

Artículo 155. Alcance.

“1. Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.”

Apréciase que la legislación española reserva para el Estado las calidades y poderes de policía, según la lectura del artículo 156 de la norma anteriormente citada:

Artículo 156. Poderes de la Administración y ámbito del contrato.

- “1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.
2. Antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma.
3. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.
4. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.
5. Estos contratos se regularán por la presente Ley, salvo lo establecido en los artículos 96, 97, 103 y 111 y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella.”

La versatilidad del contrato de *management* de gestión pública llega incluso al gerenciamiento de desastres o situaciones de emergencia (*disaster management*) mediante el concurso de instituciones públicas y privadas, tal como narra la siguiente noticia de un contrato celebrado en Barbados:

Un Contrato de *disaster management* se ha firmado en Barbados

“Un acuerdo de ‘gerencia de desastre’ fue firmado oficialmente por primera vez en Barbados ayer. Este acuerdo, que fue firmado por los representantes de la Acción Americana Central del Caribe (CCAA), de la Cámara de Barbados de

Comercio e Industria y del Departamento de Gerencia de Emergencia de Barbados (BDEM), en el Hilton Hotel, se aseguraría de que los sectores públicos y privados estén juntos en el proceso de recuperación después de que un desastre haya sido declarado oficialmente por el Gobierno. Un acuerdo similar se ha firmado ya en St. Lucia.

Por consiguiente, construyeron este contrato que estatuye que todas las organizaciones que son miembros de uno de los signatarios vendrán juntas en caso de un desastre a colaborar en cómo Barbados se recuperaría si un desastre ocurre. Uno de los elementos críticos de este acuerdo es el de tomar el cuidado de los primeros. Este grupo incluye a la policía, enfermeros, bomberos y a paramédicos.

Otras cosas que los signatarios han convenido es compartir las mejores prácticas en la gerencia del desastre basada en los desastres que han ocurrido en el pasado tal como el huracán Katrina, teniendo organizaciones del planeamiento del desastre tales como BDEM para asistir a los participantes de los talleres de planeamiento en la preparación de planes de gerencia del desastre; y diseñando una ‘plantilla’ para el futuro en las áreas de alivio y de recursos disponibles, distribución de materiales, equipo, fuentes y despacho de personal de emergencia a la comunidad por los signatarios.”³⁵

12.3. Management deportivo

No nos referimos aquí al contrato de *management* por el cual se designa a una persona (*manager*) para que represente a un jugador (por cierto, cabe mencionar que, en Suiza, el *management* es considerado una mixtura de los contratos de mandato y agencia, según el artículo 418 de su *Code des Obligations* concordado con el artículo 404 del mismo texto legal³⁶). Por el contrario, nos avocaremos seguidamente al contrato de *management* de la empresa deportiva.

El *management* deportivo se inició en los países nórdicos, donde se encarga la administración de la empresa deportiva a una empresa experta fundamentalmente en gestión estratégica, delegándosele los controles en cuanto a la administración empresarial se refiere, dejando de lado la actividad meramente deportiva que se mantiene en manos de los miembros del club deportivo. Éste contrato arribó a América del

³⁵ “Disaster management agreement signed in Barbados”. En: CDERA News Centre. Bridgetown, The Caribbean Disaster Emergency Response Agency, 12/7/2007, http://www.cdera.org/cunews/news/barbados/article_1957.php

³⁶ Leuba, Alexandre. *Le contrat de management sportif*. Berna, Ediciones Weblaw, 2007, En: www.weblaw.ch/pdf/magister_leuba_105_viii_fin_contrat.pdf (traducción libre).

Sur a través de clubes de fútbol como el *Racing*, con la particularidad que, en este caso, el *management* ha sido dispuesto por el juez concursal.

Hacemos nuestras las palabras de Favier Dubois: “Los planes de ‘gerenciamiento’, proyectados o ya aprobados, van desde la gestión del fútbol profesional, con la cesión a la entidad gerenciente (persona jurídica por lo general, representativa de un grupo financiero) del manejo de toda esa actividad, incluyendo los llamados ‘derechos federativos’ (en rigor, patrimoniales) sobre los jugadores y la explotación del ‘merchandising’, hasta una simple concesión de la imagen del club con fines comerciales. Esta forma de ‘*management*’ ofrece una salida para la crítica situación financiera por la que atraviesa la mayoría de los clubes de fútbol, muchos de los cuales han llegado al actual estado de insolvencia, concurso preventivo (por ejemplo: *Ferrocarril Oeste*) o de quiebra (el caso de *Témperley*, *Racing*, *Talleres de Remedios de Escalada* y *Deportivo Español*)”³⁷.

13. DIFERENCIACIÓN CON OTROS CONTRATOS

Diferenciaremos a continuación al contrato de *management* respecto a aquellos contratos civiles (mandato, locación de servicios, obra, concesión e, inclusive, gestión de negocios) y aquellos contratos empresariales (*management* de inversiones, *outsourcing*, licencia de uso de signo distintivo, *know-how* y *franchising*) con los que suele confundirse.

13.1. Diferenciación con contratos civiles

- a) El contrato de *management* se diferencia del contrato de mandato pues, si bien incluye cláusulas mandatarias y de representación, la ejecución del contrato no implica solamente prestaciones de hacer por parte de la empresa gerenciente; además, el interés no recae sólo en la empresa gerenciada, ya que ésta a debido mostrarse atractiva ante los ojos de la empresa gerenciente para celebrar el contrato.
- b) Asimismo, el contrato de *management* se diferencia del contrato de locación de servicios porque, si bien supone la prestación de un servicio, la empresa gerenciente está comprometida a un resultado (de éxito, cuantificable), asumiendo funciones

específicas de administración dentro de la organización corporativa de la empresa gerenciada.

- c) El contrato de *management* también se diferencia del contrato de obra, en el cual el contratista sólo asume la realización de una obra, pero no la gestión del negocio, como se le confunde en la siguiente noticia:

Un mal denominado contrato de gestión

“*Constructora Herreña Fronpeca, de El Hierro, construirá dos hoteles de cinco estrellas en la ciudad de Bogotá, Colombia, tras firmar el primer contrato de gestión con la prestigiosa cadena hotelera NH. La Constructora Herreña, premio empresa revelación del año en Canarias 2006 concedido por la empresa pública Proexca y tras haber sido adjudicataria de una licitación internacional para construir un aeropuerto en Palestina-Colombia, sorprende con la firma de este primer contrato de gestión sellando una alianza para la expansión en Colombia con NH.*”³⁸

- d) Por otro lado, el contrato de *management* se diferencia del contrato de concesión ya que éste no supone delegación de facultades alguna, mas implica una sucesión de mandatos conferidos por el Estado a un particular para realizar determinada obra. Otra diferencia gravitante es que, en el contrato de concesión, es el Estado quien define cómo se cumplirá la gestión, quedando entonces el concesionario como un mero operador, lo cual dista de un auténtico contrato de *management*.
- e) Finalmente, el contrato de *management* se diferencia de la gestión de negocios en que ésta es una fuente de obligaciones no contractual, mientras que aquél sí es, precisamente, un contrato, por lo que supone acuerdo de voluntades (y, por ende, manifestaciones de voluntad), así como delegación expresa de facultades de administración, lo que no se da en una gestión de negocios.

13.2. Diferenciación con contratos empresariales

- a) Autores como Favier Dubois³⁹ consideran al denominado “*management* de inversiones” una variante del contrato de *management*, refiriéndose con aquél nombre al encargo que reciben las entidades financieras, las administradoras de fondos de

³⁷ Favier Dubois, Eduardo. “*Los contratos de gerenciamiento o management*”. En: Revista Doctrina Societaria. Buenos Aires. Editorial Errepar, febrero del 2001. N° 159, Tomo XII. <http://www.legalmania.com/derecho>

³⁸ “*La constructora Fronpeca hará dos hoteles de cinco estrellas en Bogotá*”, en: Portal Canarias Siete. Canarias, 16/8/2007, <http://www.canarias7.es/articulo.cfm?id=63396>

³⁹ Favier Dubois, Eduardo, “*Los contratos de gerenciamiento o management*”, obra citada.

pensiones y los fondos mutuos para invertir los recursos de sus clientes. Por nuestra parte, creemos que no se trata de un contrato de *management* pues no se trata del *core business* del cliente y no hay delegación de facultades para la administración de una actividad empresarial. Sólo se trata de la gestión de las inversiones, tal como lo expresa por ejemplo el Reglamento para la inversión de los fondos de pensiones en el exterior, aprobado mediante Resolución SBS N° 8-2007 de fecha 4 de enero del 2007, cuando en su artículo 2 inciso jj) define a las sociedades administradoras de los fondos mutuos en los siguientes términos:

Artículo 2. Definiciones

“Para efectos del presente Reglamento, entiéndase que los siguientes términos están referidos a:

jj) *Sociedades administradoras de fondos mutuos. Instituciones debidamente autorizadas y fiscalizadas por las autoridades reguladoras de los mercados de valores y/o financieros para gestionar los fondos mutuos y colocar sus cuotas de participación entre los inversionistas.*”

- b) El contrato de *management* se diferencia del contrato de *outsourcing* (a pesar que, en el lenguaje anglosajón, muchas veces se utilicen indistintamente ambas expresiones) por una cuestión de alcance: en el contrato de *outsourcing*, una empresa cliente encarga al *outsourcer* la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de su *core business*, pero esos servicios especializados son actividades accesorias, más no su actividad principal; en cambio, en el contrato de *management* lo que la empresa gerenciada encarga a la empresa gerenciante es la administración especializada de su *core business*, esto es, su actividad principal. Diferenciamos ambas figuras contractuales en el caso del *Aeropuerto de Girona*:

El *outsourcing* del *parking* del aeropuerto de Girona

“Saba, filial de Abertis Infraestructuras, se ha adjudicado la gestión del aparcamiento del aeropuerto de Girona que en junio se situó como el décimo con más viajeros del Estado, según Aeropuertos Públicos y Navegación Aérea (AENA). Para gestionar la instalación, Saba ha alcanzado un acuerdo de colaboración con la empresa Servicleop, por el cual la participación de ambas compañías ha quedado establecida en 65% para Saba y un 35% para Servicleop. La duración

del contrato de gestión es de un año, con posibilidad de dos prórrogas también de carácter anual.”⁴⁰

- c) Asimismo, el contrato de *management* se diferencia del contrato de licencia de uso de signo distintivo porque en éste sólo se autoriza la explotación de un signo distintivo por quien no es su titular, lo cual es una cuestión accesorias en aquél donde lo fundamental es el encargo de la administración de la empresa gerenciada.
- d) El contrato de *management* se diferencia del contrato de *know-how* puesto que éste supone la transferencia del conocimiento técnico, lo que no se da en el primero, ya que la empresa gerenciante aplica su *know-how* y aprovecha su *expertise* en beneficio de la empresa gerenciada, pero no transfiere directamente dicho conocimiento técnico.
- e) Por otro lado, el contrato de *management* se diferencia del contrato de *franchising*, ya que en éste se transfiere el sistema de negocio del franquiciante para que el franquiciado lo aplique, mientras que el contrato de *management* es la empresa gerenciante la que directamente aplica su sistema de negocio en la empresa gerenciada.

14. EL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

En el Perú -como en la mayoría de países-, el contrato de *management* es atípico, celebrándose en virtud del principio de libertad contractual y siguiendo los parámetros de la teoría del acto jurídico y de la teoría general de la contratación. No obstante, es de mencionar el artículo 193 de la Ley General del Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 5 de diciembre de 1997, que a la letra establece:

Artículo 193. Designación de una persona jurídica.

“Cuando se designe gerente a una persona jurídica, ésta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a ésta.”

La norma transcrita, que califica como una de las innovaciones de la legislación societaria en el Perú, consagra tácitamente la posibilidad de celebrar un contrato de *management* al pronunciarse sobre la designación de una persona jurídica como gerente de una sociedad. Téngase en consideración, a partir de la lectura concordada de

⁴⁰ “Saba se adjudica la gestión del *parking* en el aeropuerto de Girona”, en: Portal Hispanidad, Barcelona, 6/8/2007, http://www.hispanidad.com/noticia_ep.aspx?ID=20070806151016

este artículo 193 con el artículo 160 de la misma Ley General de Sociedades, que mientras el gerente de una sociedad sí puede ser una persona jurídica, ello está proscrito para el caso del director, cargo que sólo puede ser ejercido por una persona natural. En semejante sentido, el artículo 44 de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, aprobada mediante Decreto Ley N° 21621 de fecha 14 de septiembre de 1976, establece que la gerencia de esta modalidad empresarial deberá recaer únicamente en personas naturales. Una experiencia relativamente reciente de contrato de *management* en el Perú, específicamente en el ámbito público, es la siguiente:

El management de gestión pública en el Perú

*“PHRplus ha establecido cuatro convenios de cooperación con cuatro regiones en el país: La Libertad, Lambayeque, San Martín y Ucayali. Los componentes principales del trabajo son: integración de una red de servicios de salud para contribuir al aumento de utilización, calidad y eficiencia de los servicios de salud... PHRplus provee asistencia técnica para el diseño y la implementación de una Red Integrada de Servicios de Salud que incluye un sistema de hospitales y primeros auxilios en la ciudad de Trujillo, La Libertad. PHRplus asistió en la descripción de servicios proveídos por los miembros de la red y en el desarrollo e implantación de un sistema de citas y retorno de citas (referral and return referral system). PHRplus también ha apoyado en el desarrollo de un contrato de management para guiar el Consejo de Administración de la Red de Salud en Trujillo mientras que ellos trabajan para que se fortalezca el management estratégico y el perfil en la Red. Basados en esta experiencia, PHRplus formulará una propuesta legal para la modernización de los hospitales públicos.”*⁴¹

En el ámbito estrictamente financiero, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones emitió las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS N° 445-2000 de fecha 28 de junio del 2000, en las cuales, al momento de regular las relaciones de vinculación en los grupos empresariales del sistema financiero, de seguros y de pensiones (a los que, en el lenguaje financiero, se les denomina “conglomerados” o “grupos económicos”), se refiere a la “vinculación por riesgo único” en base a “relaciones de gestión”, en los siguientes términos:

⁴¹ El proyecto *Partners for Health Reformplus* (PHRplus) fue fundado por la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos de América (USAID) y culminó su labor en el Perú el 30 de septiembre del 2006. Cfr. Portal de PHRplus, Montgomery Lane, <http://www.phrplus.org/index.html> (traducción libre).

Artículo 5. Relaciones de gestión

“Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico, según lo dispuesto en el artículo 8 de la presente norma.

Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última, según lo establecido en el artículo anterior.

Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.

Cuando una persona es representada por otra persona.

Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.

Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.

Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.

Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.

Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.

Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.

Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.

Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce meses.

Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce meses.

La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario."

Y, en efecto, la estructura organizativa de un grupo empresarial puede reposar (y de hecho así es en varios casos) en torno a contratos de *management*, como lo grafica el Grupo Sol Meliá:

El management como herramienta de organización del Grupo Sol Meliá

"La sociedad matriz, Sol Meliá S.A., fue constituida en Madrid el 24 de junio de 1986 bajo la denominación social de Investman S.A. Sol Meliá S.A. y sus sociedades asociadas (en adelante 'Sol Meliá' o el 'Grupo') configuran un grupo integrado de empresas que se dedican, fundamentalmente, a actividades turísticas en general y, más en concreto, a la gestión y explotación de hoteles de su propiedad, alquiler, en régimen de 'management' o franquicia, así como operaciones de tiempo compartido. El Grupo desarrolla sus actividades en Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Colombia, Costa Rica, Croacia, Cuba, Egipto, España, Estados Unidos, Francia, Indonesia, Italia, Malasia, México, Panamá, Perú, Portugal, Puerto Rico, Reino Unido, República Dominicana, Suiza, Túnez, Uruguay, Venezuela y Vietnam.

A continuación se identifican las sociedades dependientes, entendiendo como tales aquellas en que la participación, directa o indirecta, es superior al 50% o se ejerce una posición de control:

(...)

Sociedad	: Sol Meliá Perú S.A.
Domicilio	: Av. Salaverry 2599, San Isidro
País	: Perú
Actividad	: Gestora
Participación directa	: 100%
Participación indirecta	: —
Total	: 100%

(...)

Es diferente cuando hablamos de la E.I.R.L. [empresa individual de responsabilidad limitada] pues ésta carecería de la potestad de contratar una empresa de

management porque tiene el impedimento material del artículo 44 de dicha ley [léase: Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada] donde la 'gerencia será desempeñada por una o más personas naturales con capacidad para contratar, designadas por el titular'."

15. EL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

La revisión de la legislación extranjera muestra que ni en el *Common Law* ni en el *Civil Law* existen normas específicas que regulen el contrato de *management*, sino que tan solo se le otorga a las partes contratantes la protección jurídica ante el incumplimiento del contrato o algún vicio existente al momento de su celebración.

Así, en Estados Unidos de América encontramos la Revised Uniform Limited Liability Company Act que contiene el artículo 4 "*Relations of members to each other and to limited liability company*", sección 407 "*Management of limited liability company*", en cuyo inciso c), acápite 5 se lee:

"Un manager puede ser elegido en cualquier momento por el consentimiento de la mayoría de los miembros y sigue siendo manager hasta que se ha elegido un sucesor, a menos que el manager más pronto renuncie, sea removido, muere o, en el caso que un manager que no es un individuo, termine. Un manager puede ser removido en cualquier momento con el consentimiento de la mayoría de los miembros, y esos miembros no necesitan indicar o tener causa y no necesitan informar al manager por adelantado o proveer al manager una oportunidad de ser oído. Una persona no necesita ser un miembro para ser manager, pero la disociación de un miembro que sea también manager remueve a la persona como manager. Si una persona, que es manager y miembro, deja de ser manager, esa cesación no hace disociar a la persona como miembro." (Traducción libre)

El anterior dispositivo de la legislación federal estadounidense valida al contrato de *management*, sin hacer mayores distingos en la regulación del contrato, aunque en artículos posteriores se puede inferir que el "*manager* persona jurídica" (esto es, la empresa de gerenciamiento) cumple las mismas funciones que las de un "*manager* persona natural".

A nivel estatal estadounidense, la legislación neoyorquina nos provee una norma más específica: la *New York Limited Liability Company Law*, de fecha 24 de octubre de 1994, en cuya sección 417 indica que el *operating agreement* (contrato de *management*) puede ser pactado libremente por las partes para regular las tareas de

administración de la empresa gerenciada e, incluso, le otorga a la empresa gerenciante el control de aquélla. Aquí el texto legal pertinente:

“Operating agreement.

Conforme a las provisiones de este Capítulo, los miembros de una compañía de responsabilidad limitada adoptarán un operating agreement escrito que contenga cualquier provisión no contraria a la ley o a las normas de la organización, referente: (i) al negocio de la compañía de responsabilidad limitada, (ii) la conducta de sus asuntos y (iii) las derechos, las energías, las preferencias, las limitaciones o las responsabilidades de sus miembros, encargados, empleados o agentes, de acuerdo con las circunstancias.

El operating agreement puede disponer una disposición que elimine o que limite la responsabilidad personal de management a la compañía de responsabilidad limitada o a sus miembros por los daños..., a condición de que ninguna disposición elimine o limite:

- 1. La responsabilidad de cualquier manager si el juicio u otro juicio final adverso a él establece que sus actos u omisiones de mala fe o mala conducta intencional implica una violación que sabía de la ley o que él o ella ganó personalmente de hecho el beneficio financiero o la otra ventaja a los cuales no tenían derecho legalmente...*
- 2. La responsabilidad de cualquier encargado para cualquier acto u omisión antes de la adopción de una disposición autorizada por esta subdivisión.*
- b) El Operating agreement de una compañía de responsabilidad limitada se puede enmendar de vez en cuando en la manera prevista, a menos que eso, según lo regulado de otra manera en el operating agreement o en las normas de la organización, sea sin el consentimiento escrito de cada miembro afectado...”* (Traducción libre)

Situándonos en América del Sur, actualmente viene trabajándose en Argentina un proyecto legislativo en materia de asociaciones civiles, con especial incidencia en el Derecho Deportivo. El Proyecto de Ley de Asociaciones Civiles de Argentina contiene dos artículos que versan sobre lo que denominan “contrato de gerenciamiento”, los cuales estipulan:

“Artículo 43. Contrato de gerenciamiento. Intereses opuestos.

En aquellos casos en que una asociación civil, cualquiera fuera su objeto, celebre un contrato de gerenciamiento o un contrato participativo de inversión y

desarrollo de la misma (independientemente de la denominación que se utilice para este contrato innominado en nuestra legislación de fondo), el gerenciador de la asociación civil no puede ser una sociedad comercial que esté integrada, sea como socio, accionista, miembro del consejo de vigilancia o del directorio, por algún miembro de la comisión directiva de la asociación civil. En el caso de que esta incompatibilidad fuera violada se considerará como nulo de nulidad absoluta dicho contrato y se hará responsable al/los miembro/s de la comisión directiva en forma solidaria e ilimitada por los daños que hubiere producido a la asociación civil.”

“Artículo 44. Límites al gerenciamiento.

Además de lo establecido en el artículo anterior, los contratos de gerenciamiento, independientemente de la denominación que se utilizara, que celebren las asociaciones civiles con empresas encargadas de gerenciar la asociación civil, deberá adecuarse a los siguientes principios:

No se pueden dar en gerenciamiento todas las actividades que hagan al cumplimiento del objeto de la asociación civil de acuerdo al estatuto.

El contrato de gerenciamiento no podrá tener por objeto la cesión de la totalidad de los derechos sobre bienes materiales ni inmateriales de la asociación civil.

El gerenciador deberá ser una sola sociedad comercial que podrá estar constituida como sociedad anónima u otro tipo dentro de los regulados en la Ley N° 19.550.

- d) El gerenciador únicamente podrá ser una sociedad constituida en el extranjero, si previamente la misma da cumplimiento con los requisitos establecidos en el artículo 118 de la Ley N° 19.550 para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social.*
- e) El contrato de gerenciamiento no puede establecer cláusulas que impliquen limitaciones a la libre administración de la asociación civil ni de su patrimonio por estar dicha facultad solamente en cabeza del órgano de administración. No pueden limitarse contractualmente las funciones de la asamblea de socios, de la comisión directiva ni de la comisión revisora de cuentas de la asociación civil reconocidas en esta ley y en su estatuto.*

- f) El contrato de gerenciamiento no puede establecer cláusulas que impongan a la asociación civil ningún límite a la facultad de revocar el contrato ni prohibir la resolución anticipada del mismo.
- g) La celebración y las cláusulas de todo contrato que implique el gerenciamiento de una o más actividades de una asociación civil, solamente podrá ser celebrado por la comisión directiva, si previo a ello una asamblea extraordinaria, a tal efecto convocada, lo autoriza y establece un régimen de rendición de cuentas sobre el estado de las negociaciones que la comisión directiva deberá presentar a la asamblea en los términos y con la periodicidad y frecuencia que aquella disponga.
- h) Los contratos de gerenciamiento que se celebren en violación de alguno de los límites establecidos en la presente ley, serán considerados nulos de nulidad absoluta.”

El proyecto legislativo en mención procura, con las normas acotadas, asegurar la desvinculación (principio de transparencia) de los directivos de una asociación civil respecto a la empresa gerenciante que se encarga de su administración (dicotomía propiedad/gestión), fundamento último de la doctrina del *corporate governance*.

16. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO AL CONTRATO

16.1. La delegación del control

La delegación del control por parte de la empresa gerenciada a favor de la empresa gerenciante es consustancial al contrato de *management*, empero ello no significa de modo alguno que la empresa gerenciada renuncie a su labor de monitoreo (facultad de fiscalización), más aún cuando mantiene la responsabilidad por sus actos (deber de policía), ni que carezca de la posibilidad de oponerse a las decisiones gerenciales que adopte la empresa gerenciante y que resulten atentatorias a los intereses de la empresa gerenciada.

En Alemania, como en muchos de los países de la Unión Europea, la sociedad anónima (*aktiengesellschaft/AG*) cuenta con un consejo de vigilancia (*aufsichtsrat*) que se suma a su consejo de administración (*vorstand*); este sistema dualista del Derecho alemán permite fiscalizar la labor del consejo de administración, sin violentar sus derechos pues el *aufsichtsrat* solamente actúa mediante causa justificada, por lo que resulta obligatoria la auditoría externa y la publicación de la memoria y los balances anuales, siendo hoy un modelo de buen gobierno corporativo. Apreciamos el juego de roles de ambos órganos de gobierno en el *Grupo IFA*:

La actuación del consejo de vigilancia en el Grupo IFA

“El consejo de vigilancia y el consejo de administración están de acuerdo en que, a pesar del objetivo de ampliación del portafolio, la reducción del endeudamiento iniciada sigue teniendo alta prioridad. El futuro crecimiento debe hacerse por tanto con mucha cautela. La mezcla, en general exitosa en los últimos años, de objetos propios y contratos de *management*, sigue siendo la base del modelo de negocio. Para estar preparado para el futuro, el grupo se seguirá concentrando en destinos con buenas perspectivas y en el negocio hotelero. Esto incluye para el grupo hispano-alemán también la ampliación del IFA Villas Bávaro Beach Resort en la República Dominicana. Las posibilidades de ampliar considerablemente su capacidad existen y los resultados de este destino en el ejercicio pasado confirman que esta decisión estratégica fue correcta.”⁴²

La legislación peruana, a diferencia de la alemana, no contempla la existencia del consejo de vigilancia en las sociedades peruanas pues existió en la anterior normatividad societaria (Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-85-JUS de fecha 13 de mayo de 1985) pero nunca cumplió sus fines⁴³. En ese orden de ideas, al carecerse de un órgano social avocado estrictamente al control *intra-societario*, cuando se delegue la administración de la empresa gerenciada a la empresa gerenciante, dicho control deberá ser ejercido finalmente por la junta de socios de la propia empresa gerenciada.

16.2. La responsabilidad de la empresa gerenciante

Ante la aún exigua difusión del contrato de *management* en el Perú, no existen criterios doctrinales y/o jurisprudenciales respecto a la responsabilidad de la empresa gerenciante, lo que no sucede por ejemplo en los Derechos italiano y argentino⁴⁴ donde el tema ha sido abordado con solvencia por diversos autores, contándose con fallos por demás interesantes, y todo ello (tanto la doctrina como la jurisprudencia) con posiciones marcadamente contradictorias (lo que configura su particular atractivo).

⁴² IFA Hotel & Touristik Aktiengesellschaft, Memoria anual 2006.

⁴³ Cfr. Tomasevich Huerta, Katiuska, *Análisis del consejo de vigilancia dentro de la sociedad anónima peruana*, Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1989, Tesis de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas.

⁴⁴ Cfr. Martorell, Ernesto Eduardo, *Los contratos de dominación empresarial y la solidaridad laboral*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

En el escenario jurídico nacional y atendiendo a lo expuesto en las líneas precedentes, la responsabilidad de la empresa gerenciante no distará de la que corresponde a los directores⁴⁵ y gerentes de una sociedad porque, finalmente, lo que hace es asumir la administración corporativa.

17. MODELO DEL CONTRATO⁴⁶

Conste por el presente documento privado el CONTRATO DE MANAGEMENT que celebran las personas jurídicas que seguidamente se indican:

De una parte, MANAGEMENT HOSPITALITY S.A., identificada con Registro Único del Contribuyente N° 20514342672, inscrita en la Partida Electrónica N° 290348 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio en el Jirón Jacarandas N° 2340, Oficina 402, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima y debidamente representada por su gerente general Giovanni di Giachetti Ferrar, identificado con Carnet de Extranjería N° 202173, según Poder que consta en la Ficha N° 2345 del Asiento D-00001 de la referida Partida Electrónica, a la que en adelante se le denominará LA EMPRESA GERENCIANTE.

Y, de otra parte, INVERSIONES MEDITERRÁNEAS S.A., identificada con Registro Único del Contribuyente N° 20384567782, inscrita en la Partida Electrónica N° 237456 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio en la Autopista Cordonay kilómetro 46, Distrito de Lunahuaná, Provincia de Cañete, Departamento de Lima y debidamente representada por su gerente general Sebastián Carmelón Taiman, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 21232549, según Poder que consta en la Ficha N° 6751 del Asiento D-00001 de la referida Partida Electrónica, a la que en adelante se le denominará LA EMPRESA GERENCIADA.

El presente contrato se celebra en los términos y condiciones contenidos en las siguientes cláusulas:

⁴⁵ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel, "La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas", en: Revista Actualidad Jurídica, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, noviembre del 2006, Tomo 156, ps. 269 a 277.

⁴⁶ Nota del autor. Este es un modelo de contrato de *management* que alude a empresas ficticias, cuyos datos son también, en su integridad, ficticios, siendo su único propósito servir de modelo contractual didáctico. Asimismo, conviene realizar dos precisiones: por un lado, redactar un contrato de *management* supone, como todo contrato, analizar el caso específico y diseñar sus cláusulas a la medida de la situación corporativa de las empresas, por lo que este modelo debe tomarse solamente como una guía referencial, siendo indispensable la correspondiente asesoría legal especializada; y, por otro lado, el contenido del contrato de *management* sería distinto si contásemos con una regulación legislativa del mismo.

ANTECEDENTES

PRIMERA. LA EMPRESA GERENCIANTE es una subsidiaria del Hotel Internazionali S.P.A., persona jurídica constituida en Italia, inscrita en el Registro de la Empresa de Bari con N° 15993 y en el Registro de la Cámara de Comercio de Bari con N° 238711 y con domicilio en Valenzano Strada Provinciale per Casamassima kilómetro 3, la misma que actúa en el mercado peruano a través de Management Hospitality S.A., persona jurídica de derecho privado constituida en el Perú bajo el régimen legal de la sociedad anónima, cuyo objeto social es la administración hotelera.

SEGUNDA. LA EMPRESA GERENCIANTE es propietaria de una cadena internacional de hoteles en el mercado global, cada uno de los cuales opera bajo el nombre comercial de Hotel Marco Polo, caracterizándose por contar como mínimo con certificación de cuatro estrellas, mantener la armonía de la ciudad y participar en la conservación de la biodiversidad de la zona, promoviendo y/o desarrollando así actividades de turismo vivencial y turismo de aventura.

TERCERA. Como parte de su política de expansión global, LA EMPRESA GERENCIANTE celebra contratos de franchising, licencia de signos distintivos, know-how, outsourcing y/o management con empresarios locales de la actividad hotelera y turística de distintos mercados.

CUARTA. LA EMPRESA GERENCIADA es una persona jurídica de derecho privado constituida en el Perú bajo el régimen legal de la sociedad anónima, cuyo objeto social es la actividad hotelera y turística en el distrito de Lunahuaná, lo cual desarrolla desde 1992 a través de Evolution Hotel, un establecimiento de hospedaje con certificación de tres estrellas.

QUINTA. En el marco del desarrollo de su actividad empresarial, LA EMPRESA GERENCIADA, mediante acuerdo de su junta de socios, tal como consta en el Acta de fecha 20 de julio del 2007, ha decidido confiar la administración de su negocio hotelero a LA EMPRESA GERENCIANTE por su reconocido prestigio, dilatada experiencia y comprobada capacidad en la administración de hoteles a nivel mundial.

OBJETO

SEXTA. Por el mérito del presente contrato y de conformidad con la voluntad de las partes, LA EMPRESA GERENCIANTE se obliga a administrar la empresa Evolution Hotel de LA EMPRESA GERENCIADA, en todo el territorio peruano, en nombre, por cuenta y en interés de LA EMPRESA GERENCIADA.

PLAZO

SÉPTIMA. El plazo de este contrato es de diez años contados a partir de la suscripción del mismo, al vencimiento del cual LA EMPRESA GERENCIANTE deberá hacer entrega a LA EMPRESA GERENCIADA de todos los documentos confidenciales de ésta. En el caso que alguna de las partes desee renovar el contrato, deberá informarlo a la otra con un preaviso de seis meses, especificando los términos y condiciones de su oferta. Asimismo, con un preaviso no menor a seis meses, cualquiera de las partes podrá resolver el contrato expresando las causas que imposibilitan la continuación del mismo, sujetándose a lo previsto en la cláusula octava.

ALCANCES

OCTAVA. Durante la vigencia del presente contrato, LA EMPRESA GERENCIANTE gozará de las facultades necesarias para actuar en todos los ámbitos propios de la gestión ordinaria del negocio hotelero, encargándose de la planificación, la organización, la dirección, la coordinación y/o el control de LA EMPRESA GERENCIADA, para lo cual ésta le otorgará a aquélla los correspondientes poderes.

NOVENA. LA EMPRESA GERENCIANTE, en nombre, en interés y por cuenta de LA EMPRESA GERENCIADA, se hará cargo de la administración de la empresa Evolution Hotel. En ese sentido, LA EMPRESA GERENCIANTE adquiere todas las facultades para dirigir la operación completa del referido hotel, en el sentido más amplio, dejándose establecido que todos los gastos que genere dicha gestión serán asumidos por LA EMPRESA GERENCIADA, siempre y cuando se le notifique a ésta con anterioridad y, cuando corresponda, se cuente con su aprobación.

DÉCIMA. En contrapartida a las facultades delegadas, LA EMPRESA GERENCIANTE asumirá las responsabilidades que la Ley General de Sociedades y el estatuto social de LA EMPRESA GERENCIADA establecen para el gerente. Por ende, queda expresamente establecido que las facultades de administración que LA EMPRESA GERENCIADA le confiere a LA EMPRESA GERENCIANTE en virtud de este contrato comprende las funciones del gerente prescritas en la Ley General de Sociedades y en el estatuto social de LA EMPRESA GERENCIADA.

PODERES REGISTRALES

DÉCIMO PRIMERA. LA EMPRESA GERENCIADA proporcionará a LA EMPRESA GERENCIANTE los poderes necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones, otorgándole además las atribuciones necesarias, de acuerdo a lo prescri-

to por el Código Civil y el Código Procesal Civil, para su actuación ante toda clase de organismos públicos y privados.

FONDO DE MANIOBRA

DÉCIMO SEGUNDA. Evolution Hotel debe contar con un fondo de maniobra que sirva para los gastos de explotación, aportado por LA EMPRESA GERENCIADA, en monto suficiente para que LA EMPRESA GERENCIANTE pueda desarrollar correctamente la operación. LA EMPRESA GERENCIANTE procurará obtener algún rédito de dicho fondo y la ganancia se considerará parte integrante de los ingresos brutos de la operación.

GASTOS

DÉCIMO TERCERA. Todos los gastos en que incurra LA EMPRESA GERENCIANTE para el marketing, la publicidad, la búsqueda y selección de personal, la contabilidad, el soporte informático, la asesoría (fiscal, laboral, legal o de otro tipo), el asesoramiento técnico para reparaciones o mejoras, la gestión de compras, el manejo de inventarios o cualquier otro gasto de explotación de la empresa Evolution Hotel serán asumidos inicialmente por LA EMPRESA GERENCIANTE, por cuenta de LA EMPRESA GERENCIADA, debiendo liquidarse mensualmente y abonarse en efectivo y en dólares americanos a favor de LA EMPRESA GERENCIANTE, dentro de los siete primeros días del mes próximo.

SUPERVISIÓN

DÉCIMO CUARTA. LA EMPRESA GERENCIADA se reserva el derecho de supervisión de LA EMPRESA GERENCIANTE para comprobar la calidad de las prestaciones, la misma que podrá ser efectuada en cualquier momento con un preaviso de dos días.

PARTICIPACIÓN INDEPENDIENTE

DÉCIMO QUINTA. Las partes declaran que el presente contrato no supone una relación de subordinación y/o dependencia entre ellas, manteniendo cada cual su autonomía jurídica y, en tal sentido, LA EMPRESA GERENCIANTE tendrá plena libertad para administrar la empresa Evolution Hotel de LA EMPRESA GERENCIADA, diseñando la estrategia corporativa a partir del planeamiento estratégico del negocio de LA EMPRESA GERENCIADA, siempre y cuando no se aparte de lo previsto en el presente contrato, no contravenga normas imperativas, no atente contra el interés de LA EMPRESA GERENCIADA ni vulnere el orden público.

DEBER DE INFORMACIÓN

DÉCIMO SEXTA. LA EMPRESA GERENCIANTE deberá informar a LA EMPRESA GERENCIADA, con periodicidad mensual, respecto de la situación patrimonial, contable, económica, financiera, tributaria, laboral y empresarial de Evolution Hotel.

DÉCIMO SÉPTIMA. Es obligación de LA EMPRESA GERENCIADA proporcionar a LA EMPRESA GERENCIANTE la información que sea necesaria para que ésta cumpla debidamente con las facultades de administración otorgadas en las cláusulas precedentes. En tal orden de ideas, LA EMPRESA GERENCIADA brindará, a petición de LA EMPRESA GERENCIANTE, la información que ésta solicite por escrito, la cual deberá proporcionarse en el plazo máximo de cinco días.

CONFIDENCIALIDAD

DÉCIMO OCTAVA. LA EMPRESA GERENCIANTE está obligada a guardar la confidencialidad de los documentos que le fuesen confiados, así como los conocimientos y la información técnica, financiera y comercial que le fuesen comunicados por LA EMPRESA GERENCIADA, incluyendo, sin limitación alguna, los nombres y la información de contacto de los clientes y los datos técnicos. La obligación prevista en esta cláusula se extiende por cinco años posteriores a la conclusión del presente contrato.

DÉCIMO NOVENA. A su vez, LA EMPRESA GERENCIADA se obliga a no divulgar el know-how y demás derechos de propiedad intelectual de LA EMPRESA GERENCIANTE, tutelados o no en la legislación peruana. La obligación prevista en esta cláusula se extiende por cinco años posteriores a la conclusión del presente contrato.

RETRIBUCIÓN Y FORMA DE PAGO

VIGÉSIMA. Las partes acuerdan que, como contraprestación por los servicios prestados, LA EMPRESA GERENCIANTE percibirá:

1. La suma ascendente a US\$ 10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos) que LA EMPRESA GERENCIADA abonará mensualmente en efectivo y en dólares americanos, dentro de los siete primeros días de cada mes.
2. Una regalía ascendente al 5% de la utilidad neta obtenida que refleje el balance mensual, cuya cifra liquidará y abonará mensualmente LA EMPRESA GERENCIADA en efectivo y en dólares americanos, dentro de los siete primeros días del mes próximo.

3. Una regalía ascendente al 10% sobre los beneficios de explotación, conocidos como gross operating profit (GOP), antes de deducir amortizaciones, impuestos, costos financieros y gastos propios de LA EMPRESA GERENCIADA, cuya cifra liquidará LA EMPRESA GERENCIADA, una vez cerrados los estados financieros auditados, que deberán contar con la aprobación de la junta de socios, abonándolos anualmente en efectivo y en dólares americanos, dentro de los quince primeros días después de haberse aprobado dichos estados financieros.

CLASIFICACIÓN

VIGÉSIMO PRIMERA. LA EMPRESA GERENCIADA se obliga a realizar las actividades conducentes para que, en el plazo máximo de un año contado desde la suscripción del presente contrato, consiga mejorar su clasificación oficial a la categoría de hotel de cuatro estrellas.

NOMBRE COMERCIAL

VIGÉSIMO SEGUNDA. Como consecuencia del presente contrato, LA EMPRESA GERENCIANTE incluirá dentro de su cadena internacional de hoteles, bajo el nombre comercial Hotel Marco Polo, a Evolution Hotel, descrito en la cláusula primera, por lo que LA EMPRESA GERENCIANTE queda autorizada para modificar y/o añadir al nombre comercial Evolution Hotel, el nombre comercial y el logotipo de la cadena internacional antes referida.

RESOLUCIÓN

VIGÉSIMO TERCERA. Cualquiera de las partes que desee resolver el presente contrato antes de su vencimiento, sin causa justificada, deberá comunicar su decisión, adoptada válidamente por acuerdo de junta de socios, mediante carta notarial con un preaviso no menor a doce meses, el mismo que será evaluado por la contraparte en un plazo no mayor a treinta días.

VIGÉSIMO CUARTA. LA EMPRESA GERENCIANTE se reserva el derecho de resolver el contrato por incumplimiento por parte de LA EMPRESA GERENCIADA de alguna de las cláusulas expresadas en el presente contrato.

VIGÉSIMO QUINTA. Asimismo, LA EMPRESA GERENCIADA se reserva el derecho de resolver el contrato por incumplimiento por parte de LA EMPRESA GERENCIANTE de alguna de las cláusulas expresadas en el presente contrato.

INDEMNIZACIÓN

VIGÉSIMO SEXTA. LA EMPRESA GERENCIANTE indemnizará a LA EMPRESA GERENCIADA y a sus socios, administradores y trabajadores por los daños y

perjuicios irrogados, siempre y cuando sean determinados por la autoridad competente.

LEGISLACIÓN SUPLETORIA

VIGÉSIMO SÉPTIMA. En todo lo no previsto por las cláusulas de este contrato rige supletoriamente la legislación peruana vigente, especialmente el Código Civil, la Ley General de Sociedades y la Ley de Propiedad Industrial, en lo que fuera aplicable.

CLÁUSULA ARBITRAL

VIGÉSIMO OCTAVA. Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

En Lima, a los 11 días del mes de diciembre del 2007 se expiden tres ejemplares idénticos de este contrato, los mismos que son suscritos por las partes en señal de conformidad.