

A

CTUALIDAD JURIDICA

INFORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA ABOGADOS Y JUECES

TOMO 154 • SETIEMBRE 2006

ESPECIAL

Nulidad de la
condición potestativa

El proceso civil
sin audiencias

El recurso de anulación
de laudo arbitral

El derecho al honor,
a la información y
a la crítica

El delito de
lavado de activos

La imposibilidad de acumular
la detención domiciliaria
y la prisión preventiva

El derecho a obtener
una resolución con
imputación concreta

El recurso de
agravio constitucional

Las ventajas del
Convenio Marco

Discriminación y derecho a la igualdad

La queja
tributaria

Tratamiento tributario
de las ventas de inmuebles
realizadas por una
persona natural

La presencia notarial en las juntas
generales de accionistas de
las sociedades anónimas

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN
31 AUTORES

ENTRE OTROS:

Oswaldo Hundskopf Exebio
Eugenia Ariano Deho
Victor Prado Saldarriaga
Rolando Martel Chang
Luis Miguel Reyna Alfaro
Luis Castillo Córdova
Javier Dolorier Torres
Richard Martin Tirado
Percy Bardales Castro
César Abanto Revilla
Gustavo Beramendi Galdós



Los grupos de sociedades

Daniel

ECHAÍZ MORENO^(*)

SUMARIO:

I. Estado de la cuestión. II. El control en los grupos de sociedades. III. El grupo de sociedades como una sociedad de hecho. IV. El interés grupal vs. el interés de las sociedades filiales. V. La actuación de los administradores de la sociedad controlada. VI. El socio minoritario ante la confusión de patrimonios. VII. El derecho de separación para el socio minoritario de una sociedad integrante de un grupo de sociedades. VIII. La política unitaria en los grupos de sociedades circulares. IX. La celebración y el contenido del contrato de dominación grupal. X. La asimilación del contrato de dominación grupal al convenio parasocietario. XI. La legitimidad en un grupo de sociedades para adoptar una denominación o razón social igual o semejante. XII. El canje de acciones cuando se ha pactado la prohibición temporal de transferir las acciones. XIII. Los actos *ultra vires* dentro del grupo de sociedades. XIV. La calificación legal de empresas vinculadas.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El artículo 105 de la Ley General de Sociedades⁽¹⁾ (en adelante, LGS) estipula:

Artículo 105. Control indirecto de acciones.-

"Las acciones de propiedad de una sociedad que es controlada por la sociedad emisora de tales acciones no dan a su titular derecho a voto ni se computan para formar quórum. Se entiende por sociedad controlada 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".

Este es el único artículo de las cerca de 500 normas contenidas en la LGS⁽²⁾ que se refiere específicamente a los grupos de sociedades⁽³⁾, aunque incorrectamente utilice el título **control indirecto de acciones**⁽⁴⁾; es, en realidad, la única propuesta que sobrevivió, luego del debate en la **Comisión Redactora del Anteproyecto de la LGS**, a las 22 que se presentaron. Nos preguntamos, entonces, si esta situación legislativa es suficiente. Los grupos de sociedades constituyen un tema inagotable porque aquí la realidad supera largamente la normativa; son

TEMA DE DISCUSIÓN

Los grupos de sociedades constituyen un tema inagotable, ya que representan una manifestación empresarial cada vez más frecuente en el Perú. No obstante, el autor advierte que en nuestro país no tenemos una regulación integral sobre el particular, sino más bien normativas sectoriales que se restringen solo al ámbito financiero y bursátil, así como una regulación insuficiente y errada en el artículo 105 de la Ley General de Sociedades.

una latente manifestación empresarial que el Derecho no puede negar ni expresa ni tácitamente. Como diagnóstico inicial, afirmamos que, en el Perú, se aprecian tres cuestiones sobre el particular: primera, que no existe una regulación jurídica integral, a pesar que desde el año 2000 la proponemos⁽⁵⁾; segunda, que la LGS resulta demasiado escueta y, además, errada cuando se refiere a lo que denomina **control indirecto de acciones**; y, tercera, que tanto la SBS⁽⁶⁾ como la Conasev⁽⁷⁾ cuentan con una importante normativa, pero esta es, en uno y otro caso y por su propia naturaleza, sectorial, en tanto se restringe a los ámbitos financiero y bursátil, respectivamente.

Por lo anterior, encontramos varios temas controvertidos en torno a los cuales seguidamente nos pronunciaremos. Así, empezaremos por definir el control a partir de la reglamentación de la SBS y la Conasev y nos preguntaremos si el grupo de sociedades puede equipararse a la sociedad de hecho. Luego abordaremos el interés grupal para contrastarlo con el interés de las sociedades filiales, pronunciándonos respecto a si los administradores de estas últimas siempre deberán acatar las decisiones de la sociedad controlante. Otras cuestiones a considerar serán el rol del socio minoritario ante la confusión de patrimonios y si podría pactarse estatutariamente a su favor el derecho de separación, cuando la sociedad en la cual es socio forma parte

de un grupo de sociedades. Analizaremos también los grupos de sociedades circulares respecto a la controversia de quién establece en ellos la política unitaria. Como no podemos dejar de lado el aspecto contractual, nos pronunciaremos en torno al contrato de dominación grupal

(*) Catedrático de Derecho Societario en la Facultad de Derecho y en el Diploma de Postgrado en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Ley General de Sociedades, Ley N° 26887.

(2) Consideramos su estructura original de 448 artículos, 8 disposiciones finales y 11 disposiciones transitorias, a la que deben sumarse 10 artículos y una disposición final incorporados posteriormente, lo que significan 478 normas en la LGS.

(3) Existen dos artículos adicionales de la LGS (no específicos) que luego revisaremos: el 139 y el 179 concernientes al interés social y a las empresas vinculadas, respectivamente.

(4) Sin embargo, la discusión no reposa en el título, sino en su contenido porque, de acuerdo a la primera disposición final de la propia LGS: "Los títulos de los artículos de esta ley son meramente indicativos, por lo que no deben ser tomados en cuenta para la interpretación del texto legal".

(5) Cfr. ECHAÍZ MORENO, Daniel. "Los grupos de empresas en el Perú. Análisis y propuestas para una legislación integral". En: *Gaceta Jurídica*. Tomo 82-B. Gaceta Jurídica. Lima, septiembre de 2000. Págs. 33 a 42. Del mismo autor: "Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas". En: *Revista Normas Legales*. Editora Normas Legales. Tomo 293. Trujillo, octubre de 2000. Págs. B-13 a B-26.

(6) Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones.

(7) Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

respecto a su celebración y contenido, así como su posible asimilación a la figura del convenio parasocietario. Y concluiremos con cuatro cuestiones de relevancia práctica: la legitimidad en un grupo de sociedades para adoptar una denominación o razón social igual o semejante, el canje de acciones cuando se ha pactado la prohibición temporal de transferir las acciones, los actos *ultra vires* dentro del grupo de sociedades y la calificación legal de empresas vinculadas.

II. EL CONTROL EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

El control es uno de los elementos típicos o una de las características estructurales del grupo de sociedades, puesto que aquel supone la implantación de una política unitaria o, cuando menos, externa en las sociedades filiales. Siendo ello así resulta indispensable definirlo, pero la LGS guarda silencio⁽⁸⁾, por lo que es menester recurrir entonces a la legislación sectorial (financiera y bursátil), de aplicación supletoria.

En el escenario financiero, el artículo 9 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁽⁹⁾ establece:

Artículo 9. Control.-

"Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica.

El control puede ser directo o indirecto. 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.

Asimismo, 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" (el resaltado es nuestro).

En similar sentido, aunque en el terreno bursátil, el artículo 6 del Reglamento sobre Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos⁽¹⁰⁾:

Artículo 6. Definición de control.-

"Para efectos del presente reglamento, se considera control la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica.

Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de control en los siguientes casos:

a) Cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones,

contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, acuerdos con otros accionistas o cualquier otro acto jurídico, se pueden ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, salvo que en la misma persona jurídica un tercero se encuentre en la situación prevista en el inciso b) siguiente.

b) Cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de dicha persona jurídica, pueden designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio" (el resaltado es nuestro).

Tanto la reglamentación de la SBS como de la Conasev recogen los principales mecanismos de control que hoy en día existen: el accionario (tenencia de acciones), el administrativo (administradores comunes) y el contractual (contratos que subordinen). Todos ellos pueden presentarse de manera directa o indirecta, siendo esta última de naturaleza escalonada o mediante interpósita persona. El mecanismo más difundido, aunque no el único como ya señalamos, es el accionario, pero estamos cada vez más lejos de las participaciones exorbitantes y abrumadoras del socio controlante, por lo menos respecto a la *holding*, sino que porcentajes aparentemente reducidos permiten hoy el control de grandes empresas: cuanto más grande sea la sociedad, la tendencia es que menor sea la participación del socio controlador.

Es menester aludir al artículo 7 del mencionado Reglamento sobre Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, que conceptualiza al grupo económico a partir de la noción del control en los siguientes términos:

Artículo 7. Definición de grupo económico.-

"Grupo económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales.

Por excepción se considera que el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30% de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50% de los miembros del directorio" (el resaltado es nuestro).

Considerando lo anterior imaginemos un grupo conformado por tres sociedades (A, B y C) donde cada una de ellas tiene dos socios que, para mayor facilidad de la exposición, son los mismos en cada caso (la persona natural X y la persona jurídica Z) y participan en la misma

proporción (40% para X y 60% para Z). Así, de acuerdo al texto normativo transcrito, parecería que el socio controlador en este grupo de sociedades fuese la persona natural X, aun cuando solo ostenta el 40% frente al 60% de su socio, lo cual carecería de sentido lógico; sin embargo, ello no es así porque, respecto a la persona jurídica Z, habrá que identificar a sus socios y determinar quién ejerce el control, pudiendo recaer tal calificación en una persona natural (como Joaquín Ormeño en el Grupo Ormeño), en un conjunto de personas naturales (por ejemplo: la familia Wong en el Grupo Wong) o en una persona jurídica (tal como sucede con la *holding* Credicorp en el Grupo Credicorp).

III. EL GRUPO DE SOCIEDADES COMO UNA SOCIEDAD DE HECHO

Nuestro Derecho positivo legisla a la **sociedad de hecho** dentro de la categoría de **sociedad irregular**, lo que puede apreciarse en el artículo 423 ab initio de la LGS cuando sostiene:

Artículo 423. Causales de irregularidad.-

"Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme a esta ley o la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito".

Para empezar anotamos que, como resulta obvio, no habría ningún inconveniente para que una sociedad de hecho integre un grupo de sociedades. Al ser de hecho y no de derecho debe soportar los efectos de la irregularidad, previstos en el artículo 424 de la LGS: responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad, bien sea como socios, directores, gerentes, administradores, representantes, etc.

Empero el tema de mayor interés es otro: si el mismo grupo de sociedades podría ser visto como una sociedad de hecho. Esto merece abordarse con cautela. Por ejemplo: si el grupo de sociedades, que no es persona jurídica, celebra un contrato, entonces habría quien pueda argumentar que se trata no de un grupo integrado por varias sociedades, sino de una sociedad de hecho cuyos socios son esas sociedades supuestamente filiales. De ser así, los socios (en el ejemplo: personas jurídicas) asumirían una responsabilidad personal, solidaria e ilimitada.

(8) La LGS regula el control solo en los grupos de sociedades circulares que equivocadamente, denomina **control indirecto de acciones** y cuyo análisis reservamos para más adelante.

(9) Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, Resolución SBS N° 445-2000.

(10) Reglamento sobre Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, Resolución CONASEV N° 090-2005-EF/94.10.

consiguiéndose así de modo indirecto lo que hoy es imposible de manera directa, a tenor del artículo 1183 del Código Civil⁽¹¹⁾: imputar responsabilidad solidaria a las sociedades integrantes de un grupo, a menos que lo establezca la ley (**responsabilidad solidaria legal**) o el contrato (**responsabilidad solidaria contractual**)⁽¹²⁾.

Precisamente ese es el sustento (muchas veces, tácito) para quienes, a partir del **principio de primacía de la realidad** (aprehendido del Derecho Laboral por los comercialistas), establecen la siempre cuestionada responsabilidad solidaria en los grupos de sociedades. Citamos una reciente jurisprudencia chilena, expedida por la Cuarta Sala de la Corte Suprema con fecha 28 de septiembre de 2005, que bien grafica esta situación:

"En la especie, conforme a los hechos asentados en la causa, **ha de hacerse primar no solo el espíritu de la ley, sino también el principio de la realidad**(...) para reconocer aquello que son y no lo que las partes han querido que sean"⁽¹³⁾ (el resaltado es nuestro).

No obstante, ahí no termina la discusión. La práctica demuestra que, usualmente, se procura **extender** la responsabilidad, amparándose en todo tipo de cuestiones fácticas. Recordemos los análisis que hace algún tiempo realizamos sobre dos jurisprudencias: una argentina, emitida por la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial de fecha 29 de marzo del 2000, en torno al domicilio y al objeto; y, otra peruana, expedida por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao de fecha 3 de diciembre de 2001, concerniente a un contrato de suministro.

El caso argentino:

"La actora en la causa judicial *sub examine* ampara su pretensión en el hecho que las empresas Salud Oeste S.A. y A.S. Salud S.A. comparten el mismo domicilio social y, además, tienen igual objeto social. Sin embargo, dicha circunstancia no resulta siendo privativa de las empresas pertenecientes a un grupo empresarial, aun cuando constituyen indicios que deben tomarse en consideración. Al respecto, nos preguntamos: ¿acaso dos jóvenes abogados recién egresados de las aulas universitarias no podrían constituir cada cual su estudio jurídico y compartir un mismo local?, ¿el domicilio de ambas empresas no sería el mismo? y ¿en los dos casos el objeto social no sería la asesoría y la defensa legal?; sin embargo, no estamos ante dos empresas entre las cuales exista una vinculación empresarial subordinada, sino ante dos empresas totalmente independientes"⁽¹⁴⁾.

Y el caso peruano:

"En octubre de 1997, Canales Contratistas Generales Asociados celebró un

contrato de obra con Tele 2000 para el repintado de 1,800 cabinas telefónicas, las cuales fueron suministradas a esta última por la empresa Coldex, siendo el precio pactado de US\$ 110 por cada cabina repintada.

Durante la realización del referido trabajo, Canales Contratistas Generales Asociados empleó nuevas planchas y más material, por lo que el costo de cada cabina repintada ascendió a US\$ 180. Es así que interpone demanda de obligación de dar suma de dinero contra Coldex para que se le cancele la suma de US\$ 123,900 correspondiente a la diferencia de cotizaciones. (...).

En el caso *sub examine* donde intervinieron como actores, por un lado, Canales Contratistas Generales Asociados y, por otro lado, Tele 2000 y Coldex no se aprecia una situación de vinculación económica porque estas dos últimas empresas no conforman un grupo empresarial, ni tienen una relación matriz-sucursal, ni se han fusionado vía un proceso de reorganización societaria, ni han celebrado entre ellas contratos de colaboración empresarial. Por ende, no puede pretenderse extender los alcances del contrato que Tele 2000 celebró con Canales Contratistas Generales Asociados hacia Coldex; solo la primera es la responsable frente al contratista y la única que debe responder por la supuesta deuda impaga"⁽¹⁵⁾.

En conclusión, hay que analizar caso por caso. No puede imputarse responsabilidad solidaria cuando ella no deriva de la ley o del contrato como tampoco puede afirmarse tan ligeramente que existe una sociedad de hecho cuando quizás estemos ante un grupo de sociedades.

IV. EL INTERÉS GRUPAL VS. EL INTERÉS DE LAS SOCIEDADES FILIALES

El interés social es una institución tan tradicional y recurrente como abstracta, que así lo reconoce la doctrina. Sobre el particular, Carmen Galán López manifiesta:

"La cuestión de la definición del interés social es uno de los temas más debatidos en la doctrina que apunta la dificultad de precisar lo que no es sino un concepto jurídico indeterminado. Por ello las diversas construcciones se suceden desde planteamientos más clásicos constructivos hasta planteamientos más modernos que buscan la respuesta a partir de los datos de la concreta aplicación a la realidad social planteada"⁽¹⁶⁾ (el resaltado es nuestro).

Y Luis Velasco San Pedro explica las dos tendencias imperantes en torno al interés social:

"Algunos identifican el interés social con el interés común a todos los

socios, mientras que otros lo identifican con el interés de la empresa, en donde concurren no solo los intereses de los socios sino también el de otros sujetos, como el de los trabajadores"⁽¹⁷⁾.

Si ya es confuso el contenido del interés social, más complicado resulta aún su relación con el interés grupal (que también exige definirse) y que usualmente se torna conflictiva porque la satisfacción de este último (aspiración natural en el grupo de sociedades) implica sacrificar en no pocas ocasiones el interés de alguna o algunas sociedades filiales. Por cierto, es menester indicar que **filial y subsidiaria** son expresiones sinónimas, aunque ciertas legislaciones establezcan diferencias entre ellas, tal como sucede con el Código de Comercio de Colombia⁽¹⁸⁾ cuando prescribe:

Artículo 260. Subordinación.-

"Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de una u otras personas que serán su matriz o controlante, **bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria**" (el resaltado es nuestro).

Volviendo al conflicto expuesto, hay autores que defienden el denominado **principio de comunicación de responsabilidad**, en virtud del cual se establece la responsabilidad solidaria por el abuso del poder de control que perjudica el interés social de las filiales, aun cuando se satisfaga el interés grupal. Ello puede ser adecuado desde que, parafraseando el

(11) Código Civil, Decreto Legislativo N° 295.

(12) Artículo 1183. Presunción negativa de solidaridad. - "La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa".

(13) En: *Revista de Derecho de la Empresa* N° 4. Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez Santiago, octubre-diciembre 2005. Pág. 205.

(14) ECHAÍZ MORENO, Daniel. "Allanamiento de la personalidad jurídica y vinculación empresarial subordinada". En: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 7, N° 29. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, febrero de 2001. Pág. 97.

(15) ECHAÍZ MORENO, Daniel. "La responsabilidad derivada de las relaciones contractuales entre empresas". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 5, N° 30. Editora Normas Legales. Trujillo, agosto de 2003. Págs. XLIV, XLVIII y XLIX.

(16) GALÁN LÓPEZ, Carmen. "El aumento del capital por compensación de créditos". En: *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Editorial Civitas. Madrid, 1991. Pág. 459, nota 45.

(17) VELASCO SAN PEDRO, Luis. "El derecho de suscripción preferente". En: *Derecho de Sociedades Anónimas*. Tomo III, Volumen 1 - Modificación de Estatutos, Aumento y Reducción de Capital, Obligaciones. Editorial Civitas. Madrid, 1994. Pág. 559.

(18) Código de Comercio, Decreto N° 410.

artículo II del Título Preliminar del Código Civil, la ley ampara el uso del Derecho, pero no su abuso. Sin embargo, imputar responsabilidad solidaria es hoy en día el **deber ser** en los grupos de sociedades, mas no el **ser** porque el ya citado artículo 1183 del propio Código Civil la restringe a una existencia expresa (legal o contractual) y no tácita. Por estas consideraciones no compartimos la opinión de Henry Carhuatocto Sandoval cuando señala:

"Así, un grupo de empresas puede responder a una voluntad maestra que les dará cohesión y unidad, situación que puede traer prosperidad y bienestar a los miembros del grupo; sin embargo, **cuando producto del deficiente o mal uso de esta facultad de control se perjudica gravemente el interés social de un miembro, el controlante debe responder en forma solidaria por estos actos ante terceros, la sociedad controlada y los socios perjudicados**"⁽¹⁹⁾ (el resaltado es nuestro).

Nos preguntamos si podría adoptarse un acuerdo que satisfaga el interés grupal, pero que perjudique el interés de alguna o algunas sociedades filiales; este último es el interés social. Tal inquietud encuentra respuesta actualmente en el artículo 139 de la LGS donde se lee:

Artículo 139. Acuerdos impugnables.-

"Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o **lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad.** Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe" (el resaltado es nuestro).

Entonces, según la norma trascrita, si se adoptase un acuerdo que lesiona el interés social sería impugnabile, independientemente de que satisfaga o no el interés grupal. Discrepamos de esa previsión legal, la cual no es más que un rechazo subrepticio a la figura de los grupos de sociedades porque estos existen precisamente **para crecer como grupo y, por**

consiguiente, el interés colectivo debe prevalecer sobre los intereses individuales; si esto no se permite, como ocurre ahora, cualquier acuerdo adoptado en el seno de un grupo de sociedades estaría expuesto a su cuestionamiento vía impugnación. En ese orden de ideas, ya en el año 2000 propusimos, en nuestro **Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas**⁽²⁰⁾, modificar el artículo 139 de la LGS para que su texto sea como sigue:

Artículo 139. Acuerdos impugnables.-

"Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. **Tampoco procede la impugnación cuando la sociedad pertenece a un grupo de empresas constituido conforme a la ley de la materia y el acuerdo persigue la satisfacción del interés grupal.**

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe"⁽²¹⁾ (el resaltado es nuestro).

Este aporte fue tomado en cuenta por la **comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas**, que trabajó por mandato legal⁽²²⁾ entre enero y octubre del año 2000, siendo una de sus propuestas añadir la siguiente norma a la LGS:

Artículo 450. Preferencia de los intereses del grupo.-

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

En las sociedades parte de un contrato de grupo:

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

sociedad"⁽²³⁾ (el resaltado es nuestro).

Ninguno de estos anteproyectos legislativos ha recibido finalmente sanción legislativa, por lo que el tema sigue pendiente, pudiendo presentarse nuevas controversias como el **caso Romero-Raffo**⁽²⁴⁾ que, aunque se produjo con la legislación societaria actualmente derogada, aún resulta ilustrativo para el asunto examinado.

Sucede pues que **Fábrica de Tejidos San Cristóbal y Consorcio Peruano de Confecciones** (pertenecientes originalmente al **Grupo Raffo**) atravesaban una difícil situación económica. En ese sentido, **Inversiones Shapaja** (empresa integrante del **Grupo Romero-Raffo**, dedicada exclusivamente al negocio inmobiliario) se constituyó como fiadora solidaria ante los diversos acreedores de aquellas, procediendo a constituir hipotecas sobre varios inmuebles de su propiedad, con lo cual los afectó al pago de diferentes obligaciones.

Ante el inicio de una serie de acciones legales que tenían como propósito rematar las garantías otorgadas por **Inversiones Shapaja** y con la finalidad de evitar que los inmuebles afectados fueran vendidos a precios inferiores a su valor de mercado, la inmobiliaria dispuso entregar algunos de sus bienes como dación en pago, honrando así sus obligaciones ante los acreedores garantizados por ella.

En ese contexto, Carlos Raffo Dasso, accionista minoritario de **Inversiones Shapaja** y otros socios de esta, impugnaron judicialmente la adjudicación en pago efectuada por aquella, alegando -entre otras cuestiones- que la junta general extraordinaria de accionistas ha decidido ilegalmente disponer de los activos de la sociedad, sin ningún beneficio evidente para esta y con el solo ánimo de pagar deudas de terceras empresas, afectando gravemente el patrimonio social. La inmobiliaria contestó la demanda señalando que no puede hacerse referencia a

(19) CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. "La utilización fraudulenta de la persona jurídica". Jurista Editores. Lima, 2005. Pág. 168.

(20) El mencionado anteproyecto legislativo integró, como anexo, la tesis que elaboramos para optar el título de abogado en la Universidad de Lima. Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. "Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho Empresarial peruano (bases para una legislación integral)". Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, julio de 2000.

(21) ECHAIZ MORENO, Daniel. "Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas". En: *Revista Normas Legales*. Editora Normas Legales. Trujillo, octubre del 2000. Tomo 293. Págs. B-24 y B-25. Del mismo autor. "Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral". Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima. Lima, 2001. Pág. 157.

(22) Resolución Ministerial Nº 001-2000-JUS.

(23) Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas presentado ante el Ministerio de Justicia con fecha 10 de octubre de 2000.

(24) Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. "Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia". Forum Casa Editorial. Trujillo, 2005. Págs. 45 a 54.

empresas beneficiadas por el acuerdo de dación en pago cuando se está frente al cumplimiento de obligaciones, las cuales, en última instancia, han favorecido a todo el **Grupo Romero-Raffo**.

Otra vez, entonces, la tensión entre el interés grupal y el interés social de las filiales. Para superar la referida situación conflictiva, Jorge Silvio Sicoli comenta que hoy:

"(...) se ha dejado de lado el esquema de 'intereses contrapuestos' para sustituirlo por el de 'intereses convergentes'⁽²⁵⁾.

Es una aspiración que lamentablemente todavía no es una realidad. Se cumplirá cuando se entiendan las ventajas de los grupos de sociedades, donde ciertamente no deben existir intereses contrapuestos sino intereses convergentes; todo ello, a partir de la comprensión de la teoría de los grupos de interés (que convoca a los inversionistas mayoritarios y minoritarios, los trabajadores, los acreedores, los consumidores y usuarios, el Estado y la comunidad) dentro del contexto de aplicación de prácticas de *corporate governance*.

V. LA ACTUACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD CONTROLADA

Francesco Galgano explica este asunto así:

"La experiencia concreta demuestra variedades de situaciones: en un extremo se encuentran los administradores de las sociedades controladas dispuestos a ejecutar las directrices de los administradores de la *holding* y en otro extremo están aquellos rebeldes hacia cualquier directriz de sus superiores"⁽²⁶⁾.

De ahí que nos preguntáramos al inicio del presente informe si los administradores de una sociedad controlada siempre deberán acatar las decisiones de la sociedad controlante. El tratamiento legislativo a nivel internacional es disímil, lo que apreciaremos, a manera de ejemplo, en Italia y Colombia.

El Código Civil italiano dispone en su artículo 2479:

Artículo 2479.-

"Las decisiones de las sociedades dominadas e influenciadas por la actividad de direccionamiento y coordinación deben ser analíticamente sustentadas y contener indicaciones puntuales acerca de los motivos y los intereses que acompañan la valoración para la elección de la decisión".

Lo anterior, entonces, no obliga a que los administradores de la sociedad controlada deban acatar **ciegamente** las decisiones de la sociedad controlante; muy por el contrario, exige que sus decisiones sean fundamentadas de modo minucioso, en

uno u otro sentido, es decir, tanto si siguen las disposiciones de la matriz como si no lo hacen. Comentando la legislación italiana, el citado Francesco Galgano dice:

"La asamblea no puede imponer el deber de cumplir determinados actos de gestión; únicamente puede adoptar las deliberaciones específicas de su competencia (artículos 2364 a 2395), sin obstaculizar la administración de la sociedad que el nuevo artículo 2380 bis identifica como materia de 'exclusiva responsabilidad' de los administradores"⁽²⁷⁾ (el resaltado es nuestro).

En Colombia, la normativa de la materia diferencia entre los grupos de sociedades registrados de los no registrados, por lo que Juan Antonio Gaviria Gil explica:

"Si se trata de grupos de hecho, los administradores de una sociedad controlada determinada no pueden aceptar los lineamientos que dicta la controlante y que son perjudiciales para aquella, al no existir poder formal, con fundamento legal, para imponer las directrices vinculantes a las sociedades controladas.

(...) cuando existe una situación de control o de grupo empresarial inscrita en el Registro Mercantil se puede cambiar la forma de aplicar la regla anterior si, al existir unidad de propósito y dirección, se permite que la controlada tome decisiones que la pueden perjudicar o que sean benéficas para el grupo. En otras palabras, el perjuicio causado al patrimonio de la controlada es irrisarcible (sic) al no generar responsabilidad, en caso de que exista compensación en razón de las ventajas de pertenecer al grupo económico. Esta responsabilidad solo se generará cuando no se observen los límites establecidos al poder de dirección"⁽²⁸⁾ (el resaltado es nuestro).

Ahora bien, como en el Perú el tema de los grupos de sociedades no está legislado, solo cabría aplicar la LGS para cada sociedad, bien sea controlante o controlada. Siendo ello así, los administradores de la sociedad controlada no siempre deberán acatar las decisiones de la sociedad controlante, puesto que lo fundamental es que su actuación cautele el interés social, lo que se desprende *contrario sensu* del artículo 180 de la LGS aplicables a los administradores que tengan la condición de directores:

Artículo 180. Conflicto de intereses.-

"Los directores no pueden adoptar acuerdos que no cauteleen el interés social sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, ni usar en beneficio propio o de terceros relacionados las oportunidades comerciales o de negocios de que tuvieren

conocimiento en razón de su cargo. No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de esta.

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

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

Y para los administradores que se desempeñen como gerentes la regulación es similar, según informa el artículo 191 de la LGS:

Artículo 191. Responsabilidad solidaria con los directores.-

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

Hasta aquí lo que tenemos, en pocas palabras, es que los administradores de la sociedad controlada deben cautelear el interés social de esta. Pero la situación se torna complicada cuando el acuerdo que viola el interés social de la filial ha sido adoptado por la junta de socios, integrada quizás por socios comunes a las demás sociedades del grupo. Y la complejidad radica en que los administradores tienen la obligación de ejecutar los acuerdos de la junta de socios, de acuerdo a lo que se desprende de la regla contenida en el artículo 177 de la LGS:

Artículo 177. Responsabilidad.-

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

Es responsabilidad del directorio el incumplimiento de los acuerdos de

(25) SILVIO SICOLI, Jorge. "Alianzas entre empresas". En: *Código de Comercio y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2005. Tomo I. Pág. 915.

(26) GALGANO, Francesco. "Los grupos societarios". En: *Foro de Derecho Mercantil*. Editorial Legis. Bogotá, octubre-diciembre 2003. N° 1. Pág. 20.

(27) Op. cit. Pág. 17.

(28) GAVIRIA GIL, Juan Antonio. "Retos del derecho de grupos societarios en el siglo XXI". En: *Foro de Derecho Mercantil*. Editorial Legis. Bogotá, octubre-diciembre 2005. N° 9. Pág. 106.

la junta general, salvo que esta distinga algo distinto para determinados casos particulares.

Los directores, son asimismo, solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que estos hubieran cometido si, conociéndolos, no los denunciaren por escrito a la junta general" (el resaltado es nuestro).

Enrique Elías Laroza comenta la norma trascrita así:

"Es importante, en nuestra opinión, que la LGS haya señalado expresamente esta causal de responsabilidad. Es propio de la función de los directores la ejecución y cumplimiento de los acuerdos del órgano jerárquicamente superior, o sea la junta. **Cualquier daño o perjuicio que se cause a la sociedad, a los accionistas o a terceros por tal incumplimiento origina responsabilidad del directorio**"⁽²⁹⁾ (el resaltado es nuestro).

En efecto, atendiendo al texto de la LGS y al comentario sobre el particular realizado por Enrique Elías Laroza, el directorio es responsable si no cumple con ejecutar el acuerdo de la junta de socios y ese incumplimiento causa daño o perjuicio a la sociedad, a los socios o a los terceros. Sin embargo, eso no responde a la interrogante de qué sucede cuando el directorio no cumple con ejecutar el acuerdo de la junta de socios porque la ejecución de este acuerdo causaría daño o perjuicio a la sociedad, a los socios o a los terceros; por ejemplo al satisfacer el interés grupal en perjuicio del interés social de la filial. Apréciase que el daño o perjuicio no lo causa el directorio, sino más bien lo evita con el incumplimiento de su obligación. La legislación peruana no alcanza a este caso y creemos que, a tenor del citado artículo 180 de la LGS, la actuación de los administradores está constreñida a la satisfacción del interés social, lamentablemente ello ante la carencia de un reconocimiento legal de los grupos de sociedades en el Perú.

VI. EL SOCIO MINORITARIO ANTE LA CONFUSIÓN DE PATRIMONIOS

Pinkas Flint Blanck sostiene:

"Existe una diferencia cualitativa entre los grupos de poder económico y los grupos de interés. Los grupos de poder económico se definen en relación a su poder en la estructura económica de la sociedad mientras que los grupos de interés se definen en relación a la defensa de múltiples y variados intereses que se originan en la sociedad civil y se dirigen al Estado utilizando diversos canales, sean estos abiertos, cerrados, institucionales, no institucionales, formales, informales, públicos o privados"⁽³⁰⁾.

Y es que con el devenir del tiempo, la

teoría de los grupos de interés se ha desarrollado hasta comprender, efectivamente, múltiples y variados intereses, como ya los habíamos mencionado, desde los inversionistas tanto mayoritarios como minoritarios hasta los consumidores y usuarios, pasando por los trabajadores, los acreedores, el Estado y la comunidad. Cada uno de estos grupos tiene su propio interés, por lo que conviven diversos intereses como el control (inversionistas mayoritarios), la rentabilidad (inversionistas minoritarios), el trabajo (los trabajadores), el crédito (los acreedores), la recaudación fiscal (el Estado) y el ecosistema (la comunidad), entre otros.

De todos los grupos de interés abordemos ahora al inversionista o socio minoritario, cuya presencia es cada vez más importante dentro del escenario empresarial porque la suma de sus aportes —aparentemente reducidos— permite levantar grandes capitales. Este se interesa fundamentalmente por la rentabilidad de su inversión, más que por el control empresarial ya que sabe que, precisamente por su participación minoritaria, no ostenta ni ostentará tal control⁽³¹⁾. Uno de los problemas que afronta el socio minoritario es la **confusión de patrimonios** que Henry Carhuatocto Sandoval define en los siguientes términos:

"Se produce cuando el interés social es subyugado al interés personal. En estos casos el patrimonio de la persona jurídica es utilizado para fines personales, extrasociales o en interés del grupo de sociedades. Es así como se provoca una 'confusión' aparente de patrimonios, pues aunque la titularidad formal de los bienes puede estar claramente establecida, en la realidad 'quien hace y deshace' como si fuera el verdadero propietario es un sujeto distinto a su titular"⁽³²⁾.

Y más adelante, específicamente en torno a los grupos de sociedades, añade:

"Los controlantes internos o externos tienen el poder de utilizar los bienes de la sociedad como si fueran propios o en su caso del grupo de sociedades. De esta manera se puede usufructuar de los bienes sociales en perjuicio de la sociedad comercial"⁽³³⁾.

Actualmente el asunto es complejo puesto que, al carecerse de un reconocimiento legal de los grupos de sociedades, no se cuenta con los mecanismos adecuados a efectos de superar el problema planteado; en tal sentido, un socio minoritario estaría expuesto a la confusión de patrimonios sin poder alegar la responsabilidad solidaria de algunas o todas las sociedades filiales o de estas con la matriz, en virtud de lo estipulado en el artículo 1183 del Código Civil. Ni siquiera tendría la posibilidad de conocer la situación patrimonial del grupo en aplicación del **principio de reserva de la contabilidad** porque, en el Perú, no existe la obligación general de preparar ni presentar

estados financieros consolidados⁽³⁴⁾. Para superar este *impasse* suele proponerse que, ante la confusión de patrimonios en perjuicio del socio minoritario, debería imputarse la responsabilidad solidaria vía la aplicación de la **teoría del allanamiento de la personalidad jurídica** que, en buena cuenta, **comercializa el principio laboral de primacía de la realidad**, haciendo caso omiso a las previsiones legales que exigen el carácter expreso de dicha solidaridad; así, una jurisprudencia española de fecha 16 de julio de 1987 en el comentario de Henry Carhuatocto Sandoval:

"Se concluye estableciendo que quien gestiona la persona jurídica subordinada no puede ser considerado como un tercero ajeno a las relaciones jurídicas entabladas por aquella cuando se puede producir daño a terceros como resultado de la pretendida diferenciación, con lo que el Tribunal proclama la responsabilidad solidaria, **aun cuando no exista norma legal expresa**"⁽³⁵⁾ (el resaltado es nuestro).

Nosotros ya hemos propuesto la tipificación de la responsabilidad solidaria en los grupos de sociedades y no solo a favor de los socios minoritarios, sino de todo tipo de acreedores, lo que sintonizaría con la regulación del Código Civil. Tal planteamiento, así como la incorporación legislativa del allanamiento de la personalidad jurídica, constan en nuestro **Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas** en los artículos 31 y 4, respectivamente:

Artículo 31. Responsabilidad solidaria.-

"Son responsables solidarios por las obligaciones que una empresa integrante de grupo haya contraído, esta empresa y el sujeto dominante. No obstante, si el sujeto dominante es una persona jurídica y resulta ser la deudora se entenderá que son responsables solidarios dicho sujeto dominante y las demás empresas integrantes del grupo".

(29) ELÍAS LAROZA, Enrique "Derecho Societario peruano" Editora Normas Legales, Trujillo, 2001, Pág. 372.

(30) FLINT BLANCK, Pinkas "Grupos de Poder y Derecho en el Perú. El caso de las industrias harineras y oleaginosas" Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, Págs. 63 y 64.

(31) Esta situación quizás cambie si es que aumenta su cuota en el capital social o, aún manteniéndose como socio minoritario, si celebra con éxito un convenio parasocietario.

(32) CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry "La utilización fraudulenta de la persona jurídica", Op. cit. Pág. 150.

(33) Op. cit. Pág. 151.

(34) El artículo 223 de la LGS regula la preparación y la presentación de los estados financieros a nivel de cada sociedad, pero no en un grupo de sociedades. Los estados financieros consolidados solo se exigen de modo excepcional en los ámbitos financiero y bursátil ante la SBS y la CONASEV, respectivamente. Contablemente existe la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) N° 27 denominada Estados financieros consolidados y contabilización de inversiones en subsidiarias, aplicable a la materia.

(35) CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry Op. cit. Pág. 152.

Artículo 4. Allanamiento de la personalidad jurídica.-

"El juez, en caso de utilización indebida de la personalidad jurídica, puede allanarla y responsabilizar directa, personal, ilimitada y solidariamente a los titulares, administradores y representantes de la persona jurídica, sin perjuicio de las demás acciones legales si las hubiere.

Hay utilización indebida de la personalidad jurídica cuando a través de ella se pretende burlar la ley, quebrantar obligaciones o perjudicar fraudulentamente a terceros"⁽³⁶⁾.

VII. EL DERECHO DE SEPARACIÓN PARA EL SOCIO MINORITARIO DE UNA SOCIEDAD INTEGRANTE DE UN GRUPO DE SOCIEDADES

El derecho de separación o derecho de receso supone, para el socio, la posibilidad de retirarse de la sociedad por su propia voluntad (si el retiro sería impuesto estaríamos ante la **exclusión del socio**) y atendiendo a determinadas circunstancias (que configuran las causales). La LGS lo contempla en el artículo 200:

Artículo 200. Derecho de separación del accionista.-

"La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social;
2. El traslado del domicilio al extranjero;
3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y,
4. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

(...)"

La normativa peruana tiene la ventaja de no restringir las causales a una lista *numerus clausus* (cerrada), sino que, por el contrario, contiene una fórmula *numerus apertus* (abierta), la cual permite incorporar otras causales por vía legal o estatutaria. Esto es meritorio, por ejemplo, en comparación con la legislación colombiana⁽³⁷⁾, no obstante que esta desarrolla con detalle el concepto de "desmejora de los derechos patrimoniales de los socios". Véase su artículo 12:

Artículo 12. Ejercicio del derecho de retiro.-

"Cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de sus derechos patrimoniales, los socios ausentes o disidentes tendrán derecho a retirarse de la sociedad.

En las sociedades por acciones también procederá el ejercicio de este

derecho en los casos de cancelación voluntaria de la inscripción en el Registro Nacional de Valores o en Bolsa de Valores.

A efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se entenderá que existe desmejora de los derechos patrimoniales de los socios, entre otros, en los siguientes casos:

1. Cuando se disminuya el porcentaje de participación del socio en el capital de la sociedad.
2. Cuando se disminuya el valor patrimonial de la acción, cuota o parte de interés o se reduzca el valor nominal de la acción o cuota, siempre que en este caso se produzca una disminución de capital.
3. Cuando se limite o disminuya la negociabilidad de la acción".

El socio minoritario de una de las sociedades integrantes del grupo verá mermada sus expectativas, atendiendo a su propia participación minoritaria, aunque podría superar este problema si es que, aunado a otros socios minoritarios, celebra un convenio parasocietario; fuera de este supuesto sería pertinente que aquel socio contase con el derecho de separación. Hacemos, pues, nuestras las palabras de Juan Antonio Gaviria Gil:

"Se requiere el establecimiento de protecciones patrimoniales suficientes que le permitan al socio que no está conforme con la gestión del grupo separarse de la sociedad a la que pertenece (derecho de retiro o de receso), especialmente cuando este se encuentra en alguno de los países que siguen el modelo contractual. De esta manera se prefieren los mecanismos de protección ex post, antes que a los ex ante, con los cuales las minorías podrían bloquear decisiones de los socios controladores"⁽³⁸⁾ (el resaltado es nuestro).

Atendiendo al artículo 200 de la LGS, no existirá inconveniente alguno para pactar en el estatuto social que los socios tendrán derecho de separación cuando la sociedad se integre a un grupo de sociedades. Mejor aún si es que, de contarse con una legislación sobre la materia, se contemplase expresamente lo que hemos propuesto desde el año 2000 en nuestro ya referido **Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas**, en cuyo artículo 23 se lee:

Artículo 23. Derecho de separación.-

"El derecho de separación será ejercido en cualquier momento por el inversionista minoritario, mediante carta notarial entregada a la sociedad en la cual es titular. Rigen, en lo que no se opongan a lo dispuesto en esta ley, las reglas contenidas en el artículo 200 de la LGS"⁽³⁹⁾.

Este aporte también fue considerado por la **Comisión encargada de elaborar el**

Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, siendo una de sus propuestas añadir la siguiente norma a la LGS:

Artículo 453. Derecho de separación.-

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

VIII. LA POLÍTICA UNITARIA EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES CIRCULARES

El artículo 105 de la LGS, citado ab-initio, consagra lo que denomina **control indirecto de acciones**, aunque el nombre es incorrecto porque, atendiendo a una interpretación literal del articulado, no estamos ante el control indirecto (que se da cuando, por ejemplo, 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 la sociedad B controla a la sociedad A), cuya nota característica es configurar un grupo de sociedades circular, situación que parece haber sido advertida durante los debates de la **Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades**, ya que en la sesión de fecha 26 de marzo de 1997 (y a raíz del **Anteproyecto** publicado a inicios de aquel mes, cuyo artículo 105 es idéntico al actual⁽⁴⁰⁾) se acordó:

"Revisar la redacción del artículo 105, a fin de esclarecer el concepto del control indirecto de acciones"⁽⁴¹⁾ (el resaltado es nuestro).

Sin embargo, la norma se mantuvo tal cual en los tres siguientes **proyectos**⁽⁴²⁾ y, finalmente, en la propia LGS.

(36) ECHAÍZ MORENO, Daniel. "Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral". Pág. 155.

(37) Ley Nº 222.

(38) GAVIRIA GIL, Juan Antonio. "Retos del derecho de grupos societarios en el siglo XXI". Op. cit. Pág. 96.

(39) ECHAÍZ MORENO, Daniel. "Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas". Pág. B-19. Del mismo autor: "Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral". Pág. 154.

(40) Cfr. Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, elaborado por la Comisión Redactora y publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de marzo de 1997.

(41) "Acta de la sesión de la Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades". En: *Memoria Ley General de Sociedades 1997*. Congreso de la República. Lima, junio de 1998. Pág. 47 *in fine*.

(42) Cfr. Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora y publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de mayo de 1997; Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora y publicado en el diario oficial El Peruano el 3 de octubre de 1997; y Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora y publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de octubre de 1997.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que la norma legal trascrita permite la existencia de grupos de sociedades circulares, a pesar que ellos, también conocidos como **grupos con participaciones recíprocas o imbricación**, están proscritos en la mayor parte de la legislación extranjera; así, véase la Ley de Sociedades Anónimas de Chile⁽⁴³⁾:

Artículo 88.-

"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, ni aun en forma indirecta a través de otras personas naturales y jurídicas.

La participación recíproca que ocurra en virtud de incorporación, fusión, división o adquisición del control por una sociedad anónima deberá constar en las respectivas memorias y terminar en el plazo de un año desde que el evento ocurra.

Esta prohibición también regirá aun cuando la matriz o la coligante, en su caso, no fuere una sociedad anónima, siempre que sí lo sea a menos una de sus filiales o coligadas. Para estos efectos y para los del artículo siguiente se aplicarán los conceptos precisados en los artículos 86 y 87 de esta ley" (el resaltado es nuestro).

Igual acontece en Argentina, donde su Ley de Sociedades Comerciales⁽⁴⁴⁾ establece:

Artículo 32.-

"Es nula la constitución de sociedades o el aumento de su capital mediante participaciones recíprocas, aun por persona interpuesta. La infracción a esta prohibición hará responsable en forma ilimitada y solidaria a los fundadores, administradores, directores y síndicos. Dentro del término de tres meses deberá procederse a la reducción del capital indebidamente integrado, quedando la sociedad en caso contrario, disuelta de pleno derecho.

Tampoco puede una sociedad controlada participar en la controlante ni en sociedad controlada por esta por un monto superior, según balance, ni de sus reservas, excluida la legal.

Las partes de interés, cuotas o acciones que excedan los límites fijados deberán ser enajenadas dentro de los seis meses siguientes a la fecha de aprobación del balance del que resulte la infracción. El incumplimiento será sancionado conforme al artículo 31" (el resaltado es nuestro).

Ya hemos expresado nuestro rechazo a los grupos de sociedades circulares porque en estos el capital social se vuelve algo ficticio al circular —valga la redundancia— dentro de un camino iterativo de

nunca acabar⁽⁴⁵⁾, sin poder determinarse cuál es la sociedad controlante y cuál es la sociedad controlada (puesto que todas las sociedades integrantes del grupo son controlantes y controladas, a la vez), lo que redundará, finalmente, en la imposibilidad de descifrar el interés grupal⁽⁴⁶⁾.

Sin embargo, es menester precisar que, en la experiencia comparada y a efectos de superar las vicisitudes que plantean los grupos de sociedades circulares, pero con el ánimo de no prohibirlos totalmente, se proponen algunas alternativas que Juan Antonio Gaviria Gil sintetiza así:

"a) El acto jurídico en el que la controlante compra acciones de la controlada se considera como una readquisición de acciones propias. Además, se le prohíbe a esta el ejercicio del derecho de voto en las asambleas de aquella. b) Se sanciona la venta forzada de las participaciones recíprocas. c) Se admiten ciertos márgenes, lo que significa que la imbricación solo se prohíbe cuando las participaciones mutuas superen un determinado umbral que, generalmente, se ubica entre el 10% y el 20%"⁽⁴⁷⁾.

IX. LA CELEBRACIÓN Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO DE DOMINACIÓN GRUPAL

Como señalamos en líneas anteriores, diversos vínculos sustentan la estructura interna del grupo de sociedades, siendo los más comunes mecanismos de control: el accionario (tenencia de acciones), el administrativo (administradores comunes) y el contractual (contratos que subordinen). En este último supuesto hay que distinguir los contratos que indirecta o tácitamente conllevan la subordinación (como el *franchising*) de aquellos que lo causan de modo directo, atendiendo a su propia naturaleza, en tanto existen para establecer ese esquema de subordinación; dentro de esta segunda categoría tenemos el contrato de dominación grupal, el cual, aunque sea desconocido en el Perú, no lo es en la experiencia internacional, puesto que ya se encuentra regulado hace varias décadas en algunos países como Alemania, Francia y México con las denominaciones de **contrato de dominación, contrato de afiliación y convenio de responsabilidades**, respectivamente, tal como puede apreciarse en la Ley de Sociedades Anónimas (Alemania, 1965), la Ley de Sociedades Comerciales (Francia, 1966) y la Ley para regular las Agrupaciones Financieras (México, 1991).

La legislación peruana no se pronuncia en torno al contrato de dominación grupal, por lo que este tiene la condición de atípico. Siendo así corresponde preguntarse si en el Perú es posible celebrar dicho contrato, a pesar de no encontrarse normado. La respuesta es afirmativa

en estricta aplicación del **principio de atipicidad contractual**.

Éste significa que los efectos jurídicos de un contrato se producen independientemente de que la normativa lo haya o no reconocido. Parafraseando el artículo 1361 del Código Civil diremos que basta que estemos ante "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial", a efectos de que exista un contrato. No interesa si está desarrollado íntegramente en una norma general (como el contrato de comodato en el Código Civil), si está desarrollado íntegramente en una norma específica (como el contrato de leasing en la Ley de Arrendamiento Financiero⁽⁴⁸⁾), si está desarrollado parcialmente (como el contrato de consorcio en la Ley General de Sociedades), si está desarrollado con remisión a norma general (como el contrato de hospedaje en el Código Civil, cuyo artículo 1714 remite a **las normas reglamentarias**), si está desarrollado en una norma sectorial (como el contrato de factoring en el Reglamento de factoring, descuento y empresas de factoring⁽⁴⁹⁾, expedido por la SBS), si está mencionado de modo tácito (como el contrato de coexistencia marcaría en el artículo 158 de la Ley de Propiedad Industrial⁽⁵⁰⁾), si está mencionado con remisión a norma específica (como el contrato de permuta en el Código Civil, cuyo artículo 1603 remite a **las disposiciones sobre compraventa**), si está mencionado con remisión tácita a la misma norma (como el contrato de lease-back en el artículo 27 de la Ley de Arrendamiento Financiero) o **si no existe** para la legislación (como el contrato de dominación grupal). Aquí radica el sentido del artículo 1353 del Código Civil:

Artículo 1353. Sometimiento a las reglas generales sobre contratos.-

"Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato" (el resaltado es nuestro).

(43) Ley de Sociedades Anónimas, Ley N° 18046.

(44) Ley de Sociedades Comerciales, Ley N° 19550.

(45) Siendo que el capital social cumple primordialmente una función de garantía, entonces cualquier alteración que lo afecte pone en riesgo los intereses que el Derecho tiende a proteger.

(46) Cfr. ECHAÍZ MORENO, Daniel. "Los grupos de empresas y sus implicancias en el Derecho Societario". En: *Revista Cathedra*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, diciembre de 2000. Año IV. N° 7. Págs. 105 a 115.

(47) GAVIRIA GIL, Juan Antonio. Op. cit. Pág. 99.

(48) Ley de Arrendamiento Financiero, Decreto Legislativo N° 299.

(49) Reglamento de Factoring, Descuento y Empresas de Factoring, Resolución SBS N° 1021-98.

(50) Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo N° 823.

La norma trascriba comprende a **todos los contratos de derecho privado** dentro de los cuales deben contemplarse a los contratos atípicos (que, finalmente, **son contratos**), subrayándose que también comprende a los contratos innominados, es decir, aquellos que carecen de *nomen iuris*⁽⁵¹⁾.

Empero, además de determinar si en el Perú es posible la celebración del contrato de dominación grupal, cuya respuesta no reviste mayor complejidad, es menester pronunciarse sobre el contenido de dicho contrato respecto a si podría incluirse una cláusula contractual en virtud de la cual las sociedades integrantes del grupo pacten que en este prevalecerá el interés grupal sobre cada uno de los correspondientes intereses sociales. Esto nos lleva al **principio de libertad contractual**.

El referido principio supone la posibilidad que tienen las partes para determinar el contenido del contrato, estando consagrado en el artículo 1354 del Código Civil en los siguientes términos:

Artículo 1354. Libertad contractual.-

"Las partes podrán determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo" (el resaltado es nuestro).

Comentando este dispositivo jurídico, Walter Gutiérrez Camacho anota:

"Lo acordado por las partes hace el contenido del contrato, determinando los derechos y obligaciones que dimanen de tal acuerdo; se trata de la *lex contractus* que se completa con el ordenamiento jurídico...

(...).

Así, en el ejercicio de la libertad contractual, las partes se convierten en legisladores de sus reglas contractuales, modificando si así lo disponen la regulación dispositiva de la ley, alterando los tipos (contratos mixtos o complejos), regulando otros no previstos (contratos innominados) o combinando los existentes"⁽⁵²⁾ (el resaltado es nuestro).

Claro está que el **principio de libertad contractual sub examine** no supone una libertad irrestricta, sino que por el contrario está delimitada. Al respecto, Max Arias-Schreiber Pezet reflexiona:

"Un problema que puede tener suma importancia para la validez del futuro contrato es el que concierne a toda estipulación que de algún modo contraría normas imperativas, llamadas también cogentes, que sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres. Si bien, en términos generales en nuestra legislación, la libertad contractual es la regla, es igualmente cierto que ella tiene sus limitaciones y que al no advertirlas se corre

el riesgo de la nulidad del futuro contrato"⁽⁵³⁾.

Y es que, en efecto, por un lado, el ya citado artículo 1354 del Código Civil prescribe que el contenido del contrato no puede ser "contrario a norma legal de carácter imperativo" y, por otro lado, en tanto el contrato es un acto jurídico, también habrá de tenerse en cuenta el artículo V del Título Preliminar del mismo texto legal cuando dice:

Artículo V. Orden público y buenas costumbres.-

"Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres"⁽⁵⁴⁾.

Bajo este orden de ideas, el contrato de dominación grupal podrá contener todo pacto lícito que no viole normas legales imperativas ni buenas costumbres. Entonces, repetimos la pregunta que nos formulamos en líneas anteriores: ¿podría incluirse una cláusula contractual en virtud de la cual las sociedades integrantes del grupo pacten que en este prevalecerá el interés grupal sobre cada uno de los correspondientes intereses sociales?

La respuesta a esta inquietud requiere que, previamente, nos pronunciemos respecto a la condición jurídica del contrato de dominación grupal o, para ser más específico, si califica o no como un convenio parasocietario, institución que se encuentra tácitamente recogida en el artículo 8 de la LGS, lo cual abordaremos en el siguiente acápite.

X. LA ASIMILACIÓN DEL CONTRATO DE DOMINACIÓN GRUPAL AL CONVENIO PARASOCIETARIO

Una de las innovaciones de la LGS es la inclusión en su texto de lo que denomina como **convenios entre socios o entre estos y terceros** y que, en el Derecho comparado, se conocen como **pactos parasocietarios, acuerdos parasociales** o, más comúnmente, **convenios parasocietarios**. El artículo 8 de la LGS dispone:

Artículo 8. Convenios entre socios o entre estos y terceros.-

"Son válidos ante la sociedad y le son exigibles en todo cuanto le sea concerniente, los convenios entre socios o entre estos y terceros, a partir del momento en que le sean debidamente comunicados.

Si hubiera contradicción entre alguna estipulación de dichos convenios y el pacto social o el estatuto, prevalecerán estos últimos, sin perjuicio de la relación que pudiera establecer el convenio entre quienes lo celebraron".

Somos de la opinión que el contrato de dominación grupal es asimilable al convenio parasocietario porque es un acto jurídico que establece una relación contractual entre **socios** (los socios de la

sociedad integrante del grupo) y **terceros** (los socios de las otras sociedades integrantes del grupo). La norma trascriba se pronuncia respecto al caso en que existiese contradicción entre una cláusula del convenio parasocietario (y, por ende, del contrato de dominación grupal) y una cláusula del pacto social o del estatuto social, optando por la prevalencia de esta última, pero no se manifiesta en torno a qué sucedería si la contradicción se presenta entre una cláusula del referido convenio parasocietario y una norma legal. Hay quienes sostendrán que este silencio del legislador es entendible porque en el conflicto entre el contrato y la ley ganará la ley; sin embargo, esto no siempre es así, ya que habrá que determinar la naturaleza de la norma legal en cuestión, pudiendo ser de **carácter imperativo** (la que prevalecerá sobre el acuerdo) o de **carácter dispositivo** (cuya aplicación es supletoria a la voluntad de las partes). Así lo explica Manuel De la Puente y Lavalle:

"Son normas legales (leyes en sentido lato) imperativas aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto. **La característica, pues, de las leyes imperativas es que no admiten derogación por parte de los particulares,** de tal manera que entre inderogabilidad e imperatividad de la norma existe una relación de identidad y no de mera derivación lógica.

(...).

Normas legales dispositivas son las que tienen carácter supletorio de la

(51) Tradicionalmente, el Derecho conoce aquí cuatro casos que se identifican con las expresiones: **doy para que hagas, hago para que des, doy para que des y hago para que hagas**. Sin embargo, esas variantes contractuales no son hoy en día necesariamente innominadas, puesto que sobre ellas se han construido, por ejemplo, el contrato de obra (**doy para que hagas**), el contrato de locación de servicios (**hago para que des**) y el contrato de compraventa (**doy para que des**); siendo así, solo restaría la modalidad **hago para que hagas**.

(52) GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Artículo 1354, la libertad de contratación". En: *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo VII - Contratos en general. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, noviembre de 2004. Pág. 50.

(53) ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "La técnica contractual y sus modelos contractuales". Tomo I. Gaceta Jurídica Editores. Lima, enero de 1999. Pág. 50.

(54) Aun cuando el transcrito artículo V del Título Preliminar del Código Civil ha sido materia de ardua crítica por diversos autores como Marcial Rubio Correa, en tanto no dice que es nulo el acto jurídico contrario al orden público o a las buenas costumbres, sino que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Esto significa que el orden público y las buenas costumbres deben estar recogidos en leyes para que el acto jurídico que las contraviene sea nulo, pero sucede que -por ejemplo- las buenas costumbres no están recogidas usualmente en normas de carácter positivo. Cfr. RUIZ-ELDREDGE, Alberto. "Orden público". En: *Gaceta Jurídica*. Tomo 44. Gaceta Jurídica Editores. Lima, julio de 1997. Págs. 51-C a 55-C.

voluntad de las partes contratantes, en el sentido que son aplicables en ausencia o para integrar las lagunas de la manifestación de voluntad. En realidad, las normas legales dispositivas solo son ineficaces si existe pacto (expreso o tácito) en contrario o en sentido distinto⁽⁵⁵⁾ (el resaltado es nuestro).

Si en el contrato de dominación grupal se establece que prevalecerá el interés grupal sobre cada uno de los correspondientes intereses sociales, ello generaría un conflicto entre dicha cláusula contractual y el ya citado artículo 139 de la LGS, puesto que este prescribe que es impugnabile judicialmente el acuerdo de la junta de socios cuyo contenido lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Por consiguiente, el quid del asunto está en determinar si este artículo 139 de la LGS es una norma legal de carácter imperativo o dispositivo. Si nos atenemos a una interpretación literal de la norma sub examine pareciese que fuese dispositiva porque su texto empieza con la expresión **pueden ser impugnados**; no dice **serán impugnados**. No obstante, la redacción es engañosa (por no decir, errada) y ello se aprecia cuando más adelante estipula que los acuerdos que incurrir en causal de anulabilidad prevista en la ley o en el Código Civil **también serán impugnables**. Estamos, entonces, ante una norma de carácter imperativo que, como bien señala, solo admite dos excepciones: primera, cuando el acuerdo haya sido revocado (anulado) y, segunda, cuando el acuerdo haya sido sustituido (reemplazado) por otro conforme a la ley, al pacto social o al estatuto social. Es imperativo el dispositivo legal, claro está, cuando resulte aplicable, es decir, cuando se ejerza el derecho de impugnación por quienes están legitimados, a tenor del artículo 140 de la LGS.

Con todo esto creemos que, de acuerdo con la legislación societaria vigente, no debería (aunque sí podría) incluirse en el contrato de dominación grupal una cláusula que disponga la prevalencia del interés grupal sobre el interés de las sociedades integrantes del grupo. Y es que si procuramos reducir los costos de transacción no tendría sentido pactar una cláusula contractual cuando posteriormente el acuerdo de la junta de socios que aprobase el contrato de dominación grupal donde se plasma aquella cláusula sea pasible de impugnación⁽⁵⁶⁾. Por ello, hace varios años proponemos la modificación del artículo 139 de la LGS, como lo anotamos en líneas anteriores⁽⁵⁷⁾.

XI. LA LEGITIMIDAD EN UN GRUPO DE SOCIEDADES PARA ADOPTAR UNA DENOMINACIÓN O RAZÓN SOCIAL IGUAL O SEMEJANTE

El artículo 9 de la LGS contempla lo siguiente:

Artículo 9. Denominación o razón social.-

"La sociedad tiene una denominación o una razón social, según corresponda a su forma societaria. En el primer caso puede utilizar, además, un nombre abreviado.

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente, salvo cuando se demuestre legitimidad para ello.

Esta prohibición no tiene en cuenta la forma social.

No se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social que contenga nombres de organismos o instituciones públicas o signos distintivos protegidos por derecho de propiedad industrial o elementos protegidos por derechos de autor, salvo que se demuestre estar legitimado para ello.

El Registro no inscribe a la sociedad que adopta una denominación completa o abreviada o una razón social igual a la de otra sociedad preexistente. En los demás casos previstos en los párrafos anteriores los afectados tienen derecho a demandar la modificación de la denominación o razón social por el proceso sumarísimo ante el juez del domicilio de la sociedad que haya infringido la prohibición.

La razón social puede conservar el nombre del socio separado o fallecido, si el socio separado o los sucesores del socio fallecido consienten en ello. En este último caso, la razón social debe indicar esta circunstancia. Los que no perteneciendo a la sociedad consienten la inclusión de su nombre en la razón social quedan sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal si a ello hubiere lugar" (el resaltado es nuestro).

La norma transcrita establece una prohibición que ahora nos interesa y según la cual no se puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente. Constituye, pues, una mejor regulación de lo que ya existía en la anterior LGS⁽⁵⁸⁾, puesto que en su artículo 71 se le restringía: primero, a la sociedad anónima; segundo, a la denominación social; y, tercero, a la igualdad. Ahora, por el contrario, se le aborda: primero, dentro de las **reglas aplicables a todas las sociedades**; segundo, para la denominación social completa, la denominación social abreviada y la razón social; y, tercero, para la igualdad y la semejanza. Empero, esta prohibición no es absoluta, sino que admite una excepción: cuando se demuestre legitimidad para adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o semejante a la de otra sociedad preexistente;

en pocas palabras: cuando se demuestre legitimidad para hacer caso omiso a la prohibición. Siendo ello así, como efectivamente lo es, resulta indispensable saber cuándo se está legitimado, pero es ahí donde radica el problema porque la LGS no se pronuncia sobre el particular; solo se limita a expresar aquella circunstancia y seguidamente guarda silencio.

Por nuestra parte, encontramos cuando menos dos supuestos de legitimidad, siendo uno de ellos el correspondiente a los grupos de sociedades⁽⁵⁹⁾. Veamos: en los grupos de sociedades existe autonomía jurídica, pero no autonomía empresarial puesto que, precisamente, hay una estructura corporativa grupal que se rige por la aplicación del **principio del interés grupal**; en ese sentido, sería perfectamente dable que las subsidiarias de un grupo de sociedades compartan una misma palabra en su denominación social que las identifique como pertenecientes a ese grupo, tal como efectivamente acontece en la realidad, sino basta apreciar al **Grupo Cosapi**, en el cual pueden encontrarse subsidiarias como **Cosapi Data** (soluciones en sistemas de información), **Cosapi Soft** (desarrollo de sistemas de información) y **Cosapi Chile** (construcción), además de la **holding Cosapi Organización Empresarial**⁽⁶⁰⁾; igual sucede con el **Grupo Telefónica** donde se aprecian a sociedades como **Telefónica Cable** (televisión por cable), **Telefónica Comunicaciones Personales** (comunicación celular), **Telefónica Consultora de Proyectos** (valor añadido y teleasistencia), **Telefónica Consultora y Servicios** (outsourcing administrativo y de redes) y **Telefónica Finance Limited** (financiera)⁽⁶¹⁾. En estos y otros casos, conforme a la previsión general de la norma anteriormente citada, no sería posible la coexistencia registral de dichas denominaciones sociales, pero según la excepción ahí contenida sí existiría legitimidad por la titularidad común dentro del grupo de sociedades.

(55) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "Artículo 2, Libertad de contratar". En: *La Constitución Comentada*. Tomo I. Editorial Gaceta Jurídica y Congreso de la República del Perú. Lima, febrero de 2006. Primera reimpression. Pág. 164.

(56) En su exégesis al artículo 139 de la LGS, Enrique Elías Laroza comenta: "Consideramos que el derecho de impugnación del accionista es un derecho subjetivo, propio del accionista en su calidad de tal (...)". ELÍAS LAROZA, Enrique. Op. cit. Pág. 306.

(57) Cfr. acápite 4.

(58) Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades, Decreto Supremo N° 003-85-JUS.

(59) El otro caso sería la homonimia. Cfr. ECHAÍZ MORENO, Daniel. "Propuestas para una reforma de la legislación societaria en el Perú". En: *Revista Actualidad Jurídica*. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, junio de 2005, Tomo 139, Pág. 264.

(60) Portal de Cosapi. En: <http://www.cosapi.com.pe>

(61) Portal de Telefónica. En: <http://www.telefonica.es/quienes/05/index.html>

XII. EL CANJE DE ACCIONES CUANDO SE HA PACTADO LA PROHIBICIÓN TEMPORAL DE TRANSFERIR LAS ACCIONES

Durante la década del setenta se elaboró en Francia una **Propuesta de Ley sobre los Grupos de Sociedades y Protección de Accionistas y del Personal**, más conocida como el **Proyecto Cousté**⁽⁶²⁾. En este documento se recoge la figura del **canje de acciones** en los grupos de sociedades piramidales, lo cual implica la transferencia que el socio minoritario de una sociedad de tercer nivel efectúa de sus acciones al socio que posea participación mayoritaria en esa sociedad, a cambio de que aquel se convierta en socio de la sociedad controlante de primer nivel. Ejemplificando lo dicho, tenemos que la sociedad A controla a la sociedad B y esta controla a la sociedad C. Los socios de A son D y E con 70% y 30% de participación, respectivamente, mientras que los socios de C son B, F y G con 40%, 40% y 20% de participación, respectivamente. Este último (el socio G), en calidad de socio minoritario de una sociedad de tercer nivel (la sociedad C), transfiere su participación del 20% a B, quien ahora será el socio mayoritario en la sociedad de segundo nivel (la sociedad B) con el 60%, a cambio de que aquel (el socio G) se convierta en socio de la sociedad de primer nivel (la sociedad A) junto a D y E (quienes reducirán su participación original).

Una versión mucho más simplificada que la anterior se ha presentado posteriormente en diversos negocios, muchos de ellos de gran envergadura, siendo particularmente interesante el **caso Bavaria** que se ha dado en dos importantes ocasiones: la primera, en el año 1969, cuando la familia colombiana Santo Domingo saltó de **Cervecería Águila** (una compañía local en Barranquilla) a la **Cervecería Bavaria** (una gran sociedad con más de 100 mil socios); y, la segunda, en el año 2002, cuando la misma familia Santo Domingo hizo lo propio desde **Cervecería Bavaria** hasta la multinacional **SAB Miller** (la segunda cervecera en el mundo). En todos estos casos hay grupos de sociedades involucrados: el **Grupo Santo Domingo**, el **Grupo Bavaria** y el **Grupo SAB Miller**.

Respecto a la primera operación, en la literatura especializada se ha escrito:

"Le pedí la opinión sobre la conquista de los Santo Domingo a un ex directivo de Bavaria de la época y me respondió: 'Yo no diría que fue un negocio leonino para Bavaria, no creo, yo lo que sí creo es que fue un negocio mal concebido por parte de Alberto Samper [presidente de Bavaria] en el sentido de que él pudo comprar emitiendo unas acciones y vendiéndoselas al público y no haber comprado Águila con acciones de Bavaria. Es

decir, le dio la oportunidad a Santo Domingo de ser el accionista más grande de Bavaria cuando aquello era una sociedad abierta (...).

Hasta el momento en que se concretó la venta de Águila, Bavaria no tenía ni un solo socio con más del 3% de las acciones. De un golpe, los Santo Domingo ingresaron en la sociedad anónima con el 12%''⁽⁶³⁾ (el resaltado es nuestro).

Y en cuanto a la segunda operación:

"Luego de meses de rumores y especulaciones, la **cervecería colombiana Bavaria**, la segunda mayor de Sudamérica y fundada en 1889, ha sido adquirida por la **sudafricana SAB Miller** en la mayor transacción de la historia del país sudamericano. Se trata de una **fusión por absorción**⁽⁶⁴⁾ en la cual la **multinacional sudafricana con sede en Londres obtendrá el 71.8% de las acciones de Bavaria, propiedad de la familia Santo Domingo** (dueña de Caracol Televisión y, hasta hace poco, de Avianca) **que, a su vez, recibirá 225 millones de acciones ordinarias de SAB Miller, lo que equivale al 15.1% de la compañía.** SAB Miller pagará cerca de 7,800 millones de dólares''⁽⁶⁵⁾ (el resaltado es nuestro).

Lo cierto es que, como puede apreciarse, el canje accionario en los grupos de sociedades es una modalidad frecuentemente utilizada. No obstante, existe una previsión legal que merece traerse a colación:

Artículo 101. Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones.-

"Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar.

Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad. Las limitaciones se anotarán en la matrícula de acciones y en el respectivo certificado.

Cuando así lo establezca el pacto social o el estatuto o lo convenga el titular de las acciones correspondientes es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o de otra manera afectar las acciones.

Igualmente es válida la prohibición temporal de transferir, gravar o afectar acciones, adoptada mediante acuerdo de la junta general, en cuyo caso solo alcanza a las acciones de quienes han votado a favor del acuerdo, debiendo en el mismo acto

separarse dichas acciones en una o más clases, sin que rijan en este caso los requisitos de la ley o del estatuto para la modificación del estatuto.

La prohibición debe ser por plazo determinado o determinable y no podrá exceder de diez años prorrogables antes del vencimiento por periodos no mayores. Los términos y condiciones de la prohibición temporal deben ser anotados en la matrícula de acciones y en los certificados, anotaciones en cuenta o en el documento que evidencie la titularidad de la respectiva acción" (el resaltado es nuestro).

A partir de esto nos preguntamos si podrán canjearse las acciones de la sociedad controlada por acciones de la sociedad controlante cuando se ha pactado estatutariamente la prohibición temporal de transferir las acciones. Habrá que considerar, entonces, si el canje de acciones implica su transferencia. Encontramos dos supuestos: primero, el **canje propio** cuando solo se canjean acciones; y, segundo, el **canje impropio** cuando se canjean acciones y, además, se paga en dinero.

En el primer caso estamos ante un contrato de permuta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil:

Artículo 1602. Concepto.-

"Por la permuta los permutantes se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes".

Y el artículo 1603 del mismo texto legal prescribe:

Artículo 1603. Remisión.-

"La permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que se le sean aplicables" (el resaltado es nuestro).

Para el segundo caso, debemos recurrir al artículo 1531 del Código Civil donde se lee:

Artículo 1531. Efectos de la fijación heterogénea del precio.-

"Si el precio de una transferencia se fija parte en dinero y parte en otro bien se calificará el contrato de acuerdo con la intención manifiesta de los contratantes, independientemente de la denominación que se le dé.

(62) Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. "Problemas actuales del Derecho de Sociedades: Proyecto de Ley Cousté sobre grupos de sociedades en Francia". En: *Revista de Derecho Mercantil* Nº 124. Madrid, 1972. Págs. 221 y sgtes.

(63) REYES, Gerardo. "Don Julio Mario. Biografía no autorizada del hombre más poderoso de Colombia". Segunda edición. Ediciones B Colombia. Bogotá, abril de 2004. Págs. 92 y 93.

(64) Discrepamos de esta aseveración porque, de ser así, Bavaria se hubiese extinguido. Se trata, más bien, de la adquisición de una empresa.

(65) "Bavaria ha sido adquirida por SAB Miller". En: Portal Wikinoticias. http://es.wikinews.org/wiki/Bavaria_ha_sido_adquirida_por_SABMiller

Si no consta la intención de las partes, el contrato es de permuta cuando el valor del bien es igual o excede al del dinero; y de compraventa, si es menor" (el resaltado es nuestro).

Por lo tanto, en cualquiera de los dos supuestos concluiremos en la normativa aplicable al contrato de compraventa porque: primero, si es **canje propio** donde solo se canjean acciones, eso es un contrato de permuta que se rige por las disposiciones del **contrato de compraventa**; segundo, si es **canje impropio** en el que se canjean acciones y además se paga dinero, siendo que el valor de las acciones es igual o mayor al valor del dinero, eso constituye un contrato de permuta que, como se anotó, se rige por las disposiciones del **contrato de compraventa**; y, tercero, si es **canje impropio** donde el valor de las acciones es menor al valor del dinero, eso califica como un **contrato de compraventa**. Y para el reiterado contrato de compraventa, la norma matriz dispone:

Artículo 1529. Concepto.-

"Por la compraventa el vendedor se obliga a **transferir la propiedad** de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero" (el resaltado es nuestro).

Con lo expuesto en líneas precedentes queda asentado que el canje de acciones en una u otra modalidad supone su transferencia y, siendo ello así, no podrán canjearse cuando, en aplicación del artículo 101 de la LGS, se haya pactado en el estatuto social la prohibición temporal de transferirlas.

XIII. LOS ACTOS ULTRA VIRES DENTRO DEL GRUPO DE SOCIEDADES

El objeto social está regulado en los artículos 11 y 12 de la LGS; el primero recoge la **teoría de los actos ultra vires**, mientras que el segundo contempla la **teoría de los actos propios**.

Artículo 11. Objeto social.-

"La sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios u operaciones lícitas cuya descripción detallada constituye su objeto social. Se entienden incluidos en el objeto social los actos relacionados con el mismo que coadyuven a la realización de sus fines, aunque no estén expresamente indicados en el pacto social o en el estatuto.

La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley atribuye con carácter exclusivo a otras entidades o personas" (el resaltado es nuestro).

Artículo 12. Alcances de la representación.-

"La sociedad está obligada hacia

aqueellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que esta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a cocontratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles.

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social" (el resaltado es nuestro).

Sabemos que en los grupos de sociedades rige el **interés grupal**, aun cuando la LGS no lo reconozca y ello genere conflictos con el interés de las sociedades integrantes del grupo. Precisamente atendiendo a ese interés grupal, resulta natural, por ejemplo, que una sociedad constituya una garantía a favor de otra sociedad de su mismo grupo (tal como sucedió en el **caso Romero-Raffo**, reseñado anteriormente⁽⁶⁶⁾), situaciones que hoy podrían cobrar mayor trascendencia a propósito de la novísima garantía mobiliaria⁽⁶⁷⁾. La cuestión controvertida, entonces, reposa en determinar si la constitución de una garantía en esos términos califica o no como un acto *ultra vires*.

Una antigua jurisprudencia italiana, la Casación N° 3150 de fecha 14 de septiembre de 1976, anotó:

"Las fianzas expedidas por una sociedad del grupo a favor de otra sociedad del mismo no constituyen actos ajenos al objeto social de la primera, puesto que predestinadas a un interés de la sociedad, ya sea mediato o indirecto pero jurídicamente relevante, no podrán ser consideradas ajenas o contrarias a la consecución del objeto social de la sociedad que las cumple por falta de contraprestación contractualmente exigibles"⁽⁶⁸⁾ (el resaltado es nuestro).

Nos parece demasiado forzada esta interpretación puesto que la constitución de la garantía satisface, sin lugar a dudas, el interés del grupo y hasta de la sociedad deudora, pero difícilmente de la sociedad constituyente. El artículo 11 de la LGS lo restringe a aquellos actos que **coadyuven a la realización de los fines del objeto social**, siendo ello una visión eminentemente individualista (la sociedad) y no colectivista (el grupo de sociedades). Eso no lleva a considerar

que la constitución de una garantía por parte de una sociedad a favor de otra sociedad integrante de su mismo grupo es, para la primera, un acto *ultra vires*, respuesta a la que arribamos a tenor de lo dispuesto en la LGS, pero que —desde una perspectiva crítica— consideramos inadecuada, por lo que volvemos a reafirmar nuestra opinión en el sentido que debe reconocerse el interés grupal en la normativa legal, sometiendo el interés social a este, según lo que ya expusimos en su momento.

XIV. LA CALIFICACIÓN LEGAL DE EMPRESAS VINCULADAS

El artículo 179 de la LGS utiliza una expresión que es huérfana de conceptualización porque no está definida en dicho texto normativo: **empresas vinculadas**.

Artículo 179. Contratos, créditos, préstamos o garantías.-

"El director solo puede celebrar con la sociedad contratos que versen sobre aquellas operaciones que normalmente realice la sociedad con terceros y siempre que se concierten en las condiciones de mercado. La sociedad solo puede conceder crédito o préstamos a los directores u otorgar garantías a su favor cuando se trate de aquellas operaciones que normalmente celebre con terceros.

Los contratos, créditos, préstamos o garantías que no reúnan los requisitos del párrafo anterior podrán ser celebrados u otorgados con el acuerdo previo del directorio, tomado con el voto de al menos dos tercios de sus miembros.

Lo dispuesto en los párrafos anteriores es aplicable tratándose de directores de **empresas vinculadas** y de los cónyuges, descendientes, ascendientes y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los directores de la sociedad y de los directores de **empresas vinculadas**.

Los directores son solidariamente responsables ante la sociedad y los terceros acreedores por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados con infracción de lo establecido en este artículo" (el resaltado es nuestro).

En atención al silencio de la LGS respecto a qué se entiende por **empresas vinculadas** recurrimos a la legislación bancaria y bursátil que sí se pronuncian sobre el particular. En efecto, el artículo 3 de

(66) Cfr. acápite 4.

(67) Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677.

(68) Cfr. GALGANO, Francesco. Op. cit. Pág. 22.

las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico se refiere a la **vinculación por riesgo único** en los siguientes términos:

Artículo 3. Definición.-

"Se entiende por vinculación por riesgo único a la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas, de tal manera que cuando una de estas tuviese problemas financieros o económicos, la otra u otras personas se podrían encontrar con dificultades para atender sus obligaciones.

Existe vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico y entre estas y las personas naturales que ejercen el control de dicho grupo económico, según lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la presente norma, así como en los demás casos en los que se cumpla con lo establecido en el párrafo anterior.

Asimismo, se presume que existe vinculación por riesgo único entre los cónyuges, entre las personas naturales y/o jurídicas que tienen relación de propiedad y/o de gestión, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la presente norma, salvo prueba en contrario".

Por su parte, el artículo 5 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos estipula:

Artículo 5. Definición de vinculación y presunciones.-

"Vinculación se define como la relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado.

Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de vinculación en los siguientes casos:

I. Entre personas jurídicas:

- a) Cuando forman parte del mismo grupo económico, tal como se define en el artículo 7.
- b) Cuando una misma garantía respalda las obligaciones de ambas o cuando más del 50% de las de una de ellas son garantizadas por la otra y esta otra no es empresa del sistema financiero.
- c) Cuando más del 50% de las obligaciones de una persona jurídica son acreencias de la otra y esta otra no es empresa del sistema financiero.
- d) Cuando una persona jurídica tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social de otra que le permite tener presencia en su directorio.
- e) Cuando un tercio o más de los miembros del directorio o de los gerentes de una de ellas son directores, gerentes o trabajadores de la otra.

Lo dispuesto en los incisos b) y c) incluye a las empresas del sistema financiero a efectos de determinar la vinculación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 87 de la Ley.

II. Entre personas naturales:

- a) Que son parientes.
- b) Cuando una de ellas es director o gerente de una persona jurídica en la cual la otra tiene, directa o indirectamente, una participación en el capital social que le permite tener presencia en su directorio.

- c) Cuando ambas pertenecen al conjunto de personas que ejercen el control de un grupo económico, tal como se define en el artículo 7.

III. Entre personas naturales y jurídicas:

- a) Cuando la persona natural tiene una participación, directa o indirecta, en el capital social de la persona jurídica que le permite tener presencia en su directorio.
- b) Cuando la persona natural es director o gerente de la persona jurídica o ha ejercido alguno de tales cargos en alguna oportunidad durante el último año.
- c) Cuando la persona natural es director o gerente de alguna de las personas jurídicas del grupo económico al que pertenece la persona jurídica, tal como se define en el presente reglamento.
- d) Cuando la persona natural pertenece al conjunto de personas que ejercen el control del grupo económico al que pertenece la persona jurídica, tal como se define en el presente reglamento"

Resulta pues de lo anterior que **grupo de sociedades y empresas vinculadas** no son conceptos sinónimos, en tanto este último deviene en más amplio que el primero. Ciertamente, las empresas pueden **vincularse** de muchas maneras, siendo una de ellas (pero no la única) el grupo de sociedades; son también vinculadas las empresas que establecen entre ellas, por ejemplo, una alianza estratégica, un consorcio o una franquicia, así como las reseñadas en las anteriores normas trascritas. Llama nuestra atención, por lo demás, que la LGS se refiera a **empresas vinculadas** y no a **sociedades vinculadas**.