

REVISTA DE DERECHO COMERCIAL

3

TERCERA ÉPOCA Número 3 - 2010

ISSN 1510-4265

DERECHO CONCURSAL

Bado Cardozo, V. S. Los principios informadores de la liquidación en la Ley Concursal.

Falco Iriondo, E. El pago anticipado de los créditos laborales en la Ley Concursal.

Gaggero Errecart, E. D. Las clases de acreedores y su tratamiento en la Ley Concursal.

Günle Wonsiak, M. Medidas cautelares sobre los actuales y ex administradores, liquidadores e integrantes del órgano de control interno de una persona jurídica en el marco de un proceso concursal.

Holz Brandus, E. R. La Ley Concursal y la presentación temprana del deudor. Medidas cautelares y acciones contra socios y órganos de personas jurídicas.

Klein Zanini, C. O regime especial brasileiro de recuperação de pequenas e médias empresas.

Alfaro Borges, J. y Poziomek Roseblat, R. Acuerdo privado de reorganización. Obligatoriedad y efectos del acuerdo puramente privado.

Rodríguez Olivera, N. E. La masa activa del concurso.

DERECHO SOCIETARIO

Acuña, M. del C. Unión concubinaria. Análisis desde la perspectiva patrimonial y especialmente su influencia en el Derecho comercial.

Ferreira Tamborindguy, H. Tendencias sobre el interés social en una sociedad anónima. ¿Cuál es el interés que protegen los directores?

Rodríguez Mascardi, T. La prenda de acciones.

DERECHO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

Echaiz Moreno, D. El contrato de *management*.

Ferrer Montenegro, A. El consumidor, su endeudamiento y la insuficiencia legal de su protección.

López Rodríguez, C. E. El *hardship* o la alteración sobrevenida de las circunstancias en el Derecho europeo.

IDC

Instituto de Derecho Comercial
Facultad de Derecho - Universidad de la República



Fundación de Cultura Universitaria

DERECHO DE LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

EL CONTRATO DE *MANAGEMENT*

Daniel Echaiz Moreno

1. Preliminares. 2. Etimología del contrato. 3. Evolución del contrato. 4. Denominación del contrato. 5. Definición del contrato. 6. Naturaleza jurídica del contrato. 7. Partes del contrato. 8. Derechos y obligaciones de las partes. 9. Características estructurales del contrato. 10. Contenido del contrato. 11. Beneficios del contrato. 12. Tipología del contrato. 12.1. Management de gestión hotelera. 12.2. Management de gestión pública. 12.3. Management deportivo. 13. Diferenciación con otros contratos. 13.1. Diferenciación con contratos civiles. 13.2. Diferenciación con contratos empresariales. 14. El contrato en la legislación peruana. 15. El contrato en la legislación extranjera. 16. Cuestiones controvertidas en torno al contrato. 16.1. La delegación del control. 16.2. La responsabilidad de la empresa gerenciente. 17. Modelo del contrato.

1. PRELIMINARES

El contrato de *management* es, hoy en día, ampliamente utilizado por las empresas modernas, no obstante que haya sido (y lo sigue siendo) desatendido por el Derecho (tanto peruano como extranjero) debido a su peculiar naturaleza que lo muestra como una figura más económica, corporativa, organizativa o administrativa que jurídica.

Deseo dedicar este trabajo académico al maestro Jorge Avendaño Valdez en su quincuagésimo aniversario de docente universitario. A él lo conocí personalmente en el 2001 con motivo de mi admisión a la recién inaugurada Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la cual es Coordinador hasta la fecha. Tiempo más tarde nos encontramos como expositores en un evento académico realizado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, que sirvió para que dos días después me invitase a participar como catedrático del novísimo Diploma en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, primero en su modalidad presencial y, luego, en la innovativa modalidad virtual, de la cual actualmente soy profesor. Y me honró con excesiva generosidad al prologar mi libro *Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia*¹ en cuyo acto de presentación disertó, junto al doctor Oswaldo Hundskopf Exebio, en el Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Cuán satisfecho me siento de trabajar con el jurista, aprender con el maestro y conocer a la persona que se sintetiza en el nombre Jorge Avendaño Valdez, ejemplo de vitalidad, lucidez e integridad, que ahora - tras 50 años de docencia ininterrumpida - sigue formando a los jóvenes estudiantes de Derecho, como mi hermana Sandra Echaiz Moreno, quien ha tenido el privilegio de ser su alumna de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ¡Felicidades, maestro Jorge Avendaño!

2. ETIMOLOGÍA DEL CONTRATO

De acuerdo al *Oxford English Dictionary*, la palabra *management* proviene del verbo *manage* que, a su vez, fue tomado de la voz italiana *maneggiare* ("manejar") y el mismo que proviene del latín *manus* ("mano")². Lo anterior, en combinación con los términos francófonos *mesnagement* o *ménagement*, influyó en el desarrollo del vocablo inglés *management* durante los siglos XVII y XVIII, el cual desde ya se diferencia de los contratos de mandato, gestión de negocios y locación de servicios, puesto que el contrato de *management* alude al poder de administrar una empresa, el que supone labores de liderazgo con atribuciones de control.

3. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO

Como teoría de la administración de negocios, el *management* comienza a vislumbrarse a finales del siglo XIX, cuando la autora Mary Parker Follett *humaniza* la

¹ Echaiz Moreno, Daniel. *Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Trujillo, Fórum Casa Editorial, septiembre del 2005.

² *Oxford English Dictionary*, Oxford University Press, 2007, <http://www.oed.com>

era post-industrial, indicando que el *management* es “el arte de hacer las cosas a través de las personas”³, concepto que complementa Henri Fayol al afirmar que el *management* contiene cinco elementos: planificación, organización, dirección, coordinación y control⁴. Estas dos postulaciones, nacidas en los predios de la Administración de Empresas, permiten que, posteriormente y en sede jurídica, se *construya* el contrato de *management*, donde el gerenciado busca al gerenciante por sus cualidades de administrador (siendo así un contrato personalista o *intuitu personae*), comprendiendo dentro de sus cláusulas contractuales la delegación, por parte del gerenciado a favor del gerenciante, de los cinco elementos expuestos por Henri Fayol.

Años más tarde, Peter Drucker analiza a las grandes corporaciones, en su *best-seller* “*The concept of corporations*”⁵, y lo efectúa mediante la observación de la gestión de Alfred Sloan, por entonces gerente general de *General Electric*; como bien anota Guido Stein, “[Peter Drucker] despliega su penetrante concepción de cuáles son los fundamentos de la descentralización y la responsabilidad, de la promoción de los trabajadores y directivos, del diseño de los puestos de trabajo, del papel del beneficio [y] de la dirección por objetivos”⁶, clausurando así la justificación de la existencia del contrato de *management* o *management agreement* sobre los demás contratos empresariales del *Common Law* debido a que, según refiere el autor examinado, “es importante descentralizar las actividades de administración de la empresa”, criterio que también abre paso al contrato de *outsourcing*⁷: en ambos casos se delegan parte de las actividades de la empresa, con la diferencia que en el contrato de *outsourcing* se trata de actividades que no constituyen el *core business*, mientras que el contrato de *management* versa sobre actividades de administración de dicho *core business*.

³ *Business Management*, 2007, <http://www-business-management.com>

⁴ Fayol, Henri, *Administration industrielle et générale*. París, Editorial Dunod, 1917. El autor explica, en el último capítulo de su mencionado libro, que los “éléments d’administration sont prévoyance, organisation, commandement, coordination, contrôle”, donde la planificación visualiza el futuro y traza el programa de acción, la organización se dedica a construir tanto el organismo material como social de la empresa, la dirección se encarga de guiar y orientar al personal, la coordinación procura armonizar todos los actos y los esfuerzos colectivos y el control verifica que todo suceda de acuerdo con las reglas establecidas y las órdenes dadas. En: Material de Apoyo para Alumnos, México, Universidad Autónoma de México, <http://www.ech.unam.mx/materialdeapoyo>

⁵ En 1946 se publicó el libro por vez primera, editado por John Day en Nueva York. Desde el inicio de sus investigaciones, Peter Drucker se interesó por la descentralización y la asignación de autonomía a los trabajadores, lo que se aprecia cuando manifestaba que “la administración por objetivos... es considerada como una de las principales aportaciones efectuada a la Teoría de la Administración por parte de la Teoría Neoclásica”. Cfr. Portal de Fernando Fantova, <http://www.fantova.net>

⁶ Stein, Guido, “Peter Drucker, un adelantado con una bola de cristal”, en: Portal Materiabiz, <http://www.materiabiz.com/mbz/gurucs.vsp?nid=22605>

⁷ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel, “El contrato de *outsourcing*”, en: Revista JUS Doctrina & Práctica, Lima, Editora Jurídica Grijley, junio del 2007, Tomo 6, ps. 469 a 491.

A partir de la teoría de la descentralización de los procesos, se celebraron contratos de *governance management* o *management agreement*. El primero de ellos del cual tenemos conocimiento se produjo en King County, una provincia del Estado de Washington, cuando el Condado delegó la capacidad de gestión administrativa y control de su oficina de salud pública (administradora de todos los hospitales y programas sanitarios) a la Universidad de Washington mediante un acuerdo -peculiar para la época- firmado en 1967⁸. Otro caso relevante refiere la demanda de *Shannon & Luchs Correspondence* contra *Gould* por el contrato de *management* de 1968⁹.

4. DENOMINACIÓN DEL CONTRATO

En Estados Unidos y aquellos países que sostienen negociaciones comerciales con él (tales como China, Japón e India) el contrato tiene la nomenclatura de *management agreement* o *management contract*, utilizándose la primera expresión para la celebración del contrato, mientras que la segunda en el tratamiento teórico del mismo, sin que medie -como es usual en el *Common Law*- ley alguna sobre la materia.

La denominación más extendida es *contrato de management*, nombre utilizado originariamente en Italia y Francia. También, se le conoce como *contrato de gestión* en países como Perú y España cuando se refiere a la contratación pública, confundiendo a veces con el contrato de concesión que ambos países contemplan en sus legislaciones de administración pública, sin que ello suprima la posibilidad que, en algún momento, dichas legislaciones regulen al contrato de *management* mediante el cual deleguen la administración de toda una entidad estatal a una empresa privada, que incluya la correspondiente fiscalización, a la usanza del concejo de vigilancia europeo. Aquí un ejemplo de contrato de gestión en España:

El contrato de gestión en un ayuntamiento español

“...las empresas volverán a contar con un presupuesto de referencia de 28,66 millones de euros, una cantidad que se divide en 2,86 millones para cada una de las anualidades que contempla el contrato de gestión del centro de arte. Y la mesa de contratación del Ayuntamiento seguirá puntuando seis apartados de las ofertas, por lo que la clave para hacerse con el CAC Málaga puede estar en el

⁸ *King County Board of Health Meeting Proceedings*, Washington, King County Board of Health, 2002, <http://www.metrokc.gov/HEALTH/boh/02july-minutes.pdf>

⁹ En: <http://www.hagley.lib.de.us/a2000.pdf>

proyecto expositivo y el plan de adquisición de obras de arte, que en el pliego de condiciones anterior sumaban un total de 65 de los cien puntos posibles."¹⁰

En Argentina se le conoce como *contrato de gerenciamiento* o *contrato participativo de inversión y desarrollo*, a partir de la utilización de estas denominaciones por parte de algunos clubes de fútbol. En dicho país viene discutiéndose actualmente un proyecto de ley para legislar la asociación civil¹¹, ello debido a la utilización de esta figura jurídica por los clubes de fútbol argentinos y donde parte de este proyecto legislativo se avoca al contrato de *management*, debiendo destacarse dos cuestiones: primera, incluye el mencionado *nomen juris* con lo que le daría tipicidad al contrato y, segunda, impide que los directores o los miembros del concejo de vigilancia del club deportivo formen parte de la empresa de *management*. Veamos un ejemplo en torno a lo comentado:

El contrato de gerenciamiento en el fútbol argentino

"Con la quiebra consumada, el poder político acudió en auxilio del Racing mediante la Ley de Fideicomiso que posibilitó el gerenciamiento, en 2001. Desde entonces, se vendieron (y negociaron a préstamo) 14 jugadores por casi 24 millones de dólares... Se estima que a la empresa le quedaron alrededor de 16 millones [de dólares], mientras que a la institución entraron 7 [millones de dólares]. El artículo 9 del contrato de gerenciamiento aclara: 'ante la venta de un jugador amateur o profesional que haya arribado a Racing después del acuerdo le corresponderán el 80% a la empresa y el 20% al club'. El ruido se amplifica cuando se tiene en cuenta que Sergio Romero, el arquero del Sub-20 (convocado anoche a la selección mayor), con apenas dos partidos en la Primera, es rematado al AZ Alkmaar de Holanda, antes del Mundial de Canadá."¹²

5. DEFINICIÓN DEL CONTRATO

En el sistema anglosajón (cuna del contrato examinado) al término *management* se suele adicionar la palabra *agreement* que significa "acuerdo o convenio", debien-

¹⁰ "El Ayuntamiento rechaza también la oferta del actual gestor del CAC Málaga", En: Diario Sur Digital. Málaga, 17/8/2007, <http://www.diariosur.es/20070817/cultura/ayuntamiento-rechaza-tambien-oferta-20070817.html>

¹¹ Cfr. Proyecto de Ley Nacional de Asociaciones Civiles de la República Argentina, En: <http://www.leydeasocciviles.com.ar/>

¹² "Blanquiceleste vende pero no hay plata que le alcance", En: Diario Clarín. Buenos Aires, 8/8/2007, <http://www.clarin.com/diario/2007/08/08/deportes/d-05401.htm>

do considerarse que todos los *agreements* integran el *Contract Law*, sustentado íntegramente en la voluntad de las partes.

De vuelta a Peter Drucker, él califica como "revolución de los *managers*" a la toma del poder económico por parte de los directores o los ejecutivos de la empresa, a los que califica como "empresarios de gestión" (poseedores del poder de conducción económica) para distinguirlos de los "empresarios de riesgo" (estos son, los inversionistas/capitalistas)¹³. Aquellos *managers* a los que alude Peter Drucker serían los tecnócratas de la corporación, como se aprecia en la actuación de *Southworth Golf Management*:

La administración y operación de un club de golf

*"La Estancia Golf Resort, un nuevo club de golf residencial de lujo con una extensión de tres millones de metros cuadrados, anunció hoy que firmó un contrato con Southworth Golf Management (SGM) para la administración y operación de sus instalaciones de golf y sus propiedades de renta. SGM dará mantenimiento al campo y administrará el club, el cual incluye una espectacular casa club de 1,300 metros cuadrados con un restaurante, una tienda de golf Pro Shop y vestuarios así como todas las propiedades de renta. SGM es una empresa privada con sede en Newton, Massachusetts..., se especializa en la operación de propiedades multifacéticas de servicios múltiples, en su mayor parte localizadas en centros vacacionales de destino."*¹⁴

A partir de las ideas planteadas por Peter Drucker sostenemos que el contrato de *management* es aquel contrato por el cual la empresa gerenciada otorga a la empresa gerenciante las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de su actividad empresarial, en consideración al expertise y la reputación de esta última en dicha actividad empresarial, a cambio de una retribución (fija) o una comisión (porcentaje mensual o anual sobre la facturación o las utilidades) y, en algunos casos, dependiendo de la negociación, lo que los venezolanos llaman un "fondo de maniobra"¹⁵ para el inicio de las actividades de administración. Véase el sistema de retribución en el *Grupo Sol Meliá*:

¹³ En: http://www.leydeasocciviles.com.ar/ponencias/segunda_ponencia_del_primer_congreso_de_contratos_civiles_y_comerciales.doc

¹⁴ "La Estancia Golf Resort firma contrato de administración con Southworth Golf Management", En: PR Newswire, 7/8/2007, <http://www.prnewswire.com/cgi-bin/stories.pl?ACCT=PRNI2&STORY=/www/story/08-07-2007/0004641119&EDATE=>

¹⁵ "El Tribunal Supremo de Venezuela, en los seguidos con Barceló Gestión Hotelera S.L. contra Inversiones Pueblo Caribe C.A., exhibe dentro del contrato de *management* una cláusula donde «a la entrega del hotel, éste

Las comisiones en los contratos de gestión de los Hoteles Sol Meliá en Cuba

“Los fees de gestión han disminuido un 1,1% hasta diciembre de 2001 en comparación con el crecimiento que se produjo en septiembre de un 13,1%. Esta disminución viene explicada por la pobre evolución de nuestros hoteles y destinos turísticos en Latinoamérica y el Caribe. El efecto negativo del 11 de septiembre en Cuba ha sido desafortunadamente reforzado por el impacto del huracán Michelle en noviembre de 2001 que afectó a la región de Cayos donde tenemos siete hoteles, y Varadero donde tenemos otros siete hoteles bajo contratos de gestión. En este país tenemos las comisiones de Incentive fees escalonadas en los contratos de gestión por los que no hemos recaudado fees. Por otro lado, el incremento en Basic fees en Cuba se explica por los nuevos contratos de gestión.”¹⁶

Es menester acentuar el necesario *expertise* de la empresa gerenciente pues recaerá íntegramente en ésta el control operacional de la empresa gerenciada, lo que supone una gama de funciones en aspectos operacionales (el almacenaje), técnicos (las plataformas virtuales), logísticos (el transporte internacional), productivos (la fabricación estandarizada), de reclutamiento (los cazatalentos), contables (la contabilidad creativa), directivos (las prácticas de *corporate governance*), de adiestramiento (la especialización de la mano de obra), de *marketing* (el posicionamiento en el mercado) y de seguridad (las certificaciones ISO), entre otros. La actuación de los *Hoteles Misión* ejemplifica lo anotado:

La oferta de los Hoteles Misión en México

“Es un contrato de *management*, en el cual Hoteles Misión asume la responsabilidad de la operación y administración, por encargo de los inversionistas y/o dueños, tiene una vigencia por lo general de diez años, con períodos renovables de común acuerdo entre las partes. Hoteles Misión asesora de manera integral a los inversionistas en todos los aspectos inherentes para llevar a cabo la construcción y puesta en marcha del hotel, es decir, interviene desde el armado de la

debe contar con un fondo de maniobra, aportado por el propietario, suficiente para que el gestor pueda desarrollar correctamente la operación. (...) El gestor procurará sacar algún rédito del fondo y dichos intereses se considerarán como parte de los ingresos brutos de la operación...”. Dentro del contexto de esta jurisprudencia podemos decir que el *fondo de maniobra* es aquel capital entregado por la empresa gerenciada a la empresa gerenciente para la realización de todo tipo de actividades que impliquen la toma de mando, administración y gestión de la administradora. Expediente N° 06502/04, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de fecha 19/11/2004, En: <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/295-19-06502-04-.html>

¹⁶ En: http://www.solmelia.com/solmelia/spanish/accionistas/resultados/4trimestre_01.pdf

inversión, los estudios y los proyectos, los trámites y las licencias, se establece un comité técnico y de compras junto con los inversionistas, y coadyuvamos en la gestión para obtener los apoyos financieros, etc. Por la operación y administración, Hoteles Misión cobra un honorario, con base a determinados porcentajes previamente establecidos, sobre los ingresos brutos totales y de la utilidad bruta de operación; los beneficios generados por el hotel, son auditados por el propietario, y entregados a los inversionistas y/o propietarios. En el caso de proyectos de inversión y/o mejoras físicas al inmueble, los recursos económicos para la construcción, la remodelación y la operación del hotel, provienen directamente de los inversionistas y/o propietarios, incluso mediante el apoyo de alguna fuente de financiamiento.”¹⁷

6. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, el contrato de *management* encuentra sus orígenes en la tendencia hacia la descentralización de la administración de una empresa, planteada por Peter Drucker en 1946, lo que permitió que las grandes compañías solicitaran los servicios de administradores, sean personas naturales o personas jurídicas, encargándose así la gerencia corporativa parcial o totalmente.

El *management*, como contrato, proviene del Derecho anglosajón, específicamente del denominado *Contract Law*, donde caben solamente las convenciones de carácter patrimonial (es decir, contratos)¹⁸, fundamentadas en la libertad de las partes de efectuarse “promesas” o manifestaciones de voluntad previas al contrato que no vulneren el Derecho Común, el Derecho de los Contratos o alguna ley (*statute* o *act*). Estamos, qué duda cabe, ante un contrato empresarial¹⁹ de organización corporativa que procura delegar la gestión empresarial del negocio en su totalidad.

¹⁷ “Esquemas”, En: Portal de Hoteles Misión, México, http://www.hotelesmision.com.mx/expansion_y_desarrollo/esquemas.asp

¹⁸ Cabe precisar que, en el *Common Law*, la formación del contrato no es a través de la manifestación de la voluntad, sino más bien de la doctrina de la *consideration* que implica las promesas de un futuro contrato de contenido patrimonial que las partes se efectúan recíprocamente, en virtud de su libertad; atendiendo precisamente a las promesas realizadas, el *Common Law* protege a los contratantes que han visto perjudicados sus derechos. Más allá de esta explicación, meramente ilustrativa, la nueva tendencia contractual -proveniente de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y la jurisprudencia internacional- deja de lado la doctrina de la *consideration* como teoría de formación de los contratos. Para mayor abundamiento en el Derecho contractual anglosajón *cfr.* Moreno Rodríguez, José Antonio, *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*, Asunción, Catena Editores, 2006; y De la Puente y Lavalle, Manuel, *El contrato en general*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, Tomo I.

¹⁹ “...el criterio de la distinción entre contratos civiles y mercantiles sólo perdura hoy en día con fines didácticos, pues desde el Código Civil italiano de 1942 se inició la tendencia hacia la unificación de las obligacio-

El contrato de gestión hotelera en el Derecho español

*"... bajo el prisma del Derecho español, el contrato de management o gestión hotelera es el más elaborado ejemplo de entre los contratos de gestión o management empresarial. Este tipo de contratos se hacen necesarios cuando el know-how empresarial resulta de difícil transmisión directa y resultan inaplicables de forma directa, por tanto, otras figuras contractuales como el contrato de franquicia o el de transmisión de know-how."*²⁰

7. PARTES DEL CONTRATO

Son dos las partes que intervienen en el contrato de *management*: por un lado, la empresa gerenciada y, por otro lado, la empresa gerenciante.

La empresa gerenciada es aquella que contrata a la empresa gerenciante, delegando en ésta su administración por determinado plazo, sin transferir *per se* ningún derecho de propiedad sobre su patrimonio. A continuación presentamos un texto interesante porque, aunque lo denomina "contrato de gerencia", lo que existe en realidad es una venta de empresa (pudiendo darse como transferencia de acciones o transferencia del fondo empresarial) con un pacto accesorio de contrato de trabajo o contrato de locación de servicios, dependiendo de la existencia de subordinación o no entre el comprador y el vendedor de la empresa, por el cual éste se compromete a prestar sus servicios a aquel:

Yo te compro, tú te quedas

"Cada vez son más los empresarios a quienes les tocan la puerta para comprarles una parte o todo su negocio. (...) Pero hay muchos inversionistas que sólo están interesados en comprar un negocio si es que las personas que ocupan los puestos clave permanecen en la gestión del negocio. Y en la mayoría de empresas familiares, el dueño es a la vez el gerente. Entonces ocurre que la venta de las acciones de la empresa viene amarrada a un contrato de gerencia. El inversionista pone su plata en el negocio pero el ex dueño se queda trabajando un tiempo. Es una manera de asegurar el traspaso del conocimiento de la industria y de

nes, lo que fue recepcionado en el Perú con el Código Civil de 1984. Por ello se prefiere aludir actualmente a los contratos empresariales como aquellos que son de utilización frecuente por las empresas en su actuación en el mercado...". Echaiz Moreno, Daniel. "El contrato de outsourcing", obra citada, p. 472.

²⁰ "Recensión de la Revista Tecno Hotel" (intitulada), En: Portal Editur, 1/9/2002, <http://www.editur.info>

*la empresa. Y aquí viene la clave. Cuando la transacción de compraventa incluye la figura de un contrato de gerencia, se tienen que negociar dos cosas: el precio de las acciones y el sueldo del gerente. En estos casos, muchas veces conviene negociar el paquete ('el combo'). Así, lo que no se pueda conseguir por el precio de las acciones, se puede conseguir a través del contrato de gerencia o viceversa..."*²¹

La empresa gerenciante, también denominada gestor o empresa gestora, es aquella a la cual la empresa gerenciada su administración por determinado plazo, incluyendo el control y la dirección empresarial, donde el *core business* de la empresa gerenciada coincide con el *core business* de la empresa gerenciante, pero con el plus (valor agregado) que esta última tiene mayor *expertise* en el mercado. Veamos el siguiente caso:

La exportación del modelo corporativo a través del contrato de management

*"Los proyectos de resorts de golf sostenibles que ha proyectado Roig Grupo Corporativo para la Comunidad Valenciana tendrán su reflejo en el exterior. Finalmente, tras estudiar las distintas ofertas, la empresa valenciana ha decidido participar en dos importantes iniciativas que engloban seis proyectos en Inglaterra, Brasil y Perú. Los proyectos tienen una inversión total de 2.360 millones de euros divididos de la siguiente forma: 130 millones de euros para el proyecto inglés y 2.230 millones de euros para el proyecto en Sudamérica. Roig Grupo Corporativo se ha asociado con la multinacional INVI para desarrollar los proyectos de Sudamérica. Estos serán cinco, cuatro de ellos en Brasil y uno en Perú. Caravelas (en la región de Bahía), la Amazonia (en la región de Caruari) y Porto Cristovao (en Sergipe) son tres proyectos emblemáticos en los que Roig participará con un 10% del total de la inversión y un contrato de management que le dará autonomía tanto en el diseño del proyecto como en la ejecución. Los proyectos en Sudamérica son muy ambiciosos y, sobre todo, extremadamente respetuosos con el medio ambiente. La sostenibilidad está asegurada ya que, entre otros aspectos, se utilizará la energía solar. Para desplazarse por el interior de los Resort se ha pensado utilizar bicicletas, caballos o carritos de golf eléctricos. Muchas de las viviendas serán ecológicas y estarán inspiradas en las palafitas, unas construcciones típicas de la zona levantadas sobre el agua con pilares."*²²

²¹ "Yo te compro, tú te quedas". En: Diario El Comercio. Lima, 30/7/2007, <http://www.elcomercio.com.pe/EdicionImpresa/Html/2007-07-30/ImEcDia10762345.html>

²² "Roig Grupo Corporativo exporta su modelo de campos sostenibles a Europa y América". En: Portal de Roig Grupo Corporativo, Valencia, 27/6/2006, <http://www.roig.es/principal/index.php?body=4,3&idNoticia=30>.

8. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Los principales derechos de la empresa gerenciada son:

- a) Definir claramente el objeto del *management*.
- b) Supervisar a la empresa gerenciante mediante auditorías, sin interferir en su poder de control y dirección.
- c) Mantener la propiedad de los bienes encargados a la empresa gerenciante²³.
- d) Percibir las utilidades al final del ejercicio económico o de forma periódica.
- e) Prescindir de los servicios de la empresa gerenciante cuando medie causa justificada por incumplimiento contractual.
- f) Exigir la confidencialidad de la empresa gerenciante respecto a la información corporativa proporcionada a ésta.
- g) Solicitar información periódica de la estrategia del negocio a la empresa gerenciante, sin que esto cree una relación de subordinación.
- h) Obtener los resultados "de éxito" en los términos y plazos pactados.
- i) Participar de las decisiones de la empresa gerenciante, desde los órganos de gobierno de la empresa gerenciada.

Asimismo, las principales obligaciones de la empresa gerenciada son:

- a) Determinar los alcances de las actividades delegadas que realizará la empresa gerenciante.
- b) Proporcionar la información necesaria a la empresa gerenciante para el cumplimiento de su prestación.
- c) Asumir las responsabilidades que, por Ley, le correspondan.
- d) Delegar las facultades de control necesarias para el ejercicio de la gestión.
- e) Aprobar las decisiones de gestión realizadas por la empresa gerenciante en tanto sean de carácter lícito y no atente contra el interés de la empresa gerenciada.
- f) Retribuir a la empresa gerenciada, incluyendo el pago de regalías, de ser el caso. He aquí una disputa judicial por supuesto incumplimiento de esta obligación:

²³ Sabemos que, en ocasiones, a partir de contratos de gestión hotelera, se traslada parte de la edificación hotelera (sea el terreno o sea la construcción) a la empresa gerenciante (lo que es posible como cláusula del contrato a merced del principio de libertad contractual); no obstante, en la estructura natural del contrato de *management* la empresa gerenciada no transfiere la propiedad de ninguno de sus bienes.

La obligación de retribuir en el contrato de gestión

*"Una demanda civil para reclamar el pago de B/. 500 mil contra Rodolfo 'Charro' Espino fue presentada ayer por Berguis Moscoso, hermano de la ex presidenta Mireya Moscoso. La denuncia presentada por el abogado Rogelio Cruz y la firma Cochez, Page & Martínez se fundamenta en el incumplimiento de un contrato de gestión firmado en el año 2002, en el cual Berguis Moscoso y Berta Alicia Moscoso se disponían a realizar una serie de gestiones en las oficinas de Reforma Agraria para que se le adjudicara una solicitud para adquirir un globo de terreno en el área de Punta Chame, que coinciden con las tierras de Fernando Fontane. En el contrato, se había establecido que Rodolfo Espino se comprometía a entregar la suma de B/. 500 mil una vez que Reforma Agraria hubiese entregado los terrenos y fuesen inscritos en el Registro Público."*²⁴

- g) Depositar el fondo de maniobra, cuando corresponda.

Por otro lado, los principales derechos de la empresa gerenciante son:

- a) Gozar de autonomía jurídica, económica y administrativa.
- b) Asumir el manejo financiero y administrativo de la empresa gerenciada.
- c) No subordinarse a la dirección de la empresa gerenciada.
- d) Realizar su actividad empresarial sin exclusividad, salvo que se pacte.
- e) Ejercer las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de la empresa gerenciada.
- f) Recibir la información necesaria de la empresa gerenciada para el cumplimiento de su prestación.
- g) Percibir una retribución y, de ser el caso, las correspondientes regalías.

Finalmente, las principales obligaciones de la empresa gerenciante son:

- a) Utilizar su nombre comercial.
- b) Realizar las actividades de acuerdo a su *know-how* y *expertise*.
- c) Contratar personal capacitado para la realización del gerenciamiento.
- d) Pagar las remuneraciones del personal encargado del gerenciamiento.

²⁴ "Hermano de Mireya demanda a tío de Torrijos", en: Diario La Nación, Panamá, 17/8/2007, <http://www.paidigital.com.pa/archive/08172007/nation01.shtml>.

- e) Reestructurar, reinvertir y/o crear planes o manuales de procesos de gestión, incluyendo los planes de expansión a niveles local o global²⁵.
- f) Responsabilizarse por la pérdida de bienes o documentos de la empresa gerenciada.
- g) Presentar informes periódicos a la empresa gerenciada.
- h) Lograr los resultados en los términos pactados, asumiendo el riesgo de dichos resultados.
- i) Recomendar el destino de las utilidades obtenidas.
- j) Diseñar la estrategia de *marketing* empresarial.
- k) Escoger tecnologías de información globales.

Ejemplificamos algunas de las obligaciones de la empresa gerenciante con una alusión al contrato de *management* en el sector hotelero:

¿Para qué sirve conocer el valor de los hoteles?

*“Para las cadenas hoteleras (operadores) y sus asociaciones: [sirve para] elaboración de anuarios societarios, elaboración de planes de negocio, análisis de expansión hotelera y estudio de la competencia..., preparación de salida a [la] Bolsa [de Valores], fusiones, adquisiciones o ventas de empresas, valoración de activos intangibles (fondo de comercio) o la compraventa de acciones, determinación del contrato de management hotelero y/o el arbitraje de disputas [entre] gestor hotelero y propietario.”*²⁶

9. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL CONTRATO

Son características estructurales del contrato de *management* las siguientes:

- a) Es un contrato nominado. Su *nomen juris* más utilizado es “contrato de *management*”, aunque en Argentina también se le denomina “contrato de

²⁵ Según Diane Morello, las compañías locales son aquellas que se desarrollan en un mercado local (es decir, no salen de las fronteras de un país), las compañías regionales son aquellas que se extienden en una región (al respecto, la autora divide al mundo en cinco regiones: América, Unión Europea, Asia, Medio Oriente y África) y las compañías globales son aquellas que se extienden más allá de las fronteras de la región. Morello, Diane, *Building a borderless organization*, Connecticut, Gartner Inc. Research, mayo del 2007.

²⁶ Van Den Hurk Mir, Arnoldus, “Primera aproximación al valor de los alojamientos turísticos de Baleares”, abril del 2003, http://conecoib.caib.es/comunicacions/77_primera_aproximacion_valor.pdf.

gerenciamiento” o “*contrato participativo de inversión y desarrollo*” y en algunos otros países se le conoce como “*contrato de gestión*” o “*contrato de gerencia*”.

- b) Es un contrato atípico. No se encuentra regulado en la legislación peruana, pudiendo celebrarse por la manifestación de voluntad de los contratantes, gracias al principio de libertad contractual.
- c) Es un contrato de organización. Más que un contrato de colaboración empresarial, como suele decirse comúnmente, se trata de un contrato de organización porque la prestación principal de la empresa gerenciante implica la libertad en las facultades de gestión (planeamiento, organización, dirección, coordinación y control) de la empresa gerenciada.
- d) Es un contrato de duración. Las prestaciones no se ejecutan instantáneamente, sino que se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para cumplir las actividades de gestión.
- e) Es un contrato de resultados. La empresa gerenciante suele estar obligada a conseguir resultados “*de éxito*” a los que se comprometió en el contrato.
- f) Es un contrato principal. Su autonomía revela más bien que suele venir acompañado de otros contratos (accesorios) como licencia de uso de marca, *franchising* o *know-how* que la empresa gerenciante celebra a favor de la empresa gerenciada.
- g) Es un contrato consensual. En tanto se trata de un contrato atípico no existe una forma prevista en la legislación y, menos aún, una solemnidad, por lo que basta el acuerdo de voluntades.
- h) Es un contrato con prestaciones recíprocas. La empresa gerenciante y la empresa gerenciada deberán cumplir, cada cual, con sus prestaciones a favor de la otra. El incumplimiento conllevará a un litigio como el siguiente:

El incumplimiento del Estado a favor de Alterra

“La compañía demandó al Estado por incumplimientos en el contrato de gestión interesada de la terminal aérea. Según las resoluciones, el Estado no entregó a tiempo permisos de construcción o se atrasó en la expropiación de terrenos alejados al Santamaría, que afectaron el avance en la modernización de la terminal aérea. Aún están pendientes \$ 105.000 que corresponden a gastos adicionales en los que incurrió el gestor durante la construcción de la nueva torre de control del aeropuerto y que el Gobierno no quería reconocerle. Por último, también está en

*cobro una cifra cercana a los \$ 8 millones por atrasos en la expropiación de los terrenos ubicados al sur del Santamaría.*²⁷

- i) Es un contrato oneroso. A cambio de las utilidades generadas a favor de la empresa gerenciada, la empresa gerenciante recibe la retribución pactada que puede establecerse como una comisión fija o porcentual.
- j) Es un contrato conmutativo. Los riesgos del negocio se conocen de manera anticipada a la suscripción del contrato, de ahí la importancia -para la empresa gerenciante- de los estados financieros de la empresa gerenciada en cuanto deben reflejar con transparencia la situación patrimonial de ésta.
- k) Es un contrato de vinculación. Tanto la empresa gerenciante como la empresa gerenciada establecen indirectamente entre ellas una vinculación empresarial, debido al control que una ejerce sobre la otra, mutuamente: la empresa gerenciante controla a la empresa gerenciada porque administra su *core business* (y procura que se cumplan sus directrices) mientras que la empresa gerenciada controla a la empresa gerenciante porque la contrató precisamente para que administre dicho *core business* (y aguarda resultados de éxito). No obstante lo expuesto, ambas conservan su autonomía jurídica puesto que se trata de personas jurídicas independientes desde la perspectiva del Derecho.

10. CONTENIDO DEL CONTRATO

Algunas cláusulas del contrato de *management* son las siguientes:

- a) El objeto. Donde se indica la delegación de la administración del *core business* de la empresa gerenciada.
- b) El control. Supone especificar que la empresa gerenciante ejercerá el control de la administración del *core business* de la empresa gerenciada, ya que sin este control resultará imposible materializar el contrato de *management* en cuanto la empresa gerenciante no podrá cumplir con su prestación.
- c) Las responsabilidades. Deberán indicarse las responsabilidades de la empresa gerenciada, relacionadas tanto a su actuación como gerente (*manager*) de la empresa gerenciada como a las propias cláusulas contractuales, por lo que la responsabilidad podrá tener dos fuentes: funcional o contractual.

²⁷ "Gobierno pierde \$ 12,8 millones en arbitrajes con Alterra", en: Portal Nación. San José, 16/8/2007, http://www.nacion.com/ln_ec/2007/agosto/16/pais1205814.html

- d) El plazo. De acuerdo a la práctica comercial, oscila entre los 5 y los 25 años, dependiendo de diversos factores, algunos endógenos (como el *core business* de la empresa gerenciada o el *expertise* de la empresa gerenciante) y otros exógenos (como el riesgo-país o la situación política del mercado).
- e) La publicidad. El *marketing* de la empresa gerenciante a favor de la empresa gerenciada es, generalmente, una de las prestaciones asumidas por aquella en el contrato de *management*.
- f) El conocimiento empresarial. Al celebrarse este contrato, es la empresa gerenciante la que aplica su *know-how* en materia de planeamiento estratégico y/o de gestión corporativa, en la empresa gerenciada, aunque sin transferirlo.
- g) Las facultades de administración. La empresa gerenciante asume las facultades que usualmente corresponden al gerente de la empresa gerenciada, lo cual le permitirá no sólo realizar actos de administración, sino también actos de disposición²⁸, con miras al desarrollo estratégico internacional como el reseñado a continuación:

El desarrollo estratégico internacional de un grupo a partir de contratos de *management*

"El año 2006 ha demostrado que nuestro grupo se encuentra en el camino correcto. En el área operativa hemos vuelto a entrar claramente en la zona de beneficios. La base de esta alza son nuestros establecimientos en España, Alemania... y en la República Dominicana. Ahora queremos asegurar nuestra cartera. Esto implica concentrarnos en aquellas regiones donde ya estamos obteniendo nuestro resultado hoy mismo. También incluye la ampliación de la cartera. En el transcurso del mes de julio, tal y como estaba previsto, abriremos nuestro IFA Wellness Resort Hafendorf Rheinsberg que gestionaremos sobre la base de un contrato de management. Con nuestro nuevo establecimiento que tiene una capacidad de 150 habitaciones y un máximo de 24 suites en una isla cercana, nuestra oferta de camas en Alemania se eleva hasta 4.100. También la profunda modernización y clara ampliación de nuestro establecimiento en Graal-Müritz, cuya capacidad aumenta de 117 a 150 habitaciones, es una inversión en el futuro del grupo. Sin embargo no seguiremos con los dos proyectos de management en Kühlungsborn y Wolfsburg. Para el hotel en Kühlungsborn, el constructor Contrac GMBH canceló el contrato por motivos ajenos a IFA. Similar es la situación en el

²⁸ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Las facultades de administración del directorio", En: Revista Actualidad Jurídica, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, julio del 2006, Tomo 152, ps. 275 a 280.

hotel previsto en la Ciudad del Automóvil de olfsburg. En ambos casos, nuestro grupo no sufre perjuicios económicos.”²⁹

- h) Los activos. Deberán especificarse los activos de la empresa gerenciada.
- i) La capacitación. Al igual que el contrato de *outsourcing*, el contrato de *management* sirve para la implementación de mejoras en la organización empresarial del cliente, por lo que la empresa gerenciante se comprometerá a capacitar al personal de la empresa gerenciada, siempre y cuando lo juzgue conveniente.
- j) La transferencia. La empresa gerenciada transfiere la administración, gestión o gerenciamiento de su *core business* a la empresa gerenciante en exclusividad, debido al *expertise* y *know-how* de ésta, por lo que resulta ser *intuitio personae*. Veamos cómo opera el Grupo Riu:

La transferencia de la administración de un hotel búlgaro al Grupo Riu

“La cadena hotelera española RIU ha incorporado a su red de hoteles el establecimiento de tres estrellas Evrika, en Sunny Beach, región oriental de Burgas (Bulgaria), que dispone 375 habitaciones, según revelaron fuentes de la compañía. El hotel Evrika, que RIU gestionará mediante un contrato de *management*, llevará la marca de la cadena española a partir del 2002, añadieron las mismas fuentes. Por otra parte, RIU comenzó a operar en Bulgaria en verano de 1998, cuando abrió tres establecimientos de tres estrellas en régimen de franquicia en el enclave turístico de Albena Resort, a lo largo de una playa de 7 kilómetros de longitud, explicaron fuentes de RIU. (...). Asimismo, durante este mes de junio, el grupo hotelero ha incorporado, adoptando la fórmula ‘all inclusive’, el hotel Riu Arabella, de cuatro estrellas y con 176 habitaciones.”³⁰

- k) Retribución. El *management fee* suele estar determinado por el éxito del emprendimiento empresarial, por lo que la retribución de la empresa gerenciante es porcentual y variable como en el caso de la corporación IFA:

La promoción del turismo a través del *management*

“Bulgaria sigue contando para muchos alemanes como un destino de bajo coste. La demanda de vacaciones a buen precio se mantiene. Los establecimientos en

²⁹ IFA Hotel & Touristik Aktiengesellschaft, *Memoria anual 2006*.

³⁰ “RIU abre el hotel Evrika en Burgas (Bulgaria)”, en: Portal HostelTur, Baleares, 23/6/2001, http://www.hosteltur.com/noticias/3132_riu-abre-hotel-evrika-burgas-bulgaria.html

Nessebar, gestionados por IFA sobre la base de contratos de *management*, tienen un alto nivel de calidad. IFA obtiene de su *management* una cuota de • 250.000.”³¹

11. BENEFICIOS DEL CONTRATO

El contrato de *management* genera beneficios para la empresa gerenciante y la empresa gerenciada, tales como los siguientes:

- a) Mejoras significativas en el *core business*. En el contrato de *management*, a diferencia del contrato de *outsourcing*, no se delegan las actividades accesorias al objeto de la empresa sino por el contrario se delega precisamente la actividad central que constituye el objeto de la empresa (el *core business*), bajo la consideración que la empresa gerenciante tiene mayor *expertise* en esa actividad empresarial. La compañía THR nos grafica esta situación:

El *expertise* de Dream Resorts Factory

“THR ha creado una marca propia Dream Resorts Factory bajo el lema ‘concebimos resorts únicos y hacemos que tengan éxito’. Dream Resorts Factory se ocupa de identificar oportunidades de negocio, desarrollar modelos de negocio de alta rentabilidad, concebir resorts con gran valor añadido, desarrollar arquitectura conceptual, estructurar sistemas de financiación y marketing, y efectuar el *shadow management* del complejo. Su listado de clientes incluye propietarios del suelo, promotores inmobiliarios, empresas constructoras, grupos hoteleros, grandes empresas en diversificación, inversores institucionales, entidades financieras e incluso clientes del sector público.”³²

- b) Transferencia del riesgo. Con la delegación de la administración, la empresa gerenciada también transfiere el riesgo a la empresa gerenciante, la cual asumirá el costo que conllevaría la pérdida del negocio. En un caso español, parecía ser la mejor alternativa para *rescatar* un histórico hotel:

Un contrato de *management* con el Sheraton podría salvar a histórico hotel español

“El futuro inmediato del hotel Alfonso XIII está en manos de una madrileña de Chamberí y una almeriense que estudió Derecho en Sevilla. Dolores Menéndez, del PP, delegada de Patrimonio en el Ayuntamiento de Sevilla, y María del Mar

³¹ IFA Hotel & Touristik Aktiengesellschaft, *Memoria anual 2006*.

³² En: <http://www.thr.es/es/company>

Calderón, del PA, responsable de Turismo, han recibido el encargo de estudiar un plan de futuro. Las cifras aconsejan no rescindir el contrato con Sheraton. Calderón, abogada de profesión, sugiere la fórmula del contrato de management para este hotel-bandera. Las delegaciones municipales de Sevilla que están en manos del Partido Andalucista -Cultura, Deporte, Turismo y Participación Ciudadana- no organizarán actos de ningún tipo en el hotel Alfonso XIII mientras no se produzcan cambios en la gestión del mismo. 'Sin desmerecer a nadie -dice María del Mar Calderón- en Sevilla el sector turístico tiene magníficos profesionales como para tener que buscarlos allende los mares. No sólo es extranjero el director, también lo son el subdirector, el responsable de mantenimiento, el jefe de cocina, el director comercial y hasta algunos electricistas del hotel...'.³³

- c) Transparencia en la organización empresarial. La empresa gerenciente se preocupará en difundir información periódica no sólo a la empresa gerenciada, sino al mercado en general, respecto a su labor de gerenciamiento, en tanto integre su Código de Gobierno Corporativo.
- d) Mayor presencia en el mercado. Debido al mayor *expertise* y *know-how* de la empresa gerenciente, la empresa gerenciada revelará al mercado el contrato de *management* que ha celebrado con aquella, lo que redundará en su beneficio al conseguir una mayor presencia en dicho mercado (efecto reflejo por explotación de reputación ajena).
- e) *Marketing* empresarial. La empresa gerenciada gozará de la campaña publicitaria promovida por la empresa gerenciente y ésta lo hará porque con dicha campaña tendrá mayores posibilidades de éxito en su labor.

12. TIPOLOGÍA DEL CONTRATO

Algunas de las principales variantes del contrato de *management* son las siguientes, a saber:

12.1. Management de gestión hotelera

El *management* de gestión hotelera, también conocido como "*management hotelero*", es un contrato que goza de difusión mundial debido al crecimiento de la industria turística, presentando dos notas características que lo distancian de la versión

³³ En: <http://www.elpais.com/articulo/>

original de la figura contractual examinada: la primera, que la empresa gerenciente asume la propiedad de algún activo de la empresa gerenciada (generalmente, la edificación o el terreno) y, la segunda, que la empresa gerenciente cuenta con algún porcentaje de participación en el capital de la empresa gerenciada, convirtiéndose aquélla en matriz de ésta.

12.2. Management de gestión pública

Comúnmente utilizado en Estados Unidos de América (concretamente en el estado de Washington), el contrato de *management* de gestión pública tiene por finalidad encargar a la empresa privada todas las facultades de administración de determinada área de gestión pública (como un hospital o una red de hospitales) pero nunca delega facultades de la administración gubernamental. He aquí un documento internacional que versa sobre la materia:

Convención de concesión y gerenciamiento de puerto

*"En junio del 2000, una convención de 'concesión de gerencia' de puerto (PAID) fue celebrada entre el gobierno y los Puertos Internacionales de Dubai (DPI) con un plazo de 20 años. Los términos de este contrato son confidenciales, es difícil especificar las obligaciones, pero a priori, no hay obligación de la inversión que se une al operador privado. Es un contrato de gerencia... Hasta ahora, el puerto era un establecimiento público de carácter industrial y comercial (EPIC). Con esta ausencia de transparencia en el contrato, es recomendable agregar cierta falta de definición en la filosofía de las funciones referente al representante de gobierno. Obviamente, este último asume el control y la evaluación del distribuidor en la ejecución de sus obligaciones, pero al mismo tiempo, asiste y facilita sus relaciones con los servicios oficiales y puede igualar al representante; así logra que funcione el riesgo de la situación de 'juez y parte'".*³⁴

Es de mencionar que, en España, existe la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada mediante Ley N° 13/1995 de fecha 18 de mayo de 1995, cuyo artículo 155 inciso 1 estipula:

³⁴ *Cadre intégré etude diagnostique de l'integration commerciale*, mayo del 2004, <http://www.ministere-finances.dj/Publications/CADRE%20INTEGRE.pdf> (traducción libre).