

Revista Peruana de
DERECHO DE LA EMPRESA

Temas
Societarios

No. 54  Año XVII

EL CONTROL EN LA POLITICA EMPRESARIAL DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Dr. Daniel Echaiz Moreno

SUMARIO

1. *Los grupos de sociedades: Moderna Manifestación corporativa*
2. *Las características estructurales de los grupos de sociedades.*
3. *La Dominación y el control*
4. *La noción empresarial del control*
5. *Las manifestaciones empresariales del control*
6. *Los Instrumentos empresariales del control.*
7. *El control en los grupos de sociedades circulares*
8. *La responsabilidad por el control*
9. *A manera de reflexión: El control en el contexto empresarial.*

I.- LOS GRUPOS DE SOCIEDADES: MODERNA MANIFESTACIÓN CORPORATIVA.-

Los grupos de sociedades constituyen una clara manifestación de las tendencias modernas en el mundo empresarial. Responden a la firme necesidad de hacer frente a las exigencias impuestas por el mercado donde la demanda es creciente, la globalización derrumba las fronteras y el tráfico mercantil se toma cada vez más fluido. En aquel escenario, es menester que el empresariado asuma el postulado "adoptar-adaptar" (esto es, adoptar medidas para adaptarse al cambio) y, en dicho contexto, la concentración empresarial emerge como el mecanismo idóneo para el crecimiento

corporativo⁽¹⁾); dentro de sus diversas modalidades, son los grupos de sociedades los que actualmente gozan de un protagonismo inusitado en Europa Comunitaria y los Estados Unidos, haciéndose extensiva esa trascendencia a los países americanos.

Antes de proseguir en nuestro ensayo jurídico, debemos hacer una atinencia que juzgamos necesaria. En otras ocasiones⁽²⁾, analizando los diferentes nomen juris adjudicados a la figura sub-examine, hemos tomado partido por grupos de empresas por considerar que refleja su auténtica esencia (la agrupación de dos o más organizaciones destinadas a la actividad empresarial), lo que no sucede con otras denominaciones que solamente apuntan a la sociedad (grupos societarios, grupos de sociedades y sociedades imbricadas), aluden a la agrupación de empresarios cuando quienes se agrupan son las empresas (grupos de empresarios, grupos empresarios y agrupamientos empresarios), son amplias y ambiguas (empresas vinculadas económicamente) o denotan un enfoque eminentemente desde la Economía (conjuntos económicos y grupos económicos). Pues bien, en esta oportunidad y atendiendo a la temática abordada en la presente edición de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa nos hemos impuesto centrar nuestro análisis en el tema del control en la política empresarial de los grupos de sociedades.

Resulta menester que empecemos definiendo al instituto grupal que constituye marco general del asunto que nos convoca. Así, diremos que el grupo de sociedades es un fenómeno derivado de la concentración empresarial, de naturaleza multiarticulada, constituido por dos o más sociedades jurídicamente autónomas, en el cual existe una dirección unificada destinada a la satisfacción del interés grupal y para lo cual se establecen relaciones de dominación-dependencia, las que importan el control ejercido por uno o varios sujetos dominantes (pudiendo ser alguna de las sociedades) sobre la sociedad o sociedades dominadas. Sobre lo acotado, cabe efectuar dos precisiones conceptuales: (i) que la naturaleza multiarticulada se vislumbra en las diversas modalidades que puede adoptar un grupo de sociedades y (ii) que el interés grupal se encuentra por encima

¹ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "La concentración empresarial como mecanismo para el crecimiento corporativo". En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, Editora Normas Legales, marzo del 2001, Año LI, Nº 20, ps. 125 a 137.

² Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho Empresarial peruano (bases para una legislación integral). Lima, tesis para optar el título de abogado, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, julio del 2000, ps. 84 a 87. También, cfr. del mismo autor: Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, diciembre del 2001, ps. 56 y 57.

de los intereses de cada miembro del grupo, sin importar que éste detente la calidad de dominante o dominado⁽³⁾.

II.- LAS CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES.-

Podemos sintetizar este tópico sobre el cual nos pronunciamos hace algún tiempo⁽⁴⁾, señalando que son tres las características de los grupos de sociedades: la autonomía jurídica, la dirección unificada y la relación de dominación-dependencia.

2.1. La Autonomía Jurídica.-

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

Debe comprenderse que este atributo de los grupos de sociedades se expresa mediante dos palabras coligadas: autonomía jurídica; no se trata de simple autonomía (concepto per se amplio), sino de una clase específica de ella. Estamos, en verdad, ante una autonomía jurídica y no económica, formal y no real, de derecho y no de hecho, normativa y no empresarial. Y así, precisamente, lo entiende José Girón Tena cuando en el dictado de su cátedra universitaria pronuncia: "Se habla de uniones de empresas... porque éstas conservan su individualidad, es decir, una independencia por lo menos

³ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Los grupos de empresas en el Perú. Análisis y propuestas para una legislación integral". En: Gaceta Jurídica. Lima, Gaceta Jurídica Editores, septiembre del 2000, Tomo 82-B, p. 34.

⁴ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Características estructurales de los grupos de empresas". En: Banco de Datos Legal Teleley. Lima, desde el 11 de septiembre del 2000, <http://www.asesor.com.pe/teleley/tesis-echaiz.htm>

formal, aunque... la autonomía de su conducta se comprometa en mayor o menor medida⁽⁶⁾; en sede peruana, Tula Sánchez Domínguez, ex profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, enumera entre los rasgos de los grupos los niveles de autonomía jurídica y no económica⁽⁶⁾.

La referida autonomía jurídica puede ser materia de flexibilización. En tal orden de ideas, la sociedad dominante podrá disponer que todas las empresas integrantes del grupo modifiquen su denominación para que introduzcan cierta palabra que las identifique como parte de aquel grupo societario o podría darse el caso que las empresas pertenecientes al grupo compartiesen a la mayoría de los gerentes o que, ante la mala situación económica de uno de los miembros, otra de las sociedades del grupo acudiese en su "rescate" y asumiese sus deudas o parte de ellas. Todo esto es posible porque estamos ante una autonomía jurídica, pero no empresarial. Y ello tiene que ser así porque el mundo de las empresas no soporta trabas; por el contrario, es ágil y fluido.

Siguiendo a Alonso Morales Acosta, quien fuera miembro del jurado calificador cuando sustentamos nuestra tesis profesional, expresaremos que la autonomía jurídica se concretiza en dos niveles de la empresa: externo e interno⁽⁷⁾, los mismos que, en buena cuenta, denotan las relaciones "con la empresa" y "en la empresa", respectivamente.

El nivel externo atañe a las relaciones establecidas entre la sociedad y los socios, los trabajadores, los acreedores, los clientes y el Estado. Es el ejercicio del aparente actuar con total independencia; la empresa se muestra al exterior como una organización de naturaleza individual, desvinculada de otras; es uno de los efectos positivos que se infieren de la autonomía jurídica. Aquí, los titulares de la sociedad integrante del grupo

⁵ Girón Tena, José. "Los grupos de sociedades". En: Las grandes empresas. Valladolid, Universidad Nacional Autónoma de México, s/f, p. 102.

⁶ Cfr. Sánchez Domínguez, Tula. "Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Lima, Editorial Asesorandina, 1991, N° 40, p. 211.

⁷ Cfr. Morales Acosta, Alonso. "Los grupos de sociedades". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Lima, Editorial Asesorandina, 1994, N° 44, p. 110.

reflejan el goce de los tres atributos esenciales de todo empresario: poder de gestión, participación en las utilidades y asunción de riesgos, aunque en los hechos sea distinto.

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

2.2. La Dirección Unificada.-

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

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

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

Por nuestra parte, nos adscribimos a esta última postura que bien podríamos denominar de libertad restringida para las

sociedades dominadas y que deviene en más viable para su consecución; demás está decir que el sujeto dominante se encuentra facultado para intervenir en la ejecución de las directrices generales que él dispuso.

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

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

2.3. La Relación de Dominación-Dependencia.-

Autorizada doctrina española⁹) ha reconocido que la relación de dominación-dependencia ocupa un sitio importante dentro de la temática de los grupos de sociedades. En el ámbito

⁸ Miguens, Héctor José, "La consolidación concursal en el Derecho norteamericano de grupos de sociedades". En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Buenos Aires, Ediciones Depalma, julio-septiembre de 1998, Año 31, N° 183, p. 518.

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

académico (especialmente europeo), esta característica ha sido aludida consuetudinariamente con la frase "influencia dominante"; al respecto, narra Sergio Le Pera, catedrático en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Buenos Aires, que "la primera utilización del término «influencia dominante»... proviene de la Cámara de los Lores inglesa cuando, en el curso de la primera guerra mundial, decidió que por propiedad enemiga debía entenderse no sólo la que pertenecía a enemigos..., sino también la de sociedades que estuviesen bajo la influencia dominante de personas que, a su vez, debían ser calificadas de enemigos"¹⁰.

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

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

III.- LA DOMINACIÓN Y EL CONTROL.-

Ardua controversia (quizás, exagerada) ha propiciado la aparente multiacepción semántica del término control; inclusive, el francés Michel Vanhaecke ha llegado a decir que su definición debe provenir de la

¹⁰ Le Pera, Sergio. Cuestiones de Derecho Comercial moderno. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1979, p. 148.

casuística y no de la doctrina⁽¹¹⁾. La discusión parece surgir de la similitud (para algunos) o diferencia (para otros) entre los conceptos dominación y control. Por nuestra parte, adelantamos que nos adscribimos a la segunda postura.

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

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

IV.- LA NOCIÓN EMPRESARIAL DEL CONTROL.-

Para su correcta delimitación conceptual, el control debe ser enfocado desde la perspectiva empresarial. Así, la abogada comercialista Tula Sánchez Domínguez sostiene que en los grupos de sociedades suele darse que "el conjunto de todas las unidades operativas empresariales que forman parte del sistema son controladas y dirigidas desde un solo centro de decisión, denominado «empresa matriz», la cual ejercita un poder estratégico de centralización del manejo, control y dirección empresarial de todo el sistema operativo..."⁽¹²⁾. En ese mismo orden de ideas, Susana Mercado Neumann, en una interesante tesis profesional, apunta que "el control es la capacidad de inferir, directa o indirectamente, de manera determinante en las decisiones de una empresa"⁽¹³⁾. Finalmente, el

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

¹² Sánchez Domínguez, Tula. "Las empresas transnacionales y la imputación de responsabilidad: problemática jurídica", citada en nota 6, p. 202.

¹³ Mercado Neumann, Susana. "Proyecto de Grupos de Empresas". En: *Los grupos de empresas y sus consecuencias en el Derecho Mercantil*. Lima, tesis para optar el grado de

connotado laboralista Juan Antonio Sagardoy explica que, dentro de la caracterización jurídica de la institución grupal, destaca el poder de dirección único, lo cual implica que el grupo de sociedades "se erige [como] un centro de decisión externa que impide que cada empresa individual [entiéndase: sociedad] tenga capacidad decisoria propia, limitándose ésta sólo a los aspectos ejecutivos y secundarios"⁽¹⁴⁾.

No está de más hacer referencia a la Norma Internacional de Contabilidad 27 (más conocida como la NIC 27) titulada Estados Financieros Consolidados y Contabilización de Inversiones en Subsidiarias, la cual expresamente atribuye el siguiente significado al término control: "es el poder para gobernar las políticas financieras y de operación de una empresa con el fin de obtener beneficios de sus actividades" (artículo 6).

Caso aparte lo constituye la legislación, puesto que si bien ésta ha sido renuente en la mayoría de las veces a pronunciarse normativamente sobre los grupos de sociedades, cuando lo efectúa ha considerado como eje central de su estructura al control. En este orden de ideas, en sede peruana pueden encontrarse algunos ejemplos dentro de nuestro disperso tratamiento legislativo en esta materia⁽¹⁵⁾.

La Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico⁽¹⁶⁾ entiende que "la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa" es un acto que supone concentración empresarial (artículo 2). Por su parte, el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico⁽¹⁷⁾, en un plausible intento por acercarse al tema de los grupos de sociedades, define al control como "la capacidad de dirigir la administración de la persona jurídica" (artículo 5 segundo párrafo).

bachiller, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, junio de 1987, p. s/n, artículo 1.

¹⁴ Sagardoy, Juan Antonio. "Problemática laboral de los grupos de empresas". En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Editora Normas Legales, enero-marzo de 1996, Año XLVI, Nº 1, p. 101.

¹⁵ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Los grupos de empresas en la legislación peruana". En: *Revista Normas Legales*. Trujillo, Editora Normas Legales, agosto del 2000, Tomo 291, ps. A-161 hasta A-168.

¹⁶ Perú. Ley Antimonopolio y Antiloligopolio del Sector Eléctrico. Aprobada mediante Ley Nº 26876 de fecha 18 de noviembre de 1997 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de noviembre de 1997.

¹⁷ Perú. Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico. Aprobado mediante Resolución CONASEV Nº 722-97-EF/94.10 de fecha 28 de noviembre de 1997 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 29 de noviembre de 1997.

En el Anteproyecto de la Ley General de la Empresa⁽¹⁸⁾, al momento en el cual el legislador pretende definir al grupo empresarial, se establece que en éste existirá unidad de propósito y dirección "cuando la existencia y actividades de todos los empresarios persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto o actividad de cada una de ellas" (artículo 89 segundo párrafo). Dicha redacción, que se conservó en una posterior versión, demuestra los alcances del control de la política empresarial, relacionándolo tácitamente con el principio del interés grupal.

Posteriormente, se aprobaron las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁽¹⁹⁾ donde se estipula con un texto algo redundante que "se denomina control a la influencia preponderante y continua sobre las decisiones de los órganos de decisión de una persona jurídica" (norma 4.2). Por su parte, el Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁽²⁰⁾ indica lo que entiende por grupo económico tomando como referencia el control que se ejerce cuando menos sobre una persona jurídica (artículo 2 inciso h), criterio que es prácticamente repetido en el Reglamento de la Clasificación, Valorización y Provisiones de las Inversiones de las Empresas del Sistema Financiero⁽²¹⁾ (artículo 2 inciso n).

Hace relativamente poco tiempo se expidieron las nuevas Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁽²²⁾, dispositivo jurídico en el cual, con mejor redacción respecto a su antecesor, se manifiesta que "se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de

¹⁸ Perú. Anteproyecto de la Ley General de la Empresa. En: Comisión de Reforma de Códigos. Legislatura 1997-98. Lima, Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República, 1998, ps. 55 y ss.

¹⁹ Perú. Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico. Aprobadas mediante Resolución SBS N° 001-98 de fecha 2 de enero de 1998 y publicadas en el Diario Oficial El Peruano el 6 de enero de 1998. Es menester precisar que este dispositivo jurídico se encuentra actualmente derogado por la Resolución SBS N° 445-2000 que comentaremos más adelante.

²⁰ Perú. Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-98-ITINCI de fecha 2 de octubre de 1998 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 16 de octubre de 1998.

²¹ Perú. Reglamento de la Clasificación, Valorización y Provisiones de las Inversiones de las Empresas del Sistema Financiero. Aprobado mediante Resolución SBS N° 1053-99 de fecha 30 de noviembre de 1999 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de diciembre de 1999.

²² Perú. Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico. Aprobadas mediante Resolución SBS N° 445-2000 de fecha 28 de junio del 2000 y publicadas en el Diario Oficial El Peruano el 6 de julio del 2000.

decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica" (artículo 9° primer párrafo).

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

V.- LAS MANIFESTACIONES EMPRESARIALES DEL CONTROL.-

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se manifiesta empresarialmente el control en los grupos de sociedades, seguidamente explicaremos el control interno (de derecho y de hecho) y el control externo (de derecho y de hecho), así como el control directo e indirecto.

5.1. El Control Interno.-

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

5.1.1. El Control Interno de Derecho.-

Estamos ante el control accionario o participacional, dependiendo del modelo societario adoptado; es la influencia que se ejerce en razón de la titularidad de la sociedad dominada. Así, el Diccionario Espasa Economía y Negocios prescribe que la relación de dominio queda establecida porque la empresa matriz ejerce un control de derecho [en tanto] posee la mayoría de las acciones con derecho a voto o puede designar o cesar a la mayoría de los administradores⁽²³⁾. Adoptando una postura contraria en sus cimientos a lo anteriormente expresado, Susana Mercado Neumann consigna en su propuesta legislativa que existirá control de hecho cuando se posea acciones, participaciones o

²³ Cfr. Diccionario Espasa Economía y Negocios. Madrid, Arthur Andersen y Espasa Calpe, 1997, p. 298.

alícuotas por cualquier título que otorguen los votos suficientes para formar la voluntad social⁽²⁴⁾.

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

Respecto a lo explicado y situándonos dentro del contexto jurídico peruano, cabe anotar que no sería factible el control absoluto en los grupos de sociedades porque la normatividad de la materia exige la pluralidad de socios⁽²⁵⁾ y la titularidad de uno de ellos con el cien por ciento no lo permite. Sin embargo, esta es la regla general, cabiendo excepciones a la pluralidad de socios, tal es el caso de la sociedad de propósito especial (en procesos de titulización de activos y regulada por la legislación bursátil)⁽²⁶⁾, así como las subsidiarias de empresas del sistema financiero y de seguros⁽²⁷⁾.

Es de precisar, además, que una de las formas de conseguir el control interno de derecho es mediante la

²⁴ Cfr. Mercado Neumann, Susana. "Proyecto de Grupos de Empresas", citada en nota 13, p. s/n, artículo 2 inciso 1.

²⁵ Perú. Ley General de Sociedades. Aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 5 de diciembre de 1997 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1997, artículo 4.

²⁶ Perú. Ley del Mercado de Valores. Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 861 de fecha 21 de octubre de 1996 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 22 de octubre de 1996, artículo 327 inciso a.

²⁷ Perú. Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros. Aprobada mediante Ley N° 26702 de fecha 6 de diciembre de 1996 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de diciembre de 1996, artículo 36 inciso 3.

escisión. En efecto, a través de la escisión por división o por segregación, una sociedad se fracciona conservando o no su existencia y el titular mayoritario o titulares minoritarios sindicados de la sociedad escindida adquieren la calidad de sujetos dominantes de las empresas resultantes. La excepción a esta consecuencia se presenta en la escisión (por división o por segregación) en que los bloques patrimoniales son transferidos a sociedades ya existentes, puesto que el titular mayoritario podría no serlo ahora, aunque a veces caben los pactos de sindicación de voto.

La normatividad peruana que ha transitado por el tema de los grupos de sociedades ha subsumido ciertamente el criterio del control interno de derecho. Ello puede apreciarse en el Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico⁽²⁸⁾, puesto que ahí se presume *juris tantum* que existe control "cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones... se puede ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica" o "cuando sin contar con más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica se puede designar o remover a la mayoría de los miembros del directorio" (artículo 5 incisos a y b). El mismo criterio es recogido en las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁽²⁹⁾, dispositivo legal en el cual se alude al control directo e indirecto para referirse a este tópico (artículo 9 segundo y tercer párrafos).

Y, en el Derecho Comparado, la tendencia es semejante. La Ley sobre Sociedades Anónimas de Chile⁽³⁰⁾ prescribe que "es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del cincuenta por ciento de su capital con derecho a voto... o pueda elegir o designar... a la

²⁸ Perú. Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupo Económico, citado en nota 17.

²⁹ Perú. Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, citadas en nota 22.

³⁰ Chile. Ley sobre Sociedades Anónimas. Aprobada mediante Ley N° 18046, publicada en el Diario Oficial el 22 de octubre de 1981.

mayoría de sus directores o administradores" (artículo 86). Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay³¹) estipula que "se considerarán sociedades controladas aquellas que, en virtud de participaciones sociales o accionarias..., se encuentren bajo la influencia dominante de otra u otras sociedades" (artículo 49 primer párrafo).

Asimismo, la Ley para regular las Agrupaciones Financieras de México³²) sostiene que la sociedad controladora "será propietaria, en todo tiempo, de acciones con derecho a voto que representen por lo menos el cincuenta y uno por ciento del capital pagado de cada uno de los integrantes del grupo" (artículo 15 segundo párrafo). Finalmente, la Directiva relativa a las Cuentas Consolidadas de la legislación europea³³) explica tácitamente que habrá grupo de sociedades cuando una sociedad matriz tiene la mayoría de los derechos de voto de los accionistas o asociados de una sociedad filial o cuando tiene el derecho de nombrar o revocar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de una sociedad filial y es, al mismo tiempo, accionista o asociada de esta sociedad filial (artículo 1 inciso 1 acápite a y b).

Antes de proseguir, dejamos constancia que el control interno de derecho se relaciona estrechamente a la institución empresarial anglosajona de la holding company, aspecto que por razones de propedéutica reservamos para más adelante³⁴).

³¹ Uruguay. Ley de Sociedades Comerciales. Aprobada mediante Ley N° 16060, publicada en el Diario Oficial el 1 de noviembre de 1989.

³² México. Ley para regular las Agrupaciones Financieras. Aprobada mediante Decreto de fecha 16 de julio de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990.

³³ Unión Europea. Directiva relativa a las Cuentas Consolidadas. Aprobada mediante la Séptima Directiva N° 83/349/CEE del Consejo, de fecha 13 de junio de 1983 y publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 1983.

³⁴ Véase ut infra acápite 6 de este ensayo jurídico.

5.1.2. El Control Interno de Hecho.-

El control interno de hecho se da a través de dos mecanismos que bien podríamos llamar control relativo y control administrativo, siendo ambos muy comunes en las denominadas sociedades de accionariado difundido, es decir, en aquellas empresas organizadas societariamente y que cuentan con gran número de titulares.

Cuando en una sociedad impera el fenómeno del ausentismo existe amplio margen de probabilidades para que surja el control relativo. Para comprender ello, debemos empezar recordando que es recurrente distinguir en toda sociedad de grandes dimensiones entre los socios de mando (con ánimo de permanencia y dispuestos a dirigir la marcha social) y los socios especuladores (cuyo propósito no es involucrarse en la dirección de la sociedad, sino obtener el plus de diferencia al revender sus acciones). Pues bien, estos últimos se mantienen generalmente al margen de la gestión empresarial (por decisión propia) y, consecuentemente, son ausentes a las juntas que se celebran. Llegado a este punto, podrá inferirse con facilidad por quienes será aprovechado dicho ausentismo; en efecto, muchos de los socios de tenencia minoritaria adquirirán posición mayoritaria entre los votantes y, por ende, el control necesario.

En cuanto al control administrativo, éste se refiere a aquel que reposa en manos de los órganos encargados de la administración de la sociedad, esto es, directores, gerentes y demás ejecutivos. Sucede que, debido al cuantioso número de socios, resulta complicado adoptar acuerdos en temas fundamentales e, incluso, es prácticamente imposible celebrar un pacto de sindicación de voto, ya que hay múltiples opiniones en los más disímiles sentidos³⁵). De lo sostenido se generan dos

³⁵ Por ejemplo: el directorio de una sociedad considera pertinente realizar una operación de fusión con otra sociedad y somete el proyecto de fusión a junta general de socios. Aquí, algunos desean aprobarlo íntegramente; otros consideran que no es el momento oportuno para dicha operación; unos terceros estiman que el proyecto de fusión no ha observado los

posibles consecuencias: que lo decidido por los órganos administrativos sea casi siempre aprobado por la junta de socios, puesto que es difícil arribar a otra solución (se piensa que no hay alternativa viable y que la marcha de la sociedad no debe detenerse) o que los socios no se pongan de acuerdo inclusive para discutir la remoción de los directores o gerentes⁽³⁶⁾.

Cabe otra manifestación del control administrativo que no está necesariamente ligada a las denominadas sociedades de accionariado difundido y se presenta cuando los órganos encargados de la administración son comunes a dos o más empresas. Este supuesto se encuentra estrechamente ligado al control interno de derecho, en tanto se materializará generalmente cuando el sujeto dominante tiene la facultad de nombrar o remover a la mayoría de los miembros del directorio o a los gerentes, criterio que usualmente ha sido recogido por la legislación⁽³⁷⁾.

Nuestro maestro Alonso Morales Acosta comenta que hay un fenómeno que se viene produciendo en Europa y que se conoce como control bancario, el cual consiste en el encargo de confianza que los bancos reciben de sus clientes (accionistas especuladores) para representarlos⁽³⁸⁾. Al respecto, opinamos que el supuesto es válido para toda representación de titulares de una sociedad, sin importar que el representante sea una entidad bancaria, otro titular, uno de los directores, uno de los gerentes o cualquier persona; por lo demás,

requisitos legales; otros, finalmente, creen que la fusión debiera realizarse dentro de un tiempo, pero la entrada de una sociedad competidora al mercado obliga a adelantar esa oportunidad inicialmente concebida a mediano plazo. En este escenario, ante tan diversas posturas de los socios, el directorio logra que se apruebe el proyecto de fusión con el apoyo del primer grupo de socios y el convencimiento de la mayoría de los otros socios.

³⁶ De acuerdo a nuestra normatividad societaria vigente, uno o más accionistas que representen no menos del veinte por ciento de las acciones suscritas con derecho a voto pueden solicitar notarialmente la celebración de junta general; en el caso de sociedades anónimas abiertas, ese porcentaje disminuye al cinco por ciento. En consecuencia, de no lograrse aunar aquellas cantidades porcentuales será imposible la convocatoria. Cfr. Perú. Ley General de Sociedades, citada en nota 25, artículos 117 y 255.

³⁷ Véase ut supra el acápite 5.1.1. de este ensayo jurídico.

³⁸ Cfr. Morales Acosta, Alonso. "Los grupos de sociedades", citado en nota 7, p. 112.

lo subsumimos dentro del control relativo, considerando que el efecto práctico potencial resulta siendo el mismo: alguien con tenencia minoritaria (o sin tenencia) puede conseguir acaparar la mayoría de las acciones con voto, originándose ello de una situación de hecho.

5.2. El Control Externo.-

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

5.2.1. El Control Externo de Derecho.-

El control externo de derecho surge de la celebración de un contrato cuya finalidad principal, intrínseca o expresa es la dominación y el consecuente control, lo que hemos venido en denominar como contrato de dominación grupal⁽³⁹⁾. Al respecto, el jurista argentino Julio Otaegui ha manifestado: "Hay grupo contractual de derecho cuando entre las sociedades integrantes se ha celebrado un contrato cuya causa-fin... es la constitución del grupo"⁽⁴⁰⁾.

En efecto, el vínculo contractual genera la relación de dominación-dependencia y conlleva al establecimiento, mediante cláusulas, de un comportamiento subordinado que la sociedad dominada deberá observar y acatar respecto al sujeto dominante. Así es la opinión del comercialista Sergio Le Pera cuando señala que "por el «contrato de dominación» la empresa dominante tiene el derecho de impartir directivas al directorio de la sociedad en lo que a la conducción de la misma se refiere"⁽⁴¹⁾. Sobre el particular, es contundente el siguiente texto en

³⁹ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "El contrato de dominación grupal". En: Informativo Legal Rodrigo & Hernández Berenguel. Lima, Asesores Financieros, enero del 2001, N° 175, ps. 11 a 19; y, del mismo autor: "El contrato de dominación grupal (moderna figura contractual corporativa)". En: Revista Jurídica del Perú. Trujillo, Editora Normas Legales, enero del 2001, Año LI, N° 18, ps. 161 a 171.

⁴⁰ Otaegui, Julio. Concentración societaria. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1984, p. 37.

⁴¹ Le Pera, Sergio. Cuestiones de Derecho Comercial moderno, citado en nota 10, p. 151.