

LOS GRUPOS DE EMPRESAS

José Leyva Saavedra

Abogado. Catedrático de Derecho Mercantil y
Derecho Comparado en la UNMSM. E-mail: leyva@law.com

«Nonostante il fiorire di definizioni di controllo e di gruppo,
il gruppo sia oggi culturalmente morto o, nel migliore dei casi,
dormiente».

Paolo Spada

SUMARIO: 1.-Nota introductoria. 2.-Definición de grupo de empresas. 3.-Características del grupo de empresas. 4.-El interés del grupo de empresas. 5.-Formas de constitución del grupo. 6.-Clasificaciones de grupos de empresas. 7.-El grupo como nuevo modelo empresarial. 8.-Legislación comparada de grupos de empresas. 9.-Legislación nacional de grupos de empresas. 10.-Nota conclusiva.

1. Nota introductoria

El desarrollo de la economía capitalista, el progresivo incremento de los fenómenos de integración económica -vertical, horizontal o mixta- y, en menor grado, la relevancia asumida por los problemas fiscales han determinado, hace algunas décadas, la aparición de nuevas formas de organización de la actividad económica y, al mismo tiempo, han puesto sobre nuevas bases la relación entre empresa económica y su organización jurídica. Hoy en día, a la unidad de dirección administrativa y financiera corresponde una pluralidad de organizaciones autónomas, bajo el aspecto técnico, económico y jurídico¹.

La empresa económica se presenta, pues, como una entidad única y, al mismo tiempo, plural. Única, porque es una la persona que preside, dirige y

¹ Cfr. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1982, pág. 485.

coordina la actividad de las demás organizaciones; plural, porque desde el punto de vista técnico, económico y jurídico, ella se resuelve en una pluralidad de organizaciones autónomas, manteniendo cada una, desde el punto de vista jurídico, su propia individualidad y personalidad. La empresa permanece económicamente única, porque única es la mente directiva, única es la fuente financiera, unitaria y unitariamente concebida es la acción económica que se realiza a través de las singulares organizaciones, pero, jurídicamente, la unidad de la empresa se expresa en una pluralidad de organizaciones autónomas, aunque económicamente vinculadas². Con una fórmula particularmente expresiva, porque destaca la unidad y la pluralidad, la doctrina designa este fenómeno como grupo de empresas³.

Desde el punto de vista económico, el grupo de empresas es un fenómeno tan característico y tan necesario en la estructura económica moderna, que sin ellos ni se concibe ni se entiende la economía de un país desarrollado⁴. De allí que, en sí mismo, el grupo ni es bueno ni es malo ante la ley; es, simplemente, necesario e indispensable para una economía sólida, al tiempo que es muy importante para el mundo del derecho, entre otras cosas, porque en el grupo hay siempre una o varias empresas dominantes y puede haber una constelación de empresas dominadas, porque según su potencial (financiero, industrial o tecnológico) puede tender a la correcta gestión del grupo o al abuso de su posición

² Cfr. FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 485.

³ Aunque debemos reconocer que en la doctrina comparada todavía no hay una denominación común para designar dicho fenómeno; de allí que encontremos siempre varias denominaciones como: grupos empresariales, grupos de sociedades, grupos societarios, grupos de empresarios, grupos económicos, sociedades de empresas, empresas vinculadas, etc. Nosotros preferimos utilizar la denominación grupo de empresas porque creemos que ella puede tutelar, de manera amplia y eficaz, la totalidad del fenómeno que se presenta en la realidad bajo el nombre de grupo. De este parecer es también HUNDSKOPF, *Empresa y sociedad: ¿porqué grupos de empresas en lugar de grupos de sociedades?*, en Informativo Legal Rodrigo, Lima, 1999, vol. 152, pág. XVIII y ss. A su turno, ECHAIZ, luego de realizar un análisis crítico de las citadas denominaciones, termina inclinándose por la de grupos de empresas, entre otras razones, porque estima que el carácter amplio del término empresas permite subsumir toda clase de organización destinada a la actividad empresarial (*Regulación jurídica de los grupos de empresas en el derecho empresarial peruano (bases para una legislación integral)*, Tesis para Abogado, Lima, 2000, pág. 83; Id., *Los grupos de empresas en el Perú*, en Gaceta jurídica, Lima, 2000, t. 82-B, pág. 34.

⁴ En la actualidad, la empresa de grupo es la escogida por el mundo económico y es la que tiene una presencia significativa en el comercio internacional. Cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, *El derecho de las empresas vinculadas en la legislación española*, en Revista de derecho bancario y bursátil, Madrid, 1989, núm. 35, pág. 467.

dominante lo que la ley debe prevenir y sancionar si fuera necesario, o, finalmente, porque los acreedores de las empresas que pertenecen al grupo pueden quedarse sin la garantías patrimoniales que necesitan para proteger su crédito⁵.

La constitución de los grupos de empresas es un fenómeno *per se* fisiológico, que el ordenamiento jurídico tendencialmente favorece y, como quiera, no obstaculiza, toda vez que, tanto en el campo nacional como internacional, responde a exigencias de racionalización y de mayor eficiencia del sistema productivo⁶. Es un fenómeno que, sin embargo, no exento de peligros para el ordenado funcionamiento del mercado, sea este interno o externo, por los perfiles patológicos que puede ocasionar la articulación de los intereses propios de cada empresa a los del grupo. De aquí la exigencia de la intervención legislativa para diseñar, como ya se ha hecho en países como Alemania (1965), Francia (1966), Brasil (1976) y México (1990), una normativa unitaria que trate de dar respuesta, dentro de sus posibilidades, al conjunto de problemas que ha gestado el grupo de empresas. Puede ser que todavía no se sepa qué es el grupo como fenómeno⁷; pero sí se sabe, realmente, que problemas éste causa al derecho societario o, mejor todavía, al derecho empresarial.

2. Definición de grupo de empresas

Una constante presente siempre en la mayoría de países pertenecientes al sistema del *civil law* es la carencia de una normativa general de grupos de empresas; se dispone solamente de un conjunto heterogéneo de normas sectoriales que se refieren a diferentes aspectos del funcionamiento de los grupos⁸. Esta normativa, por no mantener cierta coherencia formal y material, ha provocado lo que en el derecho comparado se denomina la fragmentación del con-

⁵ Cfr. BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, Madrid, 1989, pág. 308.

⁶ Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, 1999, vol. 2, pág. 272. Hoy en día, las actividades empresariales responden a leyes económicas y exigencias del mercado, buscando mejorar los niveles de eficiencia, de progreso técnico y de consumo, advirtiéndose una tendencia cada vez más perceptible hacia el desarrollo de actividades empresariales en forma grupal, quebrándose así los viejos esquemas de actuación individual, aislada e independiente, que caracterizaron de algún modo la economía de los tiempos pasados, explica HUNDSKOPF, *La regulación jurídica de los grupos de empresas*, en *Estudios de derecho en homenaje al Dr. José Antonio Silva Vallejo*, Lima, 1998, pág. 259.

⁷ Cfr. SPADA, *Gruppi di società*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1992, núm. 2, pág. 222.

⁸ Cfr. ROJO, *Los grupos de sociedades en el derecho español*, en *Revista de derecho mercantil*, Madrid, 1996, núm. 220, pág. 464.

cepto de grupo⁹, que trae como consecuencia la imposibilidad de fijar un concepto unitario del mismo. Dicho esto, vale citar algunas definiciones ensayadas por la doctrina y legislación.

La ley española del 1 de junio de 1992, Ley 13/92, define a los grupos de sociedades en los siguientes términos: «se consideran pertenecientes a un mismo grupo, las entidades que constituyen una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto» (art. 4). Esta definición ha sido calificada por SÁNCHEZ CALERO como una definición amplia de grupo de sociedades¹⁰.

En México, las Reglas Generales para la Constitución y Funcionamiento de Grupos Financieros, del 23 de Enero de 1991, entiende por grupo al integrado por una sociedad controladora, por las entidades financieras y por las empresas cuyo capital participe la controladora y que presten servicios complementarios o auxiliares, bien sea a la propia controladora o bien a las demás integrantes del grupo (Segunda regla, inc. IV).

Las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico¹¹, de manera descriptiva, define el Grupo económico como el conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión (art. 8).

En la doctrina nacional, HUNDSKOPF señala que los grupos de empresas son uniones de empresas que conservan por sí solas su individualidad, es decir, su independencia por lo menos formal, aunque en algunas ocasiones no en el aspecto funcional, en donde prima una relación de subordinación-dependencia, que se ejerce sometiendo a las mismas a una dirección unificada¹².

ECHAIZ, por su parte, considera que el grupo de empresas es un fenómeno-

⁹ Cfr. JAEGER, *I gruppi tra diritto interno e prospettive comunitarie*, en *Giurisprudenza commerciale*, Milano, 1980, pág. 916 y ss.

¹⁰ *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 1992, pág. 357.

¹¹ Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros N° 445-200, publicada el 06 de Julio del 2000.

¹² *Empresa y sociedad*, cit., pág. XVIII.

no derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más empresas 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 del control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las empresas) sobre la empresa o empresas dominadas¹³.

3. Características del grupo de empresas

En cuanto a los elementos caracterizadores del grupo de empresas, la doctrina comparada no muestra acuerdo; pues mientras una, de inspiración francesa e italiana, sostiene que el elemento caracterizador del grupo es la existencia de un control, otra, de orientación alemana, entiende que ese rasgo característico es la existencia de una dirección unitaria¹⁴. Para nosotros, tanto el control como la dirección unitaria caracterizan y evidencian la existencia de un grupo, de allí que las siguientes líneas vengán dedicadas al estudio de cada uno de ellos.

3.1. El control

Habitualmente observamos en el mercado que algunos sujetos económicos actúan siguiendo las directrices y, en ocasiones, los expresos mandatos de otros. Este fenómeno puede tener un carácter meramente ocasional o puede ser muestra de un comportamiento continuado. Este último caso puede ser consecuencia de la existencia de una relación obligacional que permita a uno supeditar su voluntad a las decisiones del otro. A esta situación fáctica ha venido refiriéndose la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas con los nombres de dominación, subordinación, dependencia o, simplemente, control. En nuestro idioma, el término control tiene diversos significados, tanto desde el punto de vista gramatical como desde el punto de vista económico o jurídico.

De entre las acepciones que el Diccionario de Real Academia presenta destacan las de inspección, fiscalización o intervención y el de dominio, mando o preponderancia. El factor común de estos dos significados es la idea de

¹³ *Regulación jurídica de los grupos de empresas*, cit., pág. 89.

¹⁴ Para un sector de la doctrina nacional, los elementos que caracterizan un grupo de empresas son tres: autonomía jurídica, relación de dominación-dependencia y dirección unificada. Son de este parecer: HUNDSKOPT, *La regulación jurídica de los grupos de empresas*, cit., pág. 262; ECHAIZ, *Regulación jurídica de los grupos de empresas*, cit., pág. 90.

poder. Quien ejercita una actividad de inspección, fiscalización o intervención goza de un poder de inmiscuirse en la esfera jurídica de otro.

En sentido económico, control significa dominio¹⁵; aunque éste no tiene en el lenguaje económico el mismo significado que clásicamente se le otorgaba en el ámbito jurídico como sinónimo de propiedad o titularidad. Con la palabra dominio se quiere expresar el hecho que un tercero tenga un poder de dirección sobre la gestión de una empresa ajena¹⁶; o mejor, el hecho que una persona física o jurídica venga investida de un poder de dirección en el seno de una empresa jurídicamente autónoma¹⁷, que le dé posibilidad de determinar las decisiones de la empresa o empresas sometidas a su control¹⁸.

Desde el punto de vista económico, entonces, el control se configura como el poder del que está investida una persona física o jurídica que le permite dirigir la actividad de otro sujeto de derecho en el sentido querido por la primera¹⁹. El control es, en consecuencia, un poder, pero entendido éste en sentido económico, no jurídico.

¹⁵ Cfr. FINZI, *Società controllate*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1932, pág. 463; RUIZ PERIS, *Significado del control empresarial en el derecho español*, en *Estudios de derecho mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, vol. III, pág. 3326.

¹⁶ Cfr. FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 488; PAVONE LA ROSA, *Controllo e gruppo nella fenomenologia dei collegamenti societari*, en *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, Padova, 1985, núm. 1, pág. 19; STORCK, *Définition légale du contrôle d'une société en droit française*, en *Revue des sociétés*, Paris, 1986, pág. 394.

¹⁷ La doctrina está muy clara que las empresas en el grupo mantienen su autonomía jurídica, pero no su autonomía económica. GIRÓN TENA explica bien esta situación al señalar que, en las uniones de empresas, éstas conservan su individualidad; es decir, su independencia por lo menos formal, aunque en la práctica la autonomía de su conducta se comprometa en mayor o menor medida (*Los grupos de sociedades*, en *Las grandes empresas*, Valladolid, s/d, pág. 105; citado por ECHAIZ, *Regulación jurídica de los grupos de empresas*, cit., pág. 90). Decir que una empresa es autónoma jurídicamente es reconocer que cada empresa continúa siendo un sujeto de derecho individualizado; esto es, conserva su objeto social, denominación, accionistas o socios, trabajadores, cartera de clientes, cuentas bancarias, obligaciones, etc. En suma: una empresa que conforma un grupo es jurídicamente autónoma, pero económicamente vinculada.

¹⁸ El poder de decidir por otro o el poder de escoger para otro es considerado como la nota distintiva y eminente del poder; de allí que el poder de disposición de los bienes de la empresa, como poder de control, determina que la empresa controladora, aun sin dar ordenes, pueda ejercer un poder de decidir por otra u otras empresas pertenecientes al grupo. Cfr. BOGGIANO, *Sociedades y grupos multinacionales*, Buenos Aires, 1985, pág. 163.

¹⁹ Cfr. RUIZ PERIS, *Significado del control empresarial*, cit., pág. 3327.

El contenido en sentido económico del control entre empresas se resume, pues, en la posibilidad de dirigir la actividad de la empresa controlada en el sentido querido por la controlante. Esta noción de control ha sido recogida por algunos ordenamientos jurídicos, como el norteamericano que, en la sec. 240.12.b-2.f de la *Securities Exchange Commision Act*, define el control como «la posesión, directa o indirecta, del poder de dirigir o hacer dirigir la gestión y la política empresarial de un sujeto mediante la titularidad de acciones con derecho a voto, por contrato, o de otra forma». En términos jurídicos, esto significa la posibilidad de determinar la voluntad de la empresa controlada en el ejercicio de su poder autónomo de gestión, lo que implica la posibilidad de influenciar categóricamente en las decisiones que tome el órgano administrativo. Por control cabe entender, según esto, aquella situación en la que se tiene la facultad o el poder de influir, por diversas vías, de manera decisiva, duradera y general sobre la gestión de otra persona, ejerciendo sobre él un influjo dominante²⁰.

Este problema de no contar todavía con un aceptado concepto jurídico de control que presenta la doctrina comparada también lo padece la legislación comparada. Algunas para evitar complicaciones no definen expresamente lo que entienden por control, aunque esto no es impedimento para su fluida utilización en leyes y reglamentos de manera enumerativa, esto es, señalando los casos en los cuales se entiende que una empresa está dominada por otra; en cambio, otras legislaciones lo intentan, pero echando mano a definiciones generales de control. Dentro de las primeras podemos incluir la legislación italiana, art. 2359 c.c.; la del Reino Unido, sección 736 de la *Company Act* de 1985; la brasileña, art. 243.2 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1976. Dentro de las segundas a la legislación alemana, que, sin renunciar al sistema de enumeración de supuestos en que se presume existente una situación de dependencia²¹, ha decidido introducir conceptos

²⁰ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores*, en Revista de derecho mercantil, Madrid, 1998, núm. 227, pág. 127. RUIZ PERIS, luego de destacar la importancia de contar con un concepto jurídico unitario de control, lo define como el poder ostentado por un sujeto que le permite determinar en forma determinante, duradera y general la gestión de otro (*Significado del control empresarial*, cit., pág. 3329).

²¹ Estos supuestos vienen indicados en la *Aktiengesetz* (AktG) del 6 de Septiembre de 1965, parágrafo 15 y ss. En el parágrafo 17.2 se establece, por ejemplo, la presunción de dependencia en aquellos casos en que una tenga participación mayoritaria en otra, estableciéndose en el parágrafo 16 los casos en que existe participación mayoritaria y las reglas de cómputo de dicha participación. Existirá participación mayoritaria, a efectos de lo dispuesto en la AktG, cuando la mayoría del capital o de los derechos de voto de una empresa jurídicamente

generales. Así, por ejemplo, el párrafo 17.1 AktG establece, con carácter general, que empresas dependientes son empresas jurídicamente independientes, en las que otra empresa – empresa dominante – puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante.

En la doctrina, igualmente, en atención a los medios para obtener el control o para conservarlo, se habla tanto de control interno como de control externo. El control interno, que es la vía más común de obtención y conservación del control de una empresa, se logra a través de la titularidad de cantidades importantes de acciones o participaciones en el capital de una sociedad de capitales²². Esta participación de la empresa controlante en el accionariado la controlada deberá ser lo suficientemente importante para hablar de control, ya que sólo así se estará en condiciones de nombrar, mantener o revocar a los administradores de la controlada o a la mayoría de los mismos.

El control interno de las empresas del grupo puede hacerse directa o indirectamente. Se hace en forma directa cuando, mediando posición de acciones o participaciones, se determina de modo duradero y general la gestión de otra empresa; se hace de manera indirecta, en cambio, cuando la determinación de la gestión de otra empresa tiene como fundamento la participación en el capital de una o varias empresas intermedias que poseen acciones o participaciones de la empresa indirectamente controlada.

Además del control interno, aplicado exclusivamente a sociedades de capitales, en el mercado también opera el control externo, que puede ser aplicado tanto a sociedades de capitales como a sociedades de personas o empresarios individuales. Este sistema de control de la gestión de otra em-

independiente pertenece a otra empresa. Los supuestos de relaciones de dependencia basadas en contratos de dominación no caen necesariamente, pese a la presunción de existencia de una mayoría de control previa en la futura dominada para que se apruebe por la Junta general de ésta el contrato, dentro del ámbito de aplicación del párrafo 16.2 sino dentro de la cláusula general del párrafo 17.

²² El control interno puede también ser reforzado a través de otras técnicas como la adquisición temporal de la titularidad de acciones a los efectos de la Junta general mediante las operaciones de doble, que permiten a quien se encuentra en posición de control disponer temporalmente de un mayor número de acciones de la sociedad controlada, o la emisión de acciones sin observar el principio de proporcionalidad entre el número de acciones y el número de votos que pueden ser emitidos en asamblea, prohibida en el ordenamiento jurídico español, ex art. 50.2 LSA, explica RUIZ PERIS, *Significado del control empresarial*, cit., pág. 3339.

presa, que se obtiene recurriendo a formas distintas de la posesión de acciones o participaciones de dicha empresa, puede tener una base contractual o extracontractual. Aquí el control externo motivado por una relación contractual va más allá del simple control derivado de un contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*) o, en general, de un contrato de empresa típico del derecho de los *Konzern* alemanes; ya que incluye, además de los citados, otros contratos, que unidos a particulares situaciones económicas pueden originar la dependencia de una empresa respecto de otra y, en efecto, una posición de control²³. A su turno, el control externo extracontractual se adquiere a través de sistemas distintos de la participación accionarial o de la estipulación de un contrato entre las empresas²⁴.

²³ Algunos otros contratos, como los de agencia, *franchising*, suministro, concesión mercantil, licencia de marca o patente, pueden dar lugar, unidos a las circunstancias económicas de las partes y del mercado, a verdaderas situaciones de control y, por ende, de dominación. En los contratos de agencia, por ejemplo, el control puede llevarse a cabo en aquellos casos en los cuales la revocación del encargo podría hacer esfumar la actividad del agente; en los de *franchising*, el control se puede advertir en las cláusulas que determinan la gestión y conducción del franquiciado; en los de suministro, las situaciones de dependencia y, con ello de control, se dan cuando la empresa suministradora fabrica un único producto siendo el adquirente el único demandante del mismo en el mercado; en los de concesión mercantil, el control puede observarse cuando sobre la base de la exclusiva asumida por el concesionario, éste crea una estructura organizativa no utilizable para otros fines; y, finalmente, en los contratos de licencia de patente y, en general, de licencia sobre bienes inmateriales, que se basan en un derecho exclusivo de uso de la invención, creación o signo distintivo objeto del derecho de propiedad industrial, las situaciones de control pueden darse cuando la producción de la empresa licenciataria no esté diversificada y no sea fácilmente convertible. Cfr. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 66 y ss.; RUIZ PERIS, *Significado del control empresarial*, cit., pág. 3346; MARTORELL, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires, 1993, t. I, pág. 304 y ss.

²⁴ Esta técnica de control extracontractual ha sido cuestionada por un sector de la doctrina comparada, que considera que ésta es un mero reflejo del control societario obtenido con anterioridad por medio del control interno o del control contractual. Cfr. LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, pág. 171; EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situación de dependencia societaria y de grupo*, Madrid, 1987, pág. 37. Ante esta situación, RUIZ PERIS luego de preguntarse si ¿podemos afirmar con rotundidad que en ningún caso estas técnicas serán medios autónomos de obtención del control?, concluye que es perfectamente lícito afirmar la existencia de técnicas extracontractuales de control que no impliquen una participación en el capital de la controlada. Todo ello sin olvidar que las mismas técnicas pueden ser usadas como medios de reforzamiento del control ya obtenido por otros medios (*Significado del control empresarial*, cit., pág. 3349 y 3352).

3.2. Dirección unitaria

Al igual que en el caso anterior, la doctrina discute qué debe entenderse por dirección unitaria. La propia expresión dista de pacífica, ya que pueden encontrarse autores que utilizan, incluso de forma indistinta o equivalente, las expresiones dirección unitaria, única o unificada²⁵, términos con los cuales se pretende ilustrar la existencia de una *Einheitliche leitung* que, según el parágrafo 18.1 AktG, constituye la característica definitoria del grupo de empresas.

Aunque tales expresiones pudieran considerarse equivalentes, no cabe duda que inciden sobre aspectos distintos. Así, cuando se dice que el grupo se caracteriza por la existencia de una dirección única, como lo afirma el Estatuto de Sociedad Anónima Europea (art. 223.1) y la Propuesta de IX Directiva Comunitaria sobre armonización del derecho de los grupos societarios (art. 33.1), parece sugerirse que en el grupo sólo puede existir un centro de poder, con lo que se desembocaría en la idea que en todo grupo debe haber, por definición, una y solo una sociedad dirigente que ejerce un papel dominante. El desarrollo coherente de este planteamiento lleva, necesariamente, a negar la posibilidad de grupos paritarios o los formados por sociedades gemelas. Quizá por esto, el art. 492.1 CSC portugués se ve obligado a precisar que en los grupos paritarios existe una dirección unitaria y común²⁶.

De otro lado, cuando se dice que el grupo se caracteriza por la existencia de una dirección unificada, parece señalarse que las sociedades del grupo desarrollan una y la misma empresa, cuando la verdad es que nada impide, y así suele suceder habitualmente, que las distintas sociedades del grupo desarrollen actividades diferentes, sin relación entre ellas. En ambos casos parece sugerirse la idea que los grupos societarios han de ser, necesariamente, centralizados.

²⁵ De dirección unitaria habla CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 270; MASSAGUER, *La estructura interna de los grupos de sociedades (Aspectos jurídico-societarios)*, en Revista de derecho mercantil, Madrid, 1989, núm. , pág. 303. De dirección única habla GIRÓN TENA, *Las grandes empresas. Problemas jurídicos actuales de tipología empresarial*, México-Valladolid, 1965, pág. 124; y de dirección unificada habla EMBID IRUJO, *La problemática de los grupos*, en AA.VV., *La Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1996, vol. II, pág. 1227; BOGGIANO, *Sociedades y grupos multinacionales*, cit., pág. 148.

²⁶ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 124.

Frente a esta realidad, lo más recomendable es utilizar la expresión dirección unitaria, que es menos fuerte y que por su neutralidad permite describir, de forma adecuada, lo que es característico del grupo de empresas: unidad en la diversidad. Esta noción, pues, nos permite no prejuzgar las distintas modalidades y características de la dirección, con lo que se puede aplicar a un elenco amplio y variado de formas o modalidades de organización de grupos, incluso a los descentralizados y paritarios²⁷.

Ahora bien, como adelantáramos, la doctrina no se pone de acuerdo respecto a qué debe entenderse por dirección unitaria²⁸. Para un sector, se trataría solamente de un hecho, para el otro debería considerarse como un concepto dotado de consecuencias normativas. Una tercera tesis, que compartimos, estima que ambos planteamientos no tienen por que ser incompatibles, pudiendo afirmarse que la dirección unitaria es un hecho (un acto o conjunto de actos) dotado de significado jurídico²⁹.

Conviene, finalmente, siguiendo la mejor doctrina dejar muy en claro que control y dirección unitaria son conceptos diferentes³⁰, y como tales se mueven en planos diferentes. El control es, *ex definitionem*, una situación potencial de ejercicio de influencia dominante, mientras que la dirección unitaria requiere su ejercicio efectivo. Se trata, en consecuencia, de una actividad integrada por un conjunto de decisiones y de actos, en el sentido jurídico y material del término³¹.

²⁷ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 125.

²⁸ Como bien recuerda FONT RIBAS, las manifestaciones de dirección unitaria son múltiples, ya que van desde el simple acuerdo de colaboración entre empresas que conservan su libertad de actuación hasta la constitución de un centro decisorio externo que imparte órdenes concretas a las entidades que forman el grupo, que de esta manera pierden su autonomía, pasando por fórmulas intermedias y mixtas (*Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses. Apunts crítics a la sentència de la magistratura de Treball núm. 15 de Barcelona, de 23 de julio de 1980*, en *Revista jurídica de cataluña*, Barcelona, 1982, núm. 4, pág. 836).

²⁹ En este sentido, SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 125.

³⁰ Según MASSAGUER, la diferencia entre control y dirección unitaria reside en que la segunda exige que la sociedad dominante asuma funciones de orden típicamente gerencial, que revelan la existencia de una unidad empresarial en el plano de las actuaciones (*La estructura interna de los grupos*, cit., pág. 292). Otras diferencias en PAVONE LA ROSA, *Controllo e gruppo*, cit., pág. 10 y ss.

³¹ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 128. La dirección unitaria consta de un conjunto de medidas de planificación, organización y gestión empresarial, recuerda MASSAGUER, *La estructura interna de los grupos*, cit., pág. 292.

4. El interés del grupo de empresas

La caracterización del interés de grupo como categoría doctrinal o normativa ha sido objeto de una encendida polémica en la doctrina comparada³². A pesar de ello, en sentido amplio, se estima que el interés de grupo aparece desde el momento en que existe una dirección y una actividad unitaria por parte de las distintas empresas que lo integran, incluso en aquellos supuestos en que se estima existente el grupo porque dos personas actúan en concierto.

A semejanza del interés de la sociedad (art. 139 LGS), el interés de grupo puede contemplarse como un concepto material, no procedimental, y, como tal, objetable y evaluable. Se puede decir, pues, que dicho interés constituye un límite inmanente al poder de dirección de los administradores de la empresa dominante y, al mismo tiempo, un límite a la obligación de obedecer las instrucciones de la empresa dominada³³, y un módulo para juzgar la conducta de los administradores del grupo y de cada una de las empresas que lo conforman³⁴.

El interés del grupo, conceptualmente, es distinto del interés de cada una de las empresas que lo integran, por lo que no puede asimilarse ni confundirse con el interés de la empresa dominante³⁵. En el grupo y dentro de cada una de las empresas que forman parte de él, coexisten distintos intereses, todos ellos legítimos y de naturaleza privada: el del grupo, los de cada una de las empresas y los intereses sociales de cada uno de los socios de las empresas agrupadas. Los administradores tanto de la empresa dominante como de las dominadas, en consecuencia, están obligados a perseguir la satisfacción de estos intereses y, además, están sometidos a un doble deber de lealtad: respecto a la empresa de la que son administradores y, desde luego, al grupo³⁶.

³² Un buen sector de la doctrina comparada se ha mostrado escéptico respecto a la posibilidad de encontrar un concepto de interés de grupo que tenga aceptación. Cfr. COTTINO, *Divagazioni in tema di conflitto di interessi nei gruppi*, en AA.VV., *I gruppi di società*. Atti del convegno internazionale di studi, Milano, 1996, vol. II, pág. 1077 y ss.

³³ Cfr. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades*, en *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1994, t. II, pág. 3279.

³⁴ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 138. Recuerda SÁNCHEZ CALERO que es contradictorio con la esencia del grupo que los administradores puedan actuar en la gestión como si su sociedad fuera independiente (*Administradores*, en SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Madrid, 1994, pág. 235..

³⁵ Cfr. EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, cit., pág. 253.

³⁶ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 138; FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 499.

El interés del grupo se manifiesta prevalente respecto al interés de cada una de las empresas³⁷, pues ello se explica en el hecho que la totalidad de las empresas conformantes del grupo trabajan para el fortalecimiento, crecimiento y liderazgo del grupo en el mercado tanto nacional como internacional. Aquí se da una especie peculiar de solidaridad empresarial en beneficio común; es decir, se pone en práctica aquel conocido eslogan que reza: «todos para uno y uno para todos»³⁸.

En definitiva, la pertenencia a un grupo de empresas no supone la pérdida de identidad y de autonomía de cada una de las empresas que lo forman; ellas mantienen su propia personalidad jurídica, sus propios objetivos y, lo que es más importante, aunque un tanto discutido, su propio y específico interés social³⁹, el cual no se ve diluido dentro de un magmático interés de grupo. Esto es lo que explica y justifica que los administradores de las empresas dominadas estén obligados a rechazar las decisiones del grupo que conlleven pérdidas irreparables para su empresa, toda vez que la pertenencia al grupo no deroga sus propias obligaciones⁴⁰. Una de estas obligaciones exige, precisamente, actuar con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (art. 171 LGS; art. 127 LSA española).

5. Formas de constitución del grupo

La doctrina comparada presenta diversas formas de constitución de grupos empresas; a pesar de ello, por cuestiones de espacio, nos referiremos sólo a las tres más representativas, a saber: la forma contractual, participacional y personal.

³⁷ Debido a que el reconocimiento legal de los grupos de empresas implica legitimar la colocación de la empresa controlada al servicio del interés del grupo, se debe partir por aceptar que los intereses del grupo deben prevalecer sobre los intereses individuales de cada empresa en particular. Esta primacía permite que la empresa dominante imparta instrucciones a las dominadas y que la satisfacción de los intereses de éstas, individualmente, deje de ser objetivo directo de la actividad del grupo en su conjunto, opina HUNDSKOPF, *La regulación jurídica de los grupos*, cit., pág. 263.

³⁸ Cfr. ECHAZ, *Regulación jurídica de los grupos de empresas*, cit., pág. 108.

³⁹ Así, GALGANO, *La società per azioni*, Padova, 1984, pág. 195; BIN, *Il conflitto d'interessi nei gruppi di società*, en *Contratto e impresa*, Padova, 1993, núm. 3, pág. 879; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 271; MASSAGUER, *La estructura interna de los grupos*, cit., pág. 296.

⁴⁰ Cfr. SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 140.

5.1. Forma contractual

Una de las primeras manifestaciones de concentración empresarial se presenta bajo una simple forma contractual. Es un acuerdo o convenio el que actúa de aglutinante entre las distintas empresas. Este acuerdo lo mismo sirve de instrumento para agrupar empresas en sentido horizontal como para realizar concentraciones verticales. En primer caso, uniendo empresas que desarrollan idéntica o análoga naturaleza y actúen en régimen de concurrencia en la misma fase o momento del ciclo productivo, y en el segundo caso, agrupando empresas económicamente interesadas de modo sucesivo y complementario en las distintas fases del proceso de elaboración de un determinado producto⁴¹.

Las uniones de base contractual asumen, en lo habitual, forma de cártel, consorcio, *joint venture*, pool, asociación en participación o agrupación de interés económico⁴². Estos unen casi siempre a empresas interesadas en la misma fase o ciclo de la producción, con el fin de limitar y regular la concurrencia recíproca en el mercado y conseguir, en lo posible, su posicionamiento en éste. Estos convenios no afectan de manera significativa la autonomía de las empresas que conforman el grupo. Así, por ejemplo, en el cártel simple, o de puro orden interno, el acuerdo apenas trasciende al exterior, cuando no se mantiene rigurosamente en secreto, y las empresas sindicadas conservan su libertad de movimiento y una autonomía plena dentro del respeto al acuerdo firmado. Cuando el cártel o sindicato se forma con un órgano central de vigilancia y control, de distribución de productos o de concentración de ventas, entonces la autonomía económica de las empresas queda supeditada, en cierta parte, a las directivas y decisiones de ese

⁴¹ Cfr. URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pág. 637; FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 485.

⁴² Valiosa líneas relacionadas con la estructura y función de estos contratos en: FERRI, *Consortio*, en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, pág. 371 y ss.; OTAEGUI, *Concentración societaria*, Buenos Aires, 1984, pág. 55 y ss.; LE PERA, *Joint venture y sociedad: acuerdos de coparticipación empresarial*, Buenos Aires, 1984, pág. 33 y ss.; MARZORATI, *Alianzas estratégicas y joint ventures*, Buenos Aires, 1996, pág. 73 y ss.; ZALDIVAR, *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, 1989, pág. 21 y ss.; MARTORELL, *Tratado de los contratos de empresa*, 1997, t. III, pág. 145 y ss.; BASSO, *Joint ventures. Manual práctico das associações empresariais*, Porto Alegre, 1998, pág. 41 y ss.; MONTOYA MANFREDI, *Derecho Comercial*, Lima, 1998, t. I, pág. 743 y ss.; GUTIÉRREZ, *El contrato de asociación en participación*, en *Sociedades*, Gaceta jurídica, Lima, 1997, t. 42, pág. 31 y ss.; *Id.*, *Los contratos parasocietarios: con especial referencia al contrato de sindicación de acciones*, en *Temas de derecho*. Homenaje a José León Barandiarán, Lima, 2000, t. II, pág. 561 y ss.; ELIAS, *Derecho Societario Peruano*, Trujillo, 2000, pág. 941 y ss.

organismo central, ya que, en la medida en que esta central realiza ciertos servicios comunes a todas las empresas del grupo, éstas ceden a aquélla gran parte de su actividad económica y jurídica⁴³.

El AktG se ha preocupado particularmente de regular y desarrollar esta forma de agrupación de empresas; con tal objeto, ha moldeado un conjunto de contratos de empresa que, unidos a determinadas situaciones económicas, pueden originar la dependencia de una empresa a otra y, por ende, su dominación. De estos contratos de empresa (*Unternehmensverträge*), uno vale considerarlo como aporte del derecho alemán al derecho empresarial: el contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*)⁴⁴. A tenor de este contrato, regulado en el parágrafo 291 AktG, una sociedad anónima o una sociedad comanditaria por acciones confía su dirección a otra empresa. Según esto, pues, los directivos de la empresa dominante tienen derecho a impartir directivas al directorio de la empresa controlada, en cuanto a la conducción de la misma, y éste está en la obligación de acatarlas. Estas directivas podrán ser de orden general o referirse a puntos específicos (parágrafo 308.1 AktG).

A menos que en el contrato se diga lo contrario, pueden también darse directivas que sean desventajosas para la empresa, si ellas sirven a los intereses de la empresa dominante o de las empresas vinculadas con ella y con la sociedad en el *Konzern*. Ante esta situación, el directorio está obligado a seguir las directivas de la empresa dominante, pudiendo prescindir para ello, si fuera necesario, de la autorización del Consejo de Vigilancia; en contraprestación, la dominante garantizará un determinado monto de dividendos a los accionistas⁴⁵.

⁴³ Cfr. URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pág. 637.

⁴⁴ Cfr. LUTTER, *Il gruppo d'impresa (konzern) nel diritto tedesco en el futuro diritto europeo*, en *Rivista delle società*, Padova, 1974, pág. 8 y ss.; Id., *Le droit des Konzern en République Fédérale d'Allemagne, s'est-il imposé dans les faits?*, en *Droit e pratique du commerce international*, Paris, 1976, pág. 308 y ss.; ECHAIZ, *El contrato de dominación grupal (moderna figura contractual corporativa)*, en *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, 2001, núm. 18, pág. 168.

⁴⁵ En el ordenamiento alemán, recuerda CAMPOBASSO, en presencia de un contrato que tiene por objeto la constitución de un grupo, la sociedad madre puede impartir instrucciones vinculantes a los administradores de las sociedades hijas y disponer, a su gusto, del patrimonio de las mismas. En contraprestación, la sociedad madre está obligada a indemnizar a las sociedades hijas por la pérdidas sufridas en aplicación de las directivas del grupo (*Diritto commerciale*, cit., pág. 282). LE PERA, por su parte, señala que en ausencia de un contrato de dominación, una empresa dominante no puede utilizar su influencia para que una sociedad por acciones

De lo dicho se desprende que la sociedad dominante estará legitimada no sólo a dirigir la empresa dominada, sino también a servirse del patrimonio de ésta en su propia ventaja o en su propio interés (parágrafo 291.3 AktG). Este hecho ha llevado a que se diga que el principio de separación de los patrimonios, en virtud del cual cada empresa constituye una autónoma entidad patrimonial, y el principio de la conservación del capital sufren una derogación a favor de la sociedad dominante.

5.2. Forma participacional

Otras veces, el vínculo que une las empresas, más que ser de naturaleza contractual, es puramente financiero. En esta forma de concentración, que es la más difundida y la que presenta práctica y jurídicamente mayor interés⁴⁶, el enlace entre las empresas se produce mediante la participación de unas en el capital de otras. Este es un sistema de enlace capitalista que constituye acaso el instrumento por excelencia de la concentración, por ofrecer la ventaja de su flexibilidad y permitir que se aumente o disminuya en número de empresas unidas mediante una simple operación de adquisición o venta de acciones⁴⁷. Al servicio de esta modalidad de vinculación empresarial se ha desarrollado modernamente una técnica de origen anglosajón, dirigida a facilitar la adquisición o fortalecimiento del control de una empresa determinada a través de una oferta pública de compra de acciones (*take over bid*) en condiciones especiales y por un valor, generalmente, superior al del mercado.

En lo sustancial, pues, el interés del grupo empresarial coincide con aquel de las empresas coligadas o controladas, ya que es, precisamente, el control de las distintas empresas por parte de un mismo sujeto el presupuesto y, al

dependiente realice transacciones desventajosas o tome o deje de tomar medidas en su perjuicio, salvo que estos perjuicios sean compensados; siendo probablemente, además, de aplicación a estos casos la regla general respecto de responsabilidad por ejercicio indebido de influencia dominante. Adicionalmente, en los párrafos 311, 312 y 317, se establecen severas sanciones para operaciones realizadas con empresas vinculadas (*Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, 1979, pág. 152).

⁴⁶ Cfr. FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 486. Explica el citado maestro que «attraverso la contemporanea partecipazione a organizzazioni sociali distante in misura idonea ad assicurargli il controllo della società e a costringerle di improntarne l'azione concreta, un soggetto può realizzare pur di fronte alla pluralità di organizzazioni giuridiche, quell'unità di azioni economica che caratterizza il fenomeno di gruppo».

⁴⁷ Cfr. URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pág. 636.

mismo tiempo, el medio para la realización de una finalidad económica unitaria.

El control de este grupo de empresas puede ser efectuado bien por medio de un sistema en cadena o piramidal, que permite a una persona natural o jurídica controlar a una empresa, la cual a su vez controla a una segunda y ésta a una tercera y así sucesivamente; o bien por un sistema radial, que permite a una persona contemporáneamente controlar una pluralidad de empresas. Algunas veces el control se lleva a cabo combinando ambos sistemas.

La persona jurídica que ejerce el control del grupo empresarial algunas veces desarrolla una actividad económica propia de manera paralela a la actividad de controlar la actividad económica de las empresas del grupo y, otras veces, se dedica exclusivamente al control de las empresas en las que participa. En el sistema en cadena, por ejemplo, el control de las otras empresas se realiza con el ejercicio directo de una actividad empresarial, en tanto que en el sistema radial el control constituye el objeto exclusivo de la actividad de dicha persona. Este es el caso de la sociedad de participación, más conocida como *holding company* en la literatura especializada⁴⁸.

En un *holding*, como bien sabemos, la sociedad dominante irradia su poder sobre las otras empresas, les impone su voluntad y se erige en arbitro de sus destinos. Entre la sociedad cabeza del grupo y las empresas dominadas se establece una relación de dependencia o filiación que permite dar a la primera el calificativo de sociedad madre y a las segundas sociedades hijas o filiales. Unas veces esa relación materno-filial se consigue adquiriendo todas o la mayoría de acciones o participaciones sociales de sociedades ya constituidas; pero en otras, la sociedad madre actúa de promotora o fundadora de una segunda sociedad, en la que se reserva la totalidad o la mayoría del capital, y luego hace que esta segunda tome la totalidad o la mayoría del capital de otra tercera; ésta, a su vez, de otra cuarta, y así hasta formar una cadena de empresas, quedando sometidas a la voluntad y dominio absoluto de la primera.

La *holding company* no debe ser confundida con la sociedad de cartera o con la sociedad de inversión mobiliaria, ya que éstas, aun cuando se inte-

⁴⁸ Cfr. URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pág. 637; FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 485.

resen e inviertan su patrimonio en acciones de otras empresas, no persiguen, a diferencia de la *holding*, ninguna finalidad de dominio o control de las empresas cuyas acciones adquieren. «Dallo scopo di questi organismi esula completamente quel controllo della società che è invece caratteristica delle società di partecipazione o *holdings*», acota FERRI⁴⁹.

5.3. FORMA PERSONAL

Una tercer mecanismo para lograr la unión de empresas es el personal, que se pone en ejecución a través de la elección, nombramiento o entrecruzamiento (el conocido *interlocking directories* angloamericano) de administradores comunes. Este sistema constituye un instrumento de dirección y dominio de empresas, jurídicamente autónomas, que reporta no pocas ventajas de orden económico, suprimiendo concurrencias comerciales, asegurando colaboraciones y coordinando planes de producción. Esta forma de agrupación personal, es considerada por un sector mayoritario de la doctrina como una consecuencia, no como una causa de control; es decir, se estima que hay directores comunes por una previa situación de control, pero no hay control porque se tenga directores comunes. Similar reflexión se formula respecto del supuesto de influencia personal ejercida mediante vínculos con los administradores⁵⁰.

En cuanto a la titularidad de las empresas del grupo, hay que decir que ella gira, habitualmente, en torno a una o varias personas, integrantes por lo general de una misma familia, que detentan la participación dominante en las empresas y ocupan diferentes cargos ejecutivos en ellas. A este grupo se le suele identificar con el apellido de familia. En nuestro país, representativos son los grupos conformados por las familias Berckemeyer, Brescia, Ferreyros, Nicolini, Picasso, Raffo, Romero, Wiese, etc.

Por último, debemos señalar que no es suficiente que haya identidad de accionistas y directores para que se conforme un grupo empresarial de carácter personal, sino que debe existir también una política empresarial común para todas las empresas que integran el grupo.

⁴⁹ *Manuale di diritto*, cit., pág. 487. Participan de este parecer URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., pág. 638;

⁵⁰ La presencia de directores comunes demuestran por lo menos la existencia de accionistas comunes concertados en una política de grupo, agrega BOGGIANO, *Sociedades y grupos multinacionales*, cit., pág. 152.

6. Clasificaciones de grupos de empresas

Son varios los criterios de clasificación que la doctrina propone para los grupos de empresas⁵¹. Veamos algunos:

Por el objeto social de la empresa dominante o de la mayoría del grupo, se clasifican en grupos industriales y financieros. Estos últimos, dedicados predominantemente a la captación de recursos dinerarios para dedicarlos a su clientela (empresas bancarias y de seguros), son los que más demuestran la existencia de una unidad económica⁵². Es el caso del grupo Wiese-Sudameris, de Credicorp. Los primeros, por el contrario, tienden a desarrollar un determinado sector económico con el objeto de tener una posición dominante en el mercado. Este es el caso, por ejemplo, de Backus y Johnston, Telefónica y Alicorp.

Atendiendo a la estructura del grupo empresarial, pueden ser *radial*, en la que la sociedad *holding* se sitúa al centro del grupo y a partir de allí dirige toda la actividad económica de las demás empresas; *piramidal*, en la que el control es realizado por la empresa dominante de manera escalonada; y *circu-lar*, en la que el control tiene como fundamento las participaciones recíprocas en las empresas del grupo. El grupo circular implica, pues, que una empresa participa en el capital de otra, luego ésta hace lo mismo respecto a una tercera y así sucesivamente, hasta que la última empresa participe en el capital de la primera. Esta manera de actuación está prohibida en algunas legislaciones, como la chilena, que en la Ley de Sociedades Anónimas de 1981 dispone: «las sociedades filiales no podrán adquirir acciones de la sociedad matriz, ni acciones o derechos de otras filiales de la misma empresa» (art. 121).

En función a como se lleva a cabo el control, se clasifican en grupos centralizados y grupos descentralizados. En el grupo centralizado, que funciona como una sola empresa, las decisiones se adaptan al régimen legal y estatutario de cada una de las sociedades. Es una empresa policorporativa, integrada por una pluralidad de personas jurídicas, con su respectiva denominación, domicilio

⁵¹ Cfr. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, pág. 552; BROSETA PONT, *Manual de Derecho*, cit., pág. 309; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 271.

⁵² La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros, en su anexo-glosario, denomina conglomerado al grupo, distinguiendo entre conglomerado financiero y mixto. En el primero, las empresas integrantes realizan actividades financieras, de seguros y de valores; en el segundo, en cambio, algunas empresas realizan actividades financieras o de seguros y otras realizan operaciones no financieras.

social, patrimonio y órganos sociales. El grupo descentralizado, por su parte, mantiene la unidad de decisión gracias a la colaboración entre distintas empresas, basada en un contrato de organización. Están dentro de este grupo, por ejemplo, las sociedades hermanas o gemelas (con identidad de socios, de participación de éstos en el capital, y de administradores), que se crean con distintas finalidades: ventajas de los paraísos fiscales, exigencias internacionales, etc. También ingresan aquí los *joint ventures* o filiales comunes conocidas como concentraciones cooperativas⁵³.

Finalmente, tomando como referencia la forma como se constituyen los grupos, se clasifican en grupos contractuales y grupos de hecho. Los primeros se constituyen previa estipulación de un contrato de dominación o de cesión de ganancias, en el cual se acuerda entregar compensaciones a los socios externos o minoritarios; los segundos, en cambio, la dirección unitaria efectiva no se desprende de un contrato, sino de otros mecanismos.

7. El grupo como nuevo modelo empresarial

Distinto al problema que causa la recepción del fenómeno de grupo, entendido como un mero fenómeno de agrupación entre una pluralidad de empresas jurídicamente independientes, es el que despierta el grupo como nuevo modelo empresarial, que sobreponiéndose a las singulares empresas y creando un propio centro de decisiones, se convierte en el instrumento de realización de un interés unitario del grupo. Este es el problema afrontado y resuelto por la AktG a través de la reglamentación de los *Konzerne*; es el problema afrontado, pero no resuelto, por el Proyecto de IX Directiva CEE sobre el derecho de los grupos societarios, y por la *Proposition de loi sur groupes de sociétés et la protection des actionnaires, du personnel et les tiers*, presentado el 1 de agosto al Parlamento francés⁵⁴.

Aquí no se trata, pues, de individualizar los límites que la acción unitaria del grupo encuentra en la autonomía de las empresas que conforman el grupo y en la exigencia de tutela de los intereses de aquellos que en cada sociedad están implicados como accionistas, trabajadores y acreedores, sino de establecer las hipótesis en las cuales estas limitaciones pueden ser superadas, así como los elementos que caracterizan esta nueva estructura unitaria, las condiciones en las que el interés del grupo puede imponerse en perjuicio del interés

⁵³ Cfr. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho*, cit., pág. 549 y ss.

⁵⁴ Cfr. FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 504

particular de las empresas y las consecuencias que derivan para los terceros⁵⁵. Se trata, en suma, de establecer si esta estructura organizativa surge con la determinación de hecho de los elementos que la caracterizan (esencialmente, la creación de un centro direccional unitario que imponga una política de grupo) o surge, por el contrario, solamente sobre la base de un contrato (denominado *Beherrschungvertrag* en Alemania, *contrat d'affiliation* en Francia y contrato de predominio en el derecho comunitario) que legitime la creación de este centro direccional superior, y regule su funcionamiento y sus consecuencias⁵⁶.

El Proyecto de IX Directiva CEE y el Proyecto francés se han inclinado por esta segunda opción, y han propuesto una disciplina jurídica para los grupos de dirección unitaria que tengan origen en un contrato. Este ejemplo debería haber seguido la Comisión encargada de elaborar una Propuesta de ley sobre grupos de empresas para nuestro país.

8. Legislación comparada de grupos de empresas

En esta sede, más que hacer un estudio de la legislación comparada, objetivo éste que supera el propósito del trabajo⁵⁷, nos proponemos una breve revisión de las principales normas que hacen referencia a los grupos de sociedades y que se han dictado en España, Italia y en la Comunidad europea.

⁵⁵ Una de las prioridades a tomarse en cuenta en una futura normativa regulatoria del fenómeno del grupo es la tutela de los accionistas y de los acreedores de las empresas controladas contra posibles abusos de la controlante, que induzca a las primeras al cumplimiento de actos ventajosos para el grupo, unitariamente considerado, pero perjudiciales para su propio patrimonio. Así, por ejemplo, la adquisición de productos de la sociedad controlante o de otras empresas del grupo a precios superiores a los del mercado; financiamiento u otorgamiento de garantías a favor de algunas empresas del grupo sin ninguna ventaja económica para el resto de empresas, etc. Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., pág. 281.

⁵⁶ Cfr. FERRI, *Manuale di diritto*, cit., pág. 505.

⁵⁷ Un estudio de la legislación comparada sobre grupos de empresas nos compromete a un más amplio y arduo trabajo, ya que no solamente tendríamos que destacar la legislación vertida al respecto, que es lo que haremos aquí, sino que nos veríamos en la obligación de comparar dicha legislación para obtener nuestros propios resultados. Comparar, como hemos dicho en otro lugar, significa observar y explicar tanto las semejanzas como las diferencias (*Factoring*, en LEYVA SAAVEDRA, *Tratado de derecho privado*, Lima, 2001, pág. 298. En la comparación de los sistemas y de las instituciones jurídicas algunas veces, atendiendo sobre todo a la finalidad prefijada para el caso en particular, el énfasis es puesto sobre las diferencias antes que sobre las similitudes, explica SCHLESINGER, *The past and future of comparative law*, en *The american journal of comparative law*, California, 1995, vol. 43, núm. 3, pág. 477; *Id.*, *Il passato e il futuro della comparazione giuridica*, en *Rivista di diritto civile*, Padova, 1995, núm. 5 pág. 603

En el ordenamiento español, como en la mayoría de países, no se tiene una normativa general de grupos de empresas; solo se dispone de un conjunto de normas sectoriales que regulan diferentes aspectos del funcionamiento de los grupos⁵⁸. Así, se han dictado primero normas fiscales, permitiendo o imponiendo la tributación consolidada, luego ha seguido la legislación sobre entidades financieras, para determinar las bases técnicas de solvencia, en especial su nivel mínimo de fondos propios, teniendo en cuenta la realidad y diversidad de riesgos del grupo⁵⁹.

Entre las normas que se mencionan como aplicables a los grupos están: el art. 42.1. del Código de comercio de 1885, que contempla sólo datos o mecanismos jurídico-formales que permiten, en hipótesis, presumir una unidad de grupo; los arts. 87 y 105.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, que considera sociedad dominante, a efectos del régimen de autocartera, la que por mayoría de derechos de voto u otros medios puede ejercer influencia dominante sobre la otra, la sociedad dominada; los arts. 4 y 53 de la Ley del Mercado de Valores, Ley 24/88 del 28 de julio de 1988, reformulado por Ley 13/92 del 1 de junio de 1992, que estima pertenecientes al mismo grupo todas las entidades que constituyan una unidad de decisión, entendiendo que existe ésta en los supuestos jurídico-formales que se enumeran a continuación; el art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia, Ley 16/89 del 17 de julio de 1989, que establece que a los efectos de la aplicación de esta Ley se entiende que las conductas de una empresa previstas en la misma son también imputables a la empresa que la controla, cuando el comportamiento económico de aquélla es determinado por ésta. Además, hay que citar el Real Decreto sobre recursos propios de entidades financieras, R.D. 1343/1992 del 6 de noviembre de 1992, art. 6; la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, Ley 2/95 del 24 de marzo de 1995, art. 10.1; la Ley de Cooperativas, Ley 27/99 del 19 de julio de 1999, art. 78; etc.

El ordenamiento italiano cuenta también con un conjunto de disposiciones que hacen referencia a los grupos de empresas, a saber: el *Codice civile*, art. 2359 (modificado por Ley 216/1974, luego sustituido por el Dec. leg. 127/1991); la Ley 287/1990, sobre Normas para la tutela de la concurrencia y del mercado, que en el art. 7 fija una noción funcional del régimen de las concen-

⁵⁸ Cfr. ROJO, *Los grupos de sociedades*, cit., pág. 464; URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., pág. 636; SÁNCHEZ ALVAREZ, *Grupos de sociedades*, cit., pág. 122; VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho*, cit., pág. 552.

⁵⁹ Cfr. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho*, cit., pág. 553.

traciones, y en el art. 27, que sujeta a la autorización del Banco central la adquisición de participaciones de control en entes financieros; el Dec. leg. 127/1991, sobre balance consolidado; la Ley del 2 de Enero de 1991, núm. 1, que en el art. 4.3 define el grupo de sociedades de intermediación mobiliaria (SIM), de sociedades de gestión de fondos comunes de inversión mobiliaria (art. 9.13) y de sociedades fiduciarias (art. 17.1); la Ley del 9 de Enero de 1991, núm. 20, sobre Normas de control de las participaciones de empresas o entes de seguros, art. 10.2; la Ley del 6 de Agosto de 1990, núm. 223, que Disciplina el sistema radiotelevisivo público y privado, art. 37; la Ley del 18 de Febrero de 1992, núm. 149, que Disciplina las ofertas públicas de venta, suscripción e intercambio de títulos, art. 10.2; el Dec. leg. 87/1992, sobre balance consolidado de los bancos, art. 25; el Dec. leg. 385/1993, sobre sociedades bancarias, arts. 23 y 59; la Ley 109/1994, sobre empresa de obras públicas, arts. 8.5, 11, 15.4; el Dec. leg. del 8 de Julio de 1999, núm. 270, sobre la administración extraordinaria de la gran empresa en estado de insolvencia, art. 80; etc.

En el derecho comunitario se trató por primera vez el tema de los grupos de sociedades en la VII Directiva CEE 83/349 del 13 de Junio de 1983, relativa a la «Ordenación de las legislaciones nacionales sobre las cuentas consolidadas». En esta directiva se encuentran, prácticamente, los únicos antecedentes legislativos que puedan llevar a una definición de grupo de sociedades y los rasgos típicos que lo configuren. Posteriormente, la Propuesta de IX Directiva CEE sobre estos grupos aportó algunos elementos importantes. En lo relativo al concepto de grupos de sociedades, se inclina decididamente por el llamado modelo contractual, lo que puede llevar a que tanto el concepto económico como el jurídico acrecienten su distanciamiento. Ella, además, considera que las sociedades del grupo deben estar unidas bajo una dirección única y administradas como si en realidad se tratara de una sola sociedad, pero manteniendo cada una su autonomía⁶⁰. De esto se desprende, pues, que el grupo no tiene personalidad jurídica por que su objetivo es la desarrollar la actividad económica de las sociedades que la componen.

Actualmente, en el seno de la Unión europea se sigue trabajando el tema. La tesis que cada día capta más adeptos es la que propone elaborar un derecho comunitario de grupos de sociedades; esto es, elaborar una normativa centrada

⁶⁰ Cfr. CHIOMENTI, *Osservazioni per una costruzione giuridica dal rapporto di gruppo tra imprese*, en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Padova, 1983, fasc. 2-3, pág. 257 y ss.

en el derecho societario, dejando fuera otras áreas jurídicas, como el laboral, concursal y fiscal⁶¹.

9. Legislación nacional de grupos de empresas

Nuestro país, como muchos otros, cuenta simplemente con legislación sectorial sobre grupos de empresas; esto es, no tiene una legislación propia para este sector. Con el objeto de superar esta realidad, el Ministerio de Justicia nombró el pasado año una Comisión de Expertos para que se encargue de elaborar un Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas⁶².

Entre las leyes y reglamentos nacionales que hacen referencia a los grupos de empresas⁶³, podemos citar los siguientes:

- a) La Ley de la Actividad Empresarial del Estado, Ley 24948 (4/12/1988), que define los conjuntos empresariales de la actividad no financiera del Estado como aquellos integrados por una empresa matriz con personería jurídica de derecho público o privado y un grupo de empresas filiales o subsidiarias (art. 16).
- b) El Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta, D.S. N° 122-94-EF (21/9/1994), modificado por el D.S 194-99-EF (31/12/1999), que define al conjunto económico o vinculación económica de manera porcentual para contribuir a que la Ley del Impuesto a la Renta realice: el cálculo del valor depreciable en la determinación de la renta neta (art. 41.3) y el cálculo de la tasa del impuesto en las personas jurídicas no domiciliadas (art. 56.e).
- c) La Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, Dec. leg. 821 (23/4/96), ahora reordenado en TUO de la LGIV-ISC, D.S 055-99-EF (15/4/1999), que define a las empresas vinculadas

⁶¹ Esta tesis ha sido puesta de manifiesto en el Forum Europaeum: *Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa*. Véase el Informe publicado en Revista de derecho mercantil, Madrid, 1999, núm. 232, pág. 566 y ss.

⁶² Su nombramiento se ha realizado mediante Resolución Ministerial N° 001-2000-JUS, publicada el 19 de Enero del 2000.

⁶³ Un detallado recuento cronológico de la legislación que hace referencia a los grupos en ECHAIZ, *Regulación jurídica de los grupos de empresas*, cit., pág. 184 y ss.; Id., *Los grupos de empresas en la legislación peruana*, en Normas Legales, Trujillo, 2000, t. 291, pág. A-162 y ss.

económicamente en términos porcentuales (art. 54), calificándolas de sujetos a dicho impuesto en calidad de contribuyentes (art. 53).

- d) La Ley del Mercado de Valores, Dec. leg. 861 (22/10/1996), que dispone que será la Ley General de Instituciones Bancarias y Financieras la que deberá dar contenido a la frase Grupo económico (art. 8.i) y, además, que la SBS deberá proporcionar periódicamente a la Conasev la información relativa a los grupos económicos.
- e) La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (LGSF), Ley 26702 (9/12/1996), que se define a los conglomerados financieros y mixtos, señalando, además, que la supervisión consolidada de ellos es una forma de atenuar los riesgos para el ahorrista (art. 132.13). Adicionalmente, encarga a la SBS la dación de normas de carácter general donde se establezcan los criterios de vinculación, grupo económico, empresas vinculadas y conglomerados (arts. 202-203), y a la Conasev, la dación de normas en materias referidas al mercado de valores.
- f) La Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley 26876 (19/11/1997), que define que se entiende por concentración. Dentro de esta definición incluye a la empresa que se constituye en común y a la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas, a través de la adquisición de acciones, participaciones o por medio de algún contrato de gerencia, gestión, sindicación de acciones u otro que confiera el control directo o indirecto de una empresa (art. 2).
- g) El Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, Res. SBS N° 722-97-EF/94.10 (29/11/1997), que brinda una regulación general de los grupos de empresas que operan en el sector del mercado de valores.
- h) La Ley General de Sociedades, Ley 26887 (9/12/1997), que regula el control indirecto de acciones. Se señala que las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho de voto ni se computan para formar quórum. Además, se dice que la sociedad controlada es aquella en la que directa o indirectamente, la propiedad de más del 50% de acciones con derecho a voto o el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio corresponda a la sociedad emisora de las acciones (art. 105).

- i) Las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, Res. N° 445-2000-SBS (6/7/2000), que establece las definiciones de vinculación por riesgo único, grupo económico, conglomerado financiero, conglomerado mixto y conglomerado no financiero, que serán de aplicación para lo establecido en la LGSF y las normas que con este propósito, emita la SBS (art. 1). Además, distingue entre control directo y control indirecto, indicando que el control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio; y el control es indirecto cuando una persona tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras, aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios (art. 9). Por último, señala que información y en que plazo deben remitir a la SBS la información sobre grupos económicos (art. 15).
- j) El Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos, Res. SBS N° 446-2000 (6/7/2000), que diferencia al grupo consolidable del sistema financiero del grupo consolidable del sistema de seguros (art. 4), al tiempo que dispone medidas prudenciales, para lo cual señala los requerimientos patrimoniales (arts. 5-8) y los límites consolidados (arts. 9-13). En las normas siguientes detalla la información requerida para la supervisión consolidada (arts. 15-20).

Para concluir debemos hacer referencia al Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas. El encargo recibido del Ministerio de Justicia para evaluar y revisar la normatividad vigente con el objeto de elaborar un Anteproyecto de Ley no ha rendido sus frutos: la comisión, luego de ocho meses de trabajo, sólo presentó una propuesta para que se agregue al Libro Quinto, Contratos Asociativos, de la Ley General de Sociedades, un Capítulo dedicado al contrato grupal. Pensamos que se ha perdido el tiempo y la oportunidad de trabajar, a futuro, una normativa marco de grupos de empresas.

10. Nota conclusiva

Como podemos observar, el fenómeno de los grupos de empresas es uno de los más complejos que debe enfrentar el Derecho. A diferencia de los que

piensan que los problemas que generan los grupos son, sobre todo, problemas de derecho común de las sociedades, particularmente de las sociedades de capitales, creemos que son problemas van más allá de éstas, ingresando al campo mismo del derecho de la empresa. Pero, siendo realistas, no podemos pretender una regulación integral de los grupos de empresas, ya que los problemas que generan éstos en el marco constitucional, tributario, contable, concursal, etc., y los intereses que involucran, bien pueden encontrar resolución si proyectamos una Ley Marco sobre Grupos de Empresas, elaborada fundamentalmente con materia prima societaria.

Ahora, de cara a esa futura Ley Marco, y de la mano con la mejor doctrina⁶⁴, nos permitimos señalar algunas recomendaciones que deberían tenerse presente:

- a) El grupo debe fundarse sobre un contrato de afiliación que permita acoger con claridad la estructura del mismo. Pueden, a tal fin, echarse mano a las normas del AktG y del CSC Portugués.
- b) Antes que discutir sobre el nombre que debe tener el contrato, es decir, si debe llamarse contrato de dominación, de afiliación o contrato grupal, debemos centrar nuestros esfuerzos en construir el contenido contractual⁶⁵.
- c) La normativa debería asegurar una adecuada información sobre las vinculaciones del grupo, sobre las relaciones financieras y comerciales entre las empresas del grupo, así como su situación patrimonial y los resultados económicos del grupo unitariamente considerado.
- d) Debería, igualmente, evitar que el diseño unitario que inspiran las elecciones operativas de las empresas del grupo perjudiquen las expectativas de aquellos que han confiado exclusivamente en la consistencia patrimonial y en sus resultados económicos de una empresa en particular.

⁶⁴ Valen tener muy presentes las recomendaciones de EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas*, cit., pág. 153 y ss.; FERNÁNDEZ RUIZ, *Algunas acotaciones sobre el concepto de grupos*, cit., pág. 1234 y ss.

⁶⁵ En la doctrina nacional ya se ha avanzado sobre el tema. Cfr. ECHAIZ, *Anteproyecto de ley sobre grupos de empresas*, en Normas Legales, Trujillo, 2000, t. 293, pág. B-13 y ss.; ID., *El contrato de dominación*, cit., pág. 162 y ss.

- e) En cuanto a la responsabilidad civil de los administradores del grupo, se deberían considerar las siguientes reglas: 1) los administradores de la empresa controlada responden por su propia gestión; 2) los administradores de la empresa controlante y los de la controlada responden solidariamente por los daños causados a la controlada, a sus socios o a los terceros por aquellos acuerdos adoptados y actos realizados que se enmarquen dentro de la estrategia del grupo; 3) en los grupos de hecho, los administradores de la empresa controlante responden solidariamente con los de la controlada por los daños causados a la sociedad, socios y terceros.
- f) Debería proteger a los acreedores de las empresas dominadas, haciendo responsable a la empresa controlante con todo el patrimonio del grupo⁶⁶. Esto ya lo hizo la Resolución de la Sala Laboral de la Corte Suprema del 27 de abril de 1993, expedida en la causa seguida por Arturo Carhuayo Suárez contra el Grupo Cesca. Esta resolución dispuso que cuando se demande el pago solidario de beneficios sociales, es necesario acreditar la vinculación existente entre las empresas emplazadas, ya que si bien éstas constituyen un conjunto de sociedades independientes y autónomas, en los hechos no lo son si se encuentran sometidas a una dirección y a un control económico o financiero únicos, por lo que deberán responder solidaria y apropiadamente por los derechos y beneficios sociales emergentes.

⁶⁶ Así se estaría en línea con la tendencia del derecho comparado que recomienda que las empresas controlantes deben responder por el abuso del control, no por el simple uso del mismo. Cfr. MARTORELL, *Tratado de los contratos*, cit., t. I, pág. 297; ID., *Los grupos económicos y de sociedades*, Buenos Aires, 1991, pág. 103 y ss.