

tono reflexivo: "La integración de la actividad económica, en cuanto manifestación de crecimiento, muchas veces se instrumentaliza a través de convenios de complementación que (tras un marco de aparente igualdad jurídica) instrumentan una relación hegemónica de una de las partes que se plasma por lo convenido en las distintas cláusulas pactadas"⁴²).

Sistematizando lo sostenido en los párrafos precedentes, nosotros entendemos que el contrato de dominación grupal⁴³ es aquel acuerdo de voluntades que rige el funcionamiento de un grupo de sociedades y mediante el cual el sujeto dominante asume la facultad de impartir la dirección unificada del grupo, mientras que las sociedades dominadas se obligan a acatar sus decisiones, aún cuando sean contrarias a su interés empresarial. La naturaleza jurídica de la institución sub-examine genera un vínculo contractual que estatuye una jerarquización dentro de las uniones de empresas con relaciones de subordinación, es decir (y en términos más explícitos), dentro de los grupos de sociedades.

El contrato de dominación grupal, plasmación del control externo de derecho, será celebrado entre dos partes: de un lado, el sujeto dominante y, de otro lado, las sociedades dominadas. El sujeto dominante será la persona natural (Joaquín Ormeño, en el Grupo Ormeño), el conjunto de personas naturales (José Graña MiroqueSada y Carlos Montero Graña, en el Grupo Graña y Montero) o la persona jurídica (Backus Corporación, en el Grupo Backus) que imparte la dirección unificada. Por su parte, las sociedades dominadas serán todas aquellas sobre las cuales el sujeto dominante ejerce alguna clase de dominación y

⁴²Cfr. Aguinis, Ana María. "Los contratos de dominación entre empresas integradas y el Derecho Económico". En: Revista de Derecho Industrial. Buenos Aires, septiembre-diciembre de 1986, Año 8, N° 24, p. 409.

⁴³ Es preciso anotar que lo que nosotros denominamos contrato de dominación grupal es una figura que, aún cuando no ha recibido diversos nomen juris por ser moderna y poco explorada, también se le conoce como "contrato de dominación" (según la Ley de Sociedades Anónimas de Alemania, 1965), "contrato de afiliación" (según la Ley de Sociedades Comerciales de Francia, 1966) y "contrato de grupo" (según el Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas de Perú, 2000).

consecuente control, bien sea accionario, participacional, administrativo, relativo o netamente contractual.

Algunas muestras existen en la legislación extranjera respecto al control externo de derecho, las que expondremos seguidamente. La Ley de Sociedades Anónimas de Alemania⁴⁴ regula al contrato de dominación dentro de los contratos de empresa, en materia de empresas vinculadas; según dicho texto legal, por aquel contrato la sociedad dominante tiene el derecho de impartir instrucciones al directorio de la sociedad dominada en lo que a la conducción de la misma se refiere, cabiendo la posibilidad de dictar directivas desventajosas para la sociedad pero que satisfagan el interés grupal.

Por su parte, la Ley de Sociedades Comerciales de Francia⁴⁵ consagra el denominado contrato de afiliación, de escaso desarrollo legislativo. Asimismo, la Ley para regular las Agrupaciones Financieras de México⁴⁶ prevé que la sociedad controladora y cada una de las entidades financieras de un grupo suscriban un convenio de responsabilidades como mecanismo de protección de los bienes del público (artículo 28°). Hace poco tiempo, en España se dictó la Ley sobre Derechos de Información y Consulta de los Trabajadores en las Empresas y Grupos de Empresas de Dimensión Comunitaria⁴⁷ donde se legisla el acuerdo que deberán suscribir la Dirección Central y la Comisión Negociadora y, aunque su naturaleza no coincide con la del contrato de dominación grupal, busca satisfacer el derecho a la información de plana laboral mediante el establecimiento de pautas que atañen a la organización del grupo de sociedades (artículo 12°).

⁴⁴ Alemania. Ley de Sociedades Anónimas. Aprobada mediante Ley del año 1965.

⁴⁵ Francia. Ley de Sociedades Comerciales. Aprobada mediante Ley N° 66-537 de fecha 24 de julio de 1966.

⁴⁶ México. Ley para regular las Agrupaciones Financieras, citada en nota 32.

⁴⁷ España. Ley sobre Derechos de Información y Consulta de los Trabajadores en las Empresas y Grupos de Empresas de Dimensión Comunitaria. Aprobada mediante Ley N° 10/1997 de fecha 24 de abril de 1997.

En sede peruana, el contrato de dominación grupal aún permanece como una figura contractual atípica; sin embargo, existe una propuesta legislativa que pretende superar esta situación⁴⁸ y, por nuestra parte, hace algún tiempo ya venimos postulando que es necesario contemplar jurídicamente a dicho contrato dentro de una legislación integral sobre los grupos de empresas⁴⁹.

5.2.2. El Control Externo de Hecho.-

En el control externo de hecho estamos ante la celebración de un contrato donde el control no es su propósito principal, sino un efecto secundario y derivado que aparece en la relación entre las partes. Usualmente, la doctrina ha coincidido en señalar qué figuras contractuales son más asequibles a esta situación; nosotros comentaremos brevemente el suministro, la concesión mercantil, la licencia de marca y la franquicia, dejando a salvo que estos contratos sólo son algunos entre muchos otros que generan control externo de hecho.

Si el suministrante cuenta con un solo cliente (atendiendo a su obligación contractualmente contraída), su permanencia en el mercado estará condicionada a la demanda, esto es, los requerimientos del suministrado. Imaginemos que una granja y una avícola celebran un contrato de suministro con pacto de exclusividad a favor del suministrado; no sería de extrañar que en una oportunidad se necesite cien aves y, en otra ocasión, solamente veinte aves.

Igual sucederá ante la celebración de un contrato de concesión mercantil donde se pacte la cláusula de exclusiva a favor del concedente, ya que éste impartirá

⁴⁸ Perú. Anteproyecto de la Ley de Grupos de Empresas. Presentado por la Comisión Especial ante el Ministro de Justicia, con fecha 10 de octubre del 2000 y según el cual se propone la modificación de la Ley General de Sociedades, incluyéndose en su Libro Quinto "Contratos Asociativos" al contrato de grupo, opción de la cual discrepamos.

⁴⁹ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas". En: Revista Normas Legales. Trujillo, Editora Normas Legales, octubre del 2000, Tomo 293, ps. B-13 hasta B-26.

instrucciones respecto a las condiciones de venta, publicidad, precio de venta, ofertas, garantía, servicio post-venta y demás aspectos, de manera que el concesionario termina subordinado.

Respecto a la licencia de marca, nuestra vigente Ley de Propiedad Industrial⁵⁰ estipula que "el licenciatario responde ante los consumidores por la calidad e idoneidad de los productos o servicios licenciados como si fuese el productor o prestador de éstos" (artículo 167); por lo tanto, es lógico pensar que aquel realizará una labor de control o monitoreo, de modo tal que el licenciatario debe acatar las instrucciones impartidas ya que de lo contrario pierde la licencia, quedando sus productos o servicios "sin marca".

Por su parte, la franquicia es un contrato mediante el cual el franquiciante otorga al franquiciado el derecho a realizar actividades de producción o comercialización de bienes o prestación de servicios, valiéndose de medios comunes de identificación (como signos distintivos, lemas comerciales, etc.), recibiendo en contraprestación un derecho de ingreso (pago inicial) y las regalías correspondientes. Resulta clara la supervisión que ejercita el franquiciante, lo que se traduce en una relación de dominación-dependencia y ello se explica ante el total desprendimiento que llega, incluso (y lo cual es muy riesgoso), al secreto industrial, no siendo menos importante la "imagen de la marca". En este sentido, se afirma que "el contrato de franquicia supone una pérdida de parte de independencia del franquiciado, derivada del control que ejerce el franquiciador [entiéndase: franquiciante] respecto a la aplicación de los métodos de gestión y venta y del desarrollo de la contabilidad"⁵¹.

⁵⁰ Perú. Ley de Propiedad Industrial. Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 823 de fecha 23 de abril de 1996 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de abril de 1996.

⁵¹ Cfr. Blesa Pérez, Andreu. "Peculiaridades de la franquicia como estrategia de cooperación". En: Revista Alta Dirección. Barcelona, Editorial Alta Dirección, marzo-abril de 1997, Año XXXI, N° 192, ps. 137 y 138. Además, cfr. Mesarina de Zela, Rómulo. "La franquicia: una forma de crecer". En: Diario Gestión. Lima, 9 de mayo del 2001, p. VI.

El control externo de hecho ha sido enfocado acertadamente en la legislación peruana que tangencialmente se pronuncia sobre los grupos de sociedades, cuando menos en tres dispositivos. En primer lugar, el Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada⁵²) estima que la "celebración de contratos o convenios de cooperación o referidos a servicios de asistencia técnica, transferencia de tecnología y/o explotación de patentes, marcas y nombres comerciales" constituyen hechos de importancia que influyen decisivamente en la gestión del emisor (artículo 5° inciso b). En segundo término, la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico⁵³) considera que "la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de... cualquier contrato o figura jurídica..., incluyendo la celebración de contratos de asociación joint venture, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión..." implica concentración empresarial (artículo 2°). Finalmente, las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁵⁴) califican como control directo a aquel que se ejerce a través de "contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio" (artículo 9° segundo párrafo).

5.3. El Control Directo e Indirecto.-

Además de todo lo analizado hasta esta parte, existe el control directo e indirecto que, por nuestra parte, consideramos aplicable a cada uno de los rubros anteriores, es decir, al control interno de derecho (accionario o participacional), al control interno de hecho (relativo y administrativo), al control externo de derecho y al control externo de hecho.

⁵² Perú. Reglamento de Hechos de Importancia e Información Reservada. Aprobado mediante Resolución CONASEV N° 307-95-EF/94.10 de fecha 22 de agosto de 1995 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de agosto de 1995.

⁵³ Perú. Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, citada en nota 16.

⁵⁴ Perú. Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, citadas en nota 22.

Los dos supuestos son de entendimiento muy lógico: si el sujeto A controla a la sociedad B, entonces el sujeto A controla directamente a la sociedad B; y si el sujeto A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad C, entonces el sujeto A controla indirectamente a la sociedad C. Este último caso recibe también el nombre de "control escalonado" porque comprende, a su vez, dos tipos de control: directo e indirecto. Y lo dicho puede apreciarse en un ejemplo concreto relativamente reciente: la empresa Grupo México adquirió más del ochenta por ciento de las acciones de la estadounidense Asarco y ésta, a su vez, es titular de más del cincuenta y cuatro por ciento de las acciones de Southern Perú; por lo tanto, aquí tenemos que ahora: (i) Grupo México controla directamente a la empresa Asarco, (ii) Asarco controla directamente a Southern Perú y (iii) Grupo México controla indirectamente a Southern Perú.

Cabe precisar que nuestra reciente Ley General de Sociedades⁵⁵) incorpora una figura jurídica que ha sido calificada como innovativa, a la cual denomina control indirecto de acciones (artículo 105); sin embargo, ello no se condice con la esencia de la institución porque ahí está regulándose, en realidad, al grupo de sociedades circular, aspecto sobre el cual nos pronunciaremos más adelante⁵⁶).

VI.- LOS INSTRUMENTOS EMPRESARIALES DEL CONTROL.-

El control en la política empresarial de los grupos de sociedades se vale, en ciertas ocasiones, de algunos instrumentos que la propia organización corporativa ofrece, tal es el caso de la empresa holding y de la subsidiaria, figuras íntimamente ligadas y que deben diferenciarse respecto a la sucursal. Seguidamente, analizaremos con cierto rigor académico la primera de las nombradas y haremos un somero repaso por las otras dos mencionadas.

⁵⁵ Perú. Ley General de Sociedades, citada en nota 25.

⁵⁶ Véase ut infra acápite 7 de este ensayo jurídico.

6.1. La Empresa Holding.-

En vista que nos enfrentamos a una figura jurídico-empresarial ampliamente conocida por su denominación en idioma inglés (que, por cierto, goza de unánime aceptación), es menester detenernos brevemente en su etimología. Así podemos apreciar que el vocablo holding proviene del verbo to hold que significa tenencia, propiedad o posesión; por ende y en sentido lato, se le identifica con la tenencia de acciones de otra empresa⁽⁵⁷⁾.

La enjundiosa Enciclopedia Jurídica Omeba arriba a la siguiente definición: "Sociedad cuyo capital se integra con acciones de otras sociedades, respecto de las cuales la holding es cabeza de grupo. Esta sociedad ejerce generalmente sobre las filiales o subsidiarias la dirección económica y financiera..."⁽⁵⁸⁾. Con acierto, el Diccionario de Derecho Privado explica que es una "sociedad que se dedica a la adquisición y conservación... de participaciones en empresas extrañas, con el fin de ejercer una influencia permanente en la dirección de estas empresas"⁽⁵⁹⁾. En semejante orden de ideas, el profesor peruano Ernesto Pinto-Bazurco Rittler manifiesta que estamos ante "una compañía que controla una o más compañías, normalmente manteniendo una mayoría de las acciones de esas compañías subsidiarias", agregando que "una holding company se ocupa del control y no de la inversión y realiza funciones financieras, administrativas o de mercadeo para varias de sus subsidiarias"⁽⁶⁰⁾.

A efectos de ahondar en la exposición, el interesante Diccionario de Derecho Empresarial sostiene como semántica de la figura sub-examine lo siguiente: "También denominada sociedad matriz, sociedad madre, sociedad cabeza de grupo o sociedad dominante, es la sociedad que, en un grupo o agrupamiento de sociedades, ostenta el control económico

⁵⁷ Cfr. Ferro Astray, Juan. "En torno al concepto jurídico de holding". En: Revista del Colegio de Abogados del Uruguay. Montevideo, Colegio de Abogados del Uruguay, s/f, Tomo I, p. 161.

⁵⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1982, Tomo XIV, p. 395.

⁵⁹ De Casso y Romero, Ignacio y otros. Diccionario de Derecho Privado. SA, Editorial Labor, 1950, Tomo II, p. 2175.

⁶⁰ Pinto-Bazurco Rittler, Ernesto. Diccionario de Relaciones Internacionales. Lima, Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1997, p. 185.

sobre las demás, denominadas sociedades hijas o filiales. (...) la holding es, en realidad, un depósito de fondos dedicado a controlar otras empresas"⁽⁶¹⁾. Y, con el rigor académico que le caracteriza, Saúl Argeri indica que "es la empresa que, controlando mediante la posesión de la mayoría del paquete accionario a muchas sociedades de capital y, por ende, dominándolas, encadena sus actividades con el objeto de dominar el mercado, integrar alguna o varias de sus secciones de producción no explotadas o sustituyéndolas por razones económicas propias a otra de las empresas y racionaliza su funcionamiento..."⁽⁶²⁾.

De los textos anteriormente glosados, podemos inferir que la empresa holding (también llamada empresa madre, principal, matriz, incorporante, dominante, controlante, cabeza de grupo e, inclusive, tenedora⁽⁶³⁾) constituye un instrumento idóneo para conseguir el control dentro de un grupo de sociedades. Nótese que su objeto social será la tenencia de acciones o participaciones en otras sociedades (en aras de establecer una política corporativa unitaria y ejercitar la dirección unificada⁽⁶⁴⁾), mas no el realizar inversiones con otros fines; aunque esto último debe enfocarse sutilmente porque hay quienes vienen diferenciando entre la empresa holding propiamente dicha (la simple tenedora de acciones o participaciones) y la empresa holding mixta (la que combina dicha tenencia con otras actividades económicas).

Muchas son las ventajas que ofrece la institución analizada; por nuestra parte, reseñaremos tres de ellas: (i) disminuye el riesgo del negocio, puesto que el inversionista distribuye su capital en distintas sociedades, lo cual posibilitará que compense potenciales pérdidas sufridas por alguna de las integrantes del

⁶¹ Ribó Durán, Luis y Fernández Fernández, Joaquín. Diccionario de Derecho Empresarial. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1998, p. 450.

⁶² Argeri, Saúl. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982, p. 238.

⁶³ La Norma Internacional de Contabilidad 27 (comúnmente conocida como NIC 27) titulada "Estados Financieros Consolidados y Contabilización de Inversiones en Subsidiarias" considera como «tenedora» a la empresa que tiene una o más subsidiarias (artículo 6°).

⁶⁴ Rodrigo Borja dice respecto a la empresa holding: "... su propósito principal es el de dominar la gestión directiva de otras empresas y conducirlas de acuerdo con sus intereses", debiendo entenderse que estos intereses son los correspondientes al grupo de sociedades. Cfr. Borja, Rodrigo. Enciclopedia de la Política. México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 303.

grupo con los beneficios patrimoniales obtenidos por otras; (ii) permite conseguir el control de diversas sociedades con un capital comparativamente reducido, ya que le basta detentar más del cincuenta por ciento de la titularidad o, incluso, menos porcentaje en sociedades de accionariado difundido; y (iii) el control empresarial se ejerce en un marco de directrices concentradas y de funciones descentralizadas, en tanto las sociedades dominadas continúan siendo autónomas jurídicamente, aún cuando pertenecen al grupo de sociedades.

En la legislación se aprecian algunos pronunciamientos normativos dispersos sobre la empresa holding. Así, la *Federal Public Utility Act* de Estados Unidos⁽⁶⁵⁾ obligó a las empresas holding que actuaban en el sector de los servicios públicos a inscribirse en un Registro, sujetándolos al control de la Comisión de Valores y Cambios. Por su parte, la *Companies Act* de Inglaterra⁽⁶⁶⁾ califica como holding a la sociedad que ejerce control sobre empresas subsidiarias mediante una participación de más del cincuenta por ciento del capital accionario o disponiendo la elección del consejo de administración. Y, en sede peruana, las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico⁽⁶⁷⁾ definen con acierto a la empresa controladora o holding como la "persona jurídica cuya actividad principal es la tenencia de acciones o participaciones en el capital social de otras personas jurídicas, sobre las cuales ejerce control" (artículo 2° inciso c), criterio que es recogido en los mismos términos por el Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos⁽⁶⁸⁾ (artículo 2 inciso e).

6.2. La Subsidiaria.-

A nuestro parecer, es plausible la definición brindada por el Diccionario Jurídico Espasa, cuando estipula: "La constituida de modo que la totalidad o la mayoría de sus participaciones se

⁶⁵ Estados Unidos. *Federal Public Utility Act*. Aprobada mediante Ley del año 1935 (traducción libre).

⁶⁶ Inglaterra. *Companies Act*. Aprobada mediante Ley del año 1948 (traducción libre).

⁶⁷ Perú. Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, citadas en nota 22.

⁶⁸ Perú. Reglamento para la Supervisión Consolidada de los Conglomerados Financieros y Mixtos. Aprobado mediante Resolución SBS N° 446-2000 de fecha 28 de junio del 2000 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de julio del 2000.

distribuye a otra sociedad (madre). Forma típica de formación de grupo de empresas, en que manteniéndose la independencia jurídica se produce una unidad de dirección económica. (...). En sentido amplio, puede considerarse sociedad filial no sólo la que se constituye por la sociedad madre, sino incluso aquella ya en funcionamiento en la que otra sociedad acaba teniendo participación significativa"⁽⁶⁹⁾.

La existencia de una empresa holding implica necesariamente la existencia de cuando menos una subsidiaria; aquí también la terminología es amplia y suele denominarse a ésta como empresa hija, filial, secundaria, incorporada, dominada o controlada. Su rasgo más característico es la autonomía jurídica⁽⁷⁰⁾, de manera que la subsidiaria "posee... nombre, organización, administración, responsabilidad, personalidad y patrimonio propio, distinto del de la casa matriz"⁽⁷¹⁾; empero, esa independencia se desvanece en el aspecto económico y empresarial, puesto que se encuentra enmarcada dentro de la política grupal unitaria.

6.3. La Sucursal.-

Con propósito didáctico, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía caracteriza a la sucursal como el "establecimiento que, situado en distinto lugar que la central de la cual depende, desempeña las mismas funciones que ésta", añadiendo que "no tiene patrimonio ni personalidad propios y lleva el nombre de la empresa principal"⁽⁷²⁾. Desde una perspectiva más integral, también se ha indicado que estamos ante una "unidad empresarial cuya manifestación práctica mercantil se realiza porque su giro, su dirección y administración, su vida jurídica y su patrimonio dependen y forman parte integrante de la casa matriz"⁽⁷³⁾.

⁶⁹ Diccionario Jurídico Espasa. Madrid, Espasa Calpe, 1998, p. 419.

⁷⁰ "Una subsidiaria es una sociedad independiente, con un capital y un balance propios...". Cfr. Marcuse, Robert. Diccionario de Terminología Financiera. Lima, Asociación de Bancos del Perú, septiembre de 1998, p. 236.

⁷¹ Cfr. Argeri, Saúl. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa, citado en nota 61, p. 218.

⁷² De Santo, Víctor (director). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996, p. 816.

⁷³ Cfr. Argeri, Saúl. Diccionario de Derecho Comercial y de la Empresa, citado en nota 61, p. 372.

En suma, es fácilmente deducible que la sucursal es una mera extensión de la sociedad principal, por lo cual carece de todo atributo que normalmente se le confiere a las personas jurídicas (tales como: denominación, objeto, personalidad jurídica, etc.) al no constituir un sujeto de derecho distinto del cual depende jurídica y económicamente. Por tanto, no es equiparable a la subsidiaria, en tanto ésta siempre presupone la existencia de un grupo de sociedades, mientras que la sucursal es ajena a tal situación empresarial⁽⁷⁴⁾.

La actual Ley General de Sociedades peruana⁽⁷⁵⁾, a diferencia de su antecesora, ha brindado una definición legal expresa de la sucursal, prescribiendo que es "todo establecimiento secundario a través del cual una sociedad desarrolla, en lugar distinto a su domicilio, determinadas actividades comprendidas dentro de su objeto social", subrayando que aquella "carece de personería jurídica independiente de su principal" (artículo 396°).

VII.- EL CONTROL EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES CIRCULARES

En anteriores oportunidades nos hemos pronunciado ampliamente acerca de la compleja clasificación que pueden adoptar los grupos de sociedades⁽⁷⁶⁾; pues bien, atendiendo a la estructura del grupo, este puede ser participacional, contractual y personal y, a su vez, el primero de los nombrados comprende tres variantes: radial, piramidal y circular. Este último será materia de comentario en las líneas siguientes.

El grupo participacional circular implica que una sociedad participa en el capital de otra, ésta hace lo mismo respecto a una tercera y así, sucesivamente, hasta que la última sociedad participa en el capital de la primera; demás está decir que las participaciones referidas son en porcentajes necesarios como para asegurar el control.

⁷⁴ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "La subsidiaria y la sucursal en el mundo empresarial". En: Diario Síntesis. Lima, 12 de noviembre del 2001, p. 20.

⁷⁵ Perú. Ley General de Sociedades, citada en nota 25.

⁷⁶ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. Regulación jurídica de los grupos de empresas en el Derecho Empresarial peruano (bases para una legislación integral), citado en nota 2, ps. 112 a 127.

En este orden de ideas, el capital social se vuelve algo ficticio, puesto que se pasa circulando dentro de un camino iteractivo de nunca acabar; con razón ha llegado a decirse que es la modalidad participacional más peligrosa. Téngase en cuenta que la figura jurídica del capital social cumple primordial y casi exclusivamente una función de garantía; por ende, cualquier alteración que lo afecte pone en riesgo los intereses que el Derecho tiende a proteger.

Pero eso no es todo; existe una seria implicancia que ya hemos advertido en referencia al contrato de dominación grupal. Apréciase que en este negocio jurídico, las partes deberán estar plenamente identificadas, es decir, habrá que saber con certeza quién es el sujeto dominante y quiénes son las sociedades dominadas. Pues bien, sucede que en los grupos de sociedades circulares tales circunstancias se desconocen y, por ende, tampoco podrá saberse quién ejerce la dirección unificada, quién imparte las directrices y quién interpreta el interés grupal.

Atendiendo a estas razones tan determinantes, varias legislaciones extranjeras han prohibido la existencia del grupo de sociedades circular, tema al que usualmente aluden como participaciones recíprocas. Veamos algunos casos.

La Ley de Sociedades Comerciales de Francia⁽⁷⁷⁾ estipula: "Una sociedad por acciones no puede poseer acciones de otra sociedad si ésta detenta una fracción de su capital superior al diez por ciento" (artículo 358°). Por su parte, la Ley de Sociedades Anónimas de España⁽⁷⁸⁾ regula la adquisición originaria de acciones propias en los siguientes términos: "En ningún caso podrá la sociedad suscribir acciones propias ni acciones emitidas por su sociedad dominante" (artículo 74° inciso 1).

Asimismo, la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina⁽⁷⁹⁾ es tajante al afirmar que "es nula la constitución de sociedades o el aumento de capital mediante participaciones recíprocas..." (artículo 32°), criterio que es recogido con texto prácticamente semejante por la Ley de Sociedades Comerciales de Uruguay⁽⁸⁰⁾ (artículo 52°).

⁷⁷ Francia. Ley de Sociedades Comerciales, citada en nota 45.

⁷⁸ España. Ley de Sociedades Anónimas. Aprobada mediante Ley N° 1564/1989.

⁷⁹ Argentina. Ley de Sociedades Comerciales. Aprobada mediante Ley N° 19550.

⁸⁰ Uruguay. Ley de Sociedades Comerciales, citada en nota 31.

En cuanto a la Ley sobre Sociedades Anónimas de Chile⁸¹, ésta manifiesta, por un lado, que "las sociedades filiales y coligadas de una sociedad anónima no podrán tener participación recíproca en sus respectivos capitales, ni en el capital de la matriz o de la coligante..." (artículo 88°) y, por otro lado, que "las sociedades filiales no podrán adquirir acciones de la sociedad matriz, ni acciones o derechos de otras filiales de la misma empresa" (artículo 121°).

La normatividad societaria peruana en esta materia es un caso particular⁸². En principio, debemos señalar que legisla el supuesto analizado del grupo de sociedades circular, permitiendo su existencia, pero incorrectamente lo denomina como control indirecto de acciones (artículo 105°). Tal título es inapropiado porque (atendiendo a una interpretación literal del articulado) no estamos ante el control indirecto (que se da cuando, por ejemplo, la sociedad A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad C, por lo que la sociedad A controla "indirectamente" a la sociedad C), sino ante dos relaciones de control directo (la sociedad A controla a la sociedad B y esta sociedad B controla a la sociedad A).

Esta situación parece haber sido advertida durante los debates de la Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades, puesto que en la sesión de fecha 26 de marzo de 1997 (y a propósito del Anteproyecto⁸³) publicado a inicios de aquel mes, cuyo artículo 105° es idéntico al actual) se acordó "revisar la redacción del artículo 105°, a fin de esclarecer el concepto del control indirecto de acciones"⁸⁴ (el subrayado es nuestro); sin embargo, la norma se mantuvo tal cual en los tres siguientes Proyectos⁸⁵ y, finalmente, en la propia Ley.

⁸¹ Chile. Ley sobre Sociedades Anónimas, citada en nota 30.

⁸² Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Los grupos de empresas y sus implicancias en el Derecho Societario". En: Revista Cathedra. Lima, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, diciembre del 2000, Año IV, Nº 7, ps. 110 y 111.

⁸³ Perú. Anteproyecto de la Ley General de Sociedades, elaborado por la Comisión Redactora. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 2 de marzo de 1997, artículo 105.

⁸⁴ Acta de la sesión de la Comisión Revisora de la Ley General de Sociedades, de fecha 26 de marzo de 1997. En: Memoria Ley General de Sociedades 1997. Lima, Congreso de la República, junio de 1998, p. 47.

⁸⁵ Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de mayo de 1997, artículo 105; Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de octubre de 1997, artículo 105; y Proyecto de la Ley General de Sociedades, aprobado por la Comisión Revisora. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de octubre de 1997, artículo 105.

Empero, esta discusión, aunque no es bizantina, tiene un valor meramente académico porque la misma norma societaria ha señalado que los títulos son solamente indicativos y "no deben ser tomados en cuenta para la interpretación del texto legal"⁸⁶. No obstante, la discusión es otra: nos preguntamos si la proscripción del derecho de voto y el no cómputo para el quórum son los mecanismos adecuados para proteger a los inversionistas minoritarios de un grupo de sociedades; consideramos que las soluciones viables son otras, cuya explicación detallada obviamente rebasa los alcances naturales de este trabajo, por lo que sólo nos limitamos a señalarlas: (i) la prohibición del grupo de sociedades circular, (ii) el ejercicio del derecho de separación y (iii) la percepción de un dividendo garantizado⁸⁷.

VIII.- LA RESPONSABILIDAD POR EL CONTROL.-

La responsabilidad por el control en la política empresarial de los grupos de sociedades configura un tópico jurídico ciertamente complejo, de manera que transitar por él no está exento de generar controversia. En vista que su desarrollo supone un amplio tratamiento, lo que difícilmente podrá efectuarse en este ensayo jurídico (más aún, cuando ya hemos superado el espacio inicialmente requerido), solamente ofreceremos alguna aproximación al tema.

El control implica, como reiteradamente se ha explicado a lo largo de estas líneas, que el sujeto dominante ejerza determinada influencia sobre las sociedades dominadas, impartiendo directrices aún en contra de los intereses propios de estas sociedades. Sin embargo, dicho control no significa que el sujeto dominante adopte las decisiones a su libre albedrío, sin fundamento empresarial lógico, sino por el contrario que se constriña estrictamente a la satisfacción del interés grupal, motivación superior que conduce los destinos de un grupo de sociedades y que prevalece sobre el interés que detenta cada miembro de él.

En este escenario, la duda que ha surgido es respecto a qué implicancias tiene ese control en circunstancias negativas, es decir, qué sucede cuando se ejerce el control (bien sea en aras del interés grupal o no) y se acarrearán perjuicios para la sociedad dominada. Ilustrando lo mencionado, nos

⁸⁶ Perú. Ley General de Sociedades, citada en nota 25, primera disposición final.

⁸⁷ Para mayor información, cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Anteproyecto de Ley sobre Grupos de Empresas", citado en nota 49.

preguntaremos cuál será el efecto jurídico cuando el sujeto dominante dispone que determinada sociedad dominada desplace su patrimonio hacia otra integrante del grupo y, por tal motivo, aquella no puede cumplir con honrar sus deudas impagas o cuando el consumidor recibe un producto defectuoso que es resultado de la acción conjunta de varias sociedades conformantes de un grupo. Los problemas más álgidos se presentan respecto a la extensión de la quiebra⁽⁸⁸⁾ y tienen su expresión original en el famoso caso Barcelona Traction⁽⁸⁹⁾.

El mecanismo usual para solucionar la utilización inadecuada del control (es decir, cuando éste se ha ejercido abusivamente) es el allanamiento de la personalidad jurídica, opción que debe aplicarse cautelosamente y no de modo indiscriminado atendiendo a sus serias implicancias que atañen la responsabilidad extensiva o solidaria. Por ello, hemos afirmado que la también denominada teoría de la penetrabilidad "es una solución legal a problemas donde se haya cometido abuso de las formas de organización de personas jurídicas, pero que posee una naturaleza especial y extraordinaria que sólo justifica su aplicación si es que el juzgador observa estrictamente el principio de subsidiariedad y, además, existen los suficientes elementos de juicio que permitan vislumbrar la existencia de una vinculación empresarial subordinada"⁽⁹⁰⁾.

La responsabilidad por el control ha sido abordada normativamente por la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina⁽⁹¹⁾ cuando esgrime: "El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar..." (artículo 54° ab-initio). Igual sucede con la Ley para regular las Agrupaciones Financieras de México⁽⁹²⁾, la misma que estipula: "La controladora responderá ilimitadamente por las pérdidas de todas y cada

⁸⁸ Cfr. Roitman, Horacio. "Extensión de quiebra por abuso de control dominante". En: Revista de Derecho Privado y Comunitario (Abuso del Derecho). Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, febrero de 1998, Tomo 16, ps. 179 a 190. Además, cfr. Miguens, Héctor José. "La consolidación concursal en el Derecho norteamericano de grupos de sociedades", citado en nota 8, ps. 517 a 555.

⁸⁹ Cfr. Uría, Rodrigo. La quiebra de «Barcelona Traction». Barcelona, Editorial Quintilla y Cardona, 1953. También, cfr. Miguens, Héctor José. "La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la sociedad Barcelona Traction. Lecciones nuevas en un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el Derecho español". En: Revista de Derecho Mercantil. Madrid, Imprenta Aguirre, enero-marzo de 1997, N° 223, ps. 325 y ss.

⁹⁰ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Allanamiento de la personalidad jurídica y vinculación empresarial subordinada". En: Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, Gaceta Jurídica Editores, febrero del 2001, Año 7, N° 29, p. 97.

⁹¹ Argentina. Ley de Sociedades Comerciales, citada en nota 78.

⁹² México. Ley para regular las Agrupaciones Financieras, citada en nota 32.

una de dichas entidades [refiriéndose a las entidades financieras controladas]" (artículo 28°, inciso II ab-initio).

IX.- A MANERA DE REFLEXION: EL CONTROL EN EL CONTEXTO EMPRESARIAL

El control empresarial⁽⁹³⁾ supone una redefinición del mundo corporativo. Coordina perfectamente con la tendencia imperante de expansión económica, globalización de mercados y crecimiento de los negocios. Es fiel expresión de la estrecha vinculación entre Derecho y Economía⁽⁹⁴⁾, demostrando que la concentración empresarial es un auténtico abanico de posibilidades.

Resulta inaudito catalogar al control dentro de un grupo de sociedades como algo negativo per se que debe proibirse. Todo depende de la utilización que se le confiera, es decir, será correcto mientras se le de un uso sin abuso. Así lo viene entendiendo, felizmente, la jurisprudencia extranjera, tal como se aprecia (a modo de ejemplo) en dos fallos argentinos que sostienen: "La sola existencia de una relación de control... no es motivo que autorice por sí mismo a extender la responsabilidad de la controlada; ello así, puesto que lo que el Derecho no admite y sanciona es el abuso de la personalidad, pero no su uso lícito, su utilización conforme con la finalidad querida por la Ley y sin desnaturalización del instituto"⁽⁹⁵⁾ y, en sentido semejante: "Las situaciones de control en cualquier entidad societaria... no constituyen, en sí mismas, conductas ilícitas o reprobadas por el ordenamiento jurídico, sino antes bien permitidas por éste, siendo usuales en las prácticas comerciales y societarias"⁽⁹⁶⁾.

⁹³ Cfr. Fernández del Pozo, Luis. "Grupos horizontales transfronterizos. Un primer estudio sobre las sociedades gemelas". En: Revista de Derecho Mercantil. Madrid, Imprenta Aguirre, enero-marzo del 2000, N° 235, ps. 155 y ss.

⁹⁴ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. "Derecho, Economía & Empresa". En: Revista INJEF. Información Jurídica, Económica y Fiscal. Madrid, desde el 20 de abril del 2001, http://www.injef.com/revista/colaboraciones/injef_010421.htm

⁹⁵ Caso "Fortune, María Jane contra Soft Publicidad S.A. y otro". Resolución de fecha 3 de noviembre de 1987, expedida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala D) de Argentina. En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, Año 32, N°s. 185 a 188, p. 547.

⁹⁶ Caso "Clínica Privada San José Obrero S.R.L. y otro contra Sanatorio San Carlos S.A. y otros". Resolución de fecha 15 de julio de 1996, expedido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala C) de Argentina. En: Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996, Año 29, N°s. 169 a 174, ps. 646 y 647.