastardilla es nuestra); sin embargo, la norma se mantuvo tal cual en los tres siguientes proyectos⁶⁰ y, finalmente, en la propia ley.

⁵⁷ Echaiz Moreno, Daniel, *Los grupos de empresas y sus implicancias en el derecho societario*, “Revista Cátedra”, Lima, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2000, año IV, n° 7, p. 110 y 111.

⁵⁸ Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, elaborado por la Comisión Redactora, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 2/3/97, art. 105.

⁵⁹ Acta de la sesión de la Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades, del 26/3/97, en “Memoria Ley General de Sociedades 1997”, Lima, Congreso de la República, 1998, p. 47.

⁶⁰ Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 10/5/97, art. 105; Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 3/10/97, art. 105; y Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora, publicado en el “Diario Oficial El Peruano” el 28/10/97, art. 105.

Empero, esta discusión, aunque no es bizantina, tiene un valor meramente académico porque la misma norma societaria ha señalado que los títulos son solamente indicativos y “no deben ser tomados en cuenta para la interpretación del texto legal”⁶¹. No obstante, la discusión es otra: nos preguntamos si la proscripción del derecho de voto y el no cómputo para el quórum son los mecanismos adecuados para proteger a los inversionistas minoritarios de un grupo de sociedades. Consideramos que las soluciones viables son otras, cuya explicación detallada obviamente rebasa los alcances naturales de este trabajo, por lo que sólo nos limitamos a señalarlas: a) la prohibición del grupo de sociedades circular; b) el ejercicio del derecho de separación, y c) la percepción de un dividendo garantizado⁶².

8. La responsabilidad por el control

La responsabilidad por el control en la política empresarial de los grupos de sociedades configura un tópico jurídico ciertamente complejo, de manera que transitar por él no está exento de generar controversia. En vista que su desarrollo supone un amplio tratamiento, lo que difícilmente podrá efectuarse en este ensayo jurídico (más aún, cuando ya hemos superado el espacio inicialmente requerido), solamente ofreceremos alguna aproximación al tema.

El control implica, como reiteradamente se ha explicado a lo largo de estas líneas, que el sujeto dominante ejerza determinada influencia sobre las sociedades dominadas, impartiendo directrices aún en contra de los intereses propios de estas sociedades. Sin embargo, dicho control no significa que el sujeto dominante adopte las decisiones a su libre albedrío, sin fundamento empresarial lógico, sino por el contrario que se constriña estrictamente a la satisfacción del interés grupal, motivación superior que conduce los destinos de un grupo de sociedades y que prevalece sobre el interés que detenta cada miembro de él.

En este escenario, la duda que ha surgido es respecto a qué implicancias tiene ese control en circunstancias negativas, es decir, qué sucede cuando se ejerce el control (bien sea en aras del interés grupal o no) y se acarrearán perjuicios para la sociedad dominada. Ilustrando lo mencionado, nos preguntaremos cuál será el efecto jurídico cuando el sujeto dominante dispone que determinada sociedad dominada desplace su patrimonio hacia otra integrante del grupo y, por tal motivo, aquella no puede cumplir con honrar sus deudas impagas o cuando el consumidor recibe un producto defectuoso que es resultado de la acción conjunta de varias sociedades conformantes de un grupo. Los problemas más álgidos se presentan res-

⁶¹ Ley general de sociedades 26.887, primera disposición final.

⁶² Para mayor información, ver, Echaiz Moreno, *Anteproyecto de ley sobre grupos de empresas*.

pecto a la extensión de la quiebra⁶³ y tienen su expresión original en el famoso caso *Barcelona Traction*⁶⁴.

El mecanismo usual para solucionar la utilización inadecuada del control (es decir, cuando éste se ha ejercido abusivamente) es el allanamiento de la personalidad jurídica, opción que debe aplicarse cautelosamente y no de modo indiscriminado atendiendo a sus serias implicancias que atañen la responsabilidad extensiva o solidaria. Por ello, hemos afirmado que la también denominada *teoría de la penetrabilidad* “es una solución legal a problemas donde se haya cometido abuso de las formas de organización de personas jurídicas, pero que posee una naturaleza especial y extraordinaria que sólo justifica su aplicación si es que el juzgador observa estrictamente el principio de subsidiariedad y, además, existen los suficientes elementos de juicio que permitan vislumbrar la existencia de una vinculación empresarial subordinada”⁶⁵.

La responsabilidad por el control ha sido abordada normativamente por la ley de sociedades comerciales 19.550 de Argentina cuando esgrime: “El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar...” (art. 54, párr. 1º). Igual sucede con la ley para regular las agrupaciones financieras de México, la misma que estipula: “La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada una de dichas entidades [refiriéndose a las entidades financieras controladas]” (art. 28, inc. II).

9. A manera de reflexión: el control en el contexto empresarial

El control empresarial⁶⁶ supone una redefinición del mundo corporativo. Coordina perfectamente con la tendencia imperante de expansión económica, globalización de mercados y crecimiento de los negocios. Es fiel expresión de la estrecha vinculación entre derecho y economía⁶⁷, demostrando que la concentración empresarial es un auténtico abanico de posibilidades.

Resulta inaudito catalogar al control dentro de un grupo de sociedades como algo negativo *per se* que debe proscribirse. Todo depende de la utilización que se

⁶³ Roitman, Horacio, *Extensión de quiebra por abuso de control dominante*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario (Abuso del derecho)”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 1998, t. 16, p. 179 a 190. Además, Miguens, *La consolidación concursal en el derecho norteamericano de grupos de sociedades*, p. 517 a 555.

⁶⁴ Uría, Rodrigo, *La quiebra de “Barcelona Traction”*, Barcelona, Quintilla y Cardona, 1953. También, Miguens, Héctor J., *La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la sociedad Barcelona Traction. Lecciones nuevas en un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el derecho español*, “Revista de Derecho Mercantil”, Madrid, Imprenta Aguirre, 1997, nº 223, p. 325 y siguientes.

⁶⁵ Echaiz Moreno, Daniel, *Allanamiento de la personalidad jurídica y vinculación empresarial subordinada*, “Revista Diálogo con la Jurisprudencia”, Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2001, año 7, nº 29, p. 97.

⁶⁶ Fernández del Pozo, Luis, *Grupos horizontales transfronterizos. Un primer estudio sobre las sociedades gemelas*, “Revista de Derecho Mercantil”, Madrid, Imprenta Aguirre, 2000, nº 235, p. 155 y siguientes.

⁶⁷ Echaiz Moreno, Daniel, *Derecho, economía y empresa*, “Revista INJEF”, Madrid, http://www.injef.com/revista/colaboraciones/injef_010421.htm, 9/1/03.

le confiera, es decir, será correcto mientras se le de un *uso sin abuso*. Así lo viene entendiendo, felizmente, la jurisprudencia extranjera, tal como se aprecia (a modo de ejemplo) en dos fallos argentinos que sostienen: “La sola existencia de una relación de control... no es motivo que autorice por sí mismo a extender la responsabilidad de la controlada; ello así, puesto que lo que el derecho no admite y sanciona es el abuso de la personalidad, pero no su uso lícito, su utilización conforme con la finalidad querida por la ley y sin desnaturalización del instituto”⁶⁸ y, en sentido semejante: “Las situaciones de control en cualquier entidad societaria... no constituyen, en sí mismas, conductas ilícitas o reprobadas por el ordenamiento jurídico, sino antes bien permitidas por éste, siendo usuales en las prácticas comerciales y societarias”⁶⁹.

© Editorial Astrea, 2003. Todos los derechos reservados.



⁶⁸ CNCom, Sala D, 3/11/87, “Fortune, María J. c/Soft Publicidad SA y otro”, “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Bs. As., Depalma, 1999, año 32, n° 185 a 188, p. 547.

⁶⁹ CNCom, Sala C, 15/7/96, “Clínica Privada San José Obrero SRL y otro c/Sanatorio San Carlos SA y otros”, “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, Bs. As., Depalma, 1996, año 29, n° 169 a 174, p. 646 y 647.