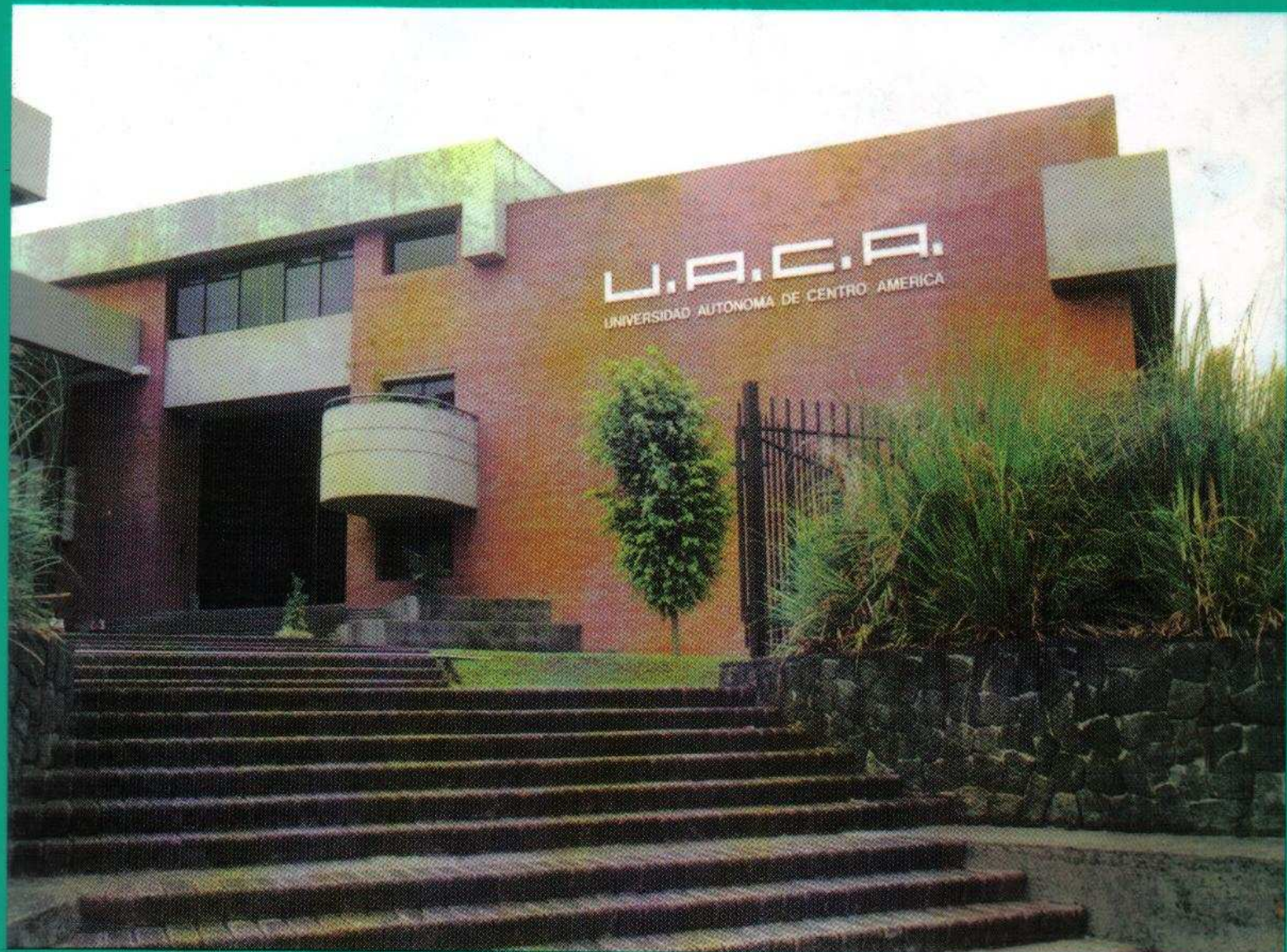


MAYO 2001 - NUMERO 28
ISSN: 1017-7507

Acta Académica

Universidad Autónoma de Centro América
1976 - 2001



SED MAGIS AMICA VERITAS



STVDIVM GENERALE COSTARRICENSE • COLLEGIUM ACADEMICVM • COLEGIO DE ARTES PLASTICAS
COLEGIO LEONARDO DA VINCI • COLEGIO ANDRES BELLO • COLEGIO SANTA PAULA
COLEGIO IÑIGO DE LOYOLA • COLEGIO CLORITO PICADO • INSTITUTO DE ENSEÑANZA E INVESTIGACION (I.E.P.I.)

San José - Costa Rica

Los grupos de interés dentro de los grupos de empresas

Daniel Echaiz-Moreno*

1. Apreciación inicial

Hoy en día puede observarse con lucidez que la empresa es una comunidad de intereses. La complejidad estructural que ha ido adquiriendo con el paso del tiempo hace que su influencia alcance a mayor número de sujetos; esto se torna más relevante cuando nuestro centro de atención es un grupo de empresas.

Cada sector comprometido por las consecuencias que se derivan de la actuación del grupo de empresas recibe el nombre de "grupo de interés", el cual a veces es concebido como un grupo de presión frente a la organización empresarial, atendiendo a que últimamente habrían conquistado algunos derechos. No obstante, creemos que ellos, en vez de presión, ejercen tutela de sus derechos y, si bien muchos de éstos han sido recientemente consagrados por la legislación, no es muestra de un triunfo caprichoso, sino más bien de una conquista tardía. Recuérdese que el fin superior del Derecho es la paz social con justicia y, para lograrla, debe dispensarse la protección necesaria a todo aquel que la requiera. La doctrina se ha pronunciado al respecto, enumerando diversos grupos de interés dentro de los grupos de empresas. Nosotros analizaremos a los inversionistas (incluyendo

los inversionistas minoritarios), los trabajadores, los consumidores y usuarios, los acreedores, los tecnócratas y el Estado.

2. Los inversionistas

2.1. Generalidades

Los inversionistas son el conjunto de personas que invierten su capital en las empresas integrantes del grupo, buscando de antemano maximizar sus ganancias; no obstante, los inversionistas de mando y de participación mayoritaria pretenden, además, dirigir los destinos de la empresa (e, inclusive, del grupo, si logran dominar la empresa matriz), situación que los diferencia de aquellos inversionistas especuladores y de participación minoritaria que se conforman con conseguir la mayor rentabilidad posible. Un mecanismo de garantía (y seguridad) con que cuentan los inversionistas es la información veraz, suficiente y oportuna, así como la transparencia del mercado.

El derecho se ha preocupado por salvaguardar los intereses del inversionista. En efecto, si opta por la constitución de una empresa individual, aquél asumirá el puesto de titular de la misma y, como tal, será el órgano máximo de decisión que velará por su propia inversión. Asimismo, si decide organizarse colectivamente, detentará una gama de derechos (políticos y económicos) como participar en el reparto de utilidades, intervenir y votar en las juntas, así como fiscalizar la gestión; inclusive, hay legislaciones (como la peruana) que pres-

* Daniel Echaiz-Moreno (Lima-Perú, 1977) es abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, donde sustentó una tesis sobre grupos de empresas por la cual fue aprobado por unanimidad con el calificativo de sobresaliente. Ha escrito diversos artículos de derecho genético y derecho empresarial en revistas y diarios peruanos. E-mail: danielchaiz@yahoo.com

atribuyen atribuciones para los titulares de acciones sin derecho a voto.

2.2. Los inversionistas minoritarios

Empero, son los inversionistas minoritarios (también calificados como accionistas o socios externos) los que merecen mayor atención, ya que su menor participación en el capital social de la empresa constriñe su poder de gestión y decisión a lo que resuelvan quienes la dominan. No se olvide que, cuando ellos invierten, lo hacen bajo el entender que esa empresa donde colocan su capital les va a reportar las ganancias esperadas (es decir, hay un estudio y planificación de la situación). Sin embargo, el panorama cambia cuando la susodicha empresa es integrante de un grupo, en tanto éste (guiado exclusivamente por el interés grupal) adopta decisiones que no siempre coincidirán con las expectativas de los inversionistas minoritarios.

Claro está que tampoco debe creerse que el grupo de empresas continuamente va a marchar en oposición radical a los intereses de los mencionados inversionistas minoritarios. Téngase en consideración que ellos pueden vislumbrar en el grupo posibilidades de crecimiento, expansión y bonanza económica, lo cual obviamente repercutiría en su provecho en su condición de titulares de empresas; en tal orden de ideas, quizás no les importe ser relegados casi totalmente de la gestión. Empero, también está la otra cara de la moneda, es decir que, como miembros del grupo (a través de sus empresas), vean menguados sus intereses y ni siquiera sean satisfechas las pretensiones que se formularon como titulares de la empresa.

Alonso Morales Acosta, comentando las decisiones extremas que dentro de un grupo de empresas puede tomarse en aras del interés grupal, cita dos ejemplos: el apoyo a la supervivencia de una empresa en crisis [mediante la celebración de un contrato de mutuo sin intereses celebrado con otra empresa del grupo, agregamos] y la disolución, liquidación y extinción de una empresa solvente ("Los grupos de sociedades". En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 44, 1994, p. 118). Resulta fácil imaginar que los inversionistas minoritarios de la empresa mutuante y de la empresa extinguida habrán visto afectadas sus iniciales expectativas. Es dable precisar que el inversionista minoritario al cual nos referimos es aquel que detenta tal calidad en una empresa integrante de grupo

(bien sea dominante o dominada) y no en una empresa totalmente independiente.

2.3. Los problemas

Los problemas se presentan en los grupos de empresas, puesto que se carece de normatividad específica. Dos son los peligros potenciales que corren los inversionistas minoritarios: los deslizamientos patrimoniales y la ausencia de información.

El deslizamiento patrimonial implica la imputación que el sujeto dominante hace de las ganancias o pérdidas de todas las empresas del grupo a una sola de ellas, pudiendo flexibilizarse dicha imputación en ambos sentidos a algunas de esas empresas. En tal orden de ideas, el efecto máximo que potencialmente se generaría sería la acumulación excesiva de beneficios o perjuicios en una empresa, so pretexto de satisfacer el interés grupal, a tal punto que podría transcurrir el tiempo sin que varias empresas experimenten "mejoría", ya que están destinadas a hacer prosperar al máximo a la empresa del grupo que cuenta con un futuro más promisorio.

Entre las razones que propician el deslizamiento patrimonial destaca lo que algunos autores denominan como dilución, nombre que estimamos acertado. La dilución pretende aminorar (diluír) hasta donde sea posible la participación de los inversionistas minoritarios en el capital social de una empresa, mediante un agresivo aumento de este capital por parte de quienes detentan la mayoría accionaria o participacional, aprovechándose de la limitada capacidad económica de los primeros (más aún si se agudiza por alguna situación coyuntural). Conjugando lo manifestado con nuestro tema de grupos de empresas, veremos que esa dilución busca tener el dominio casi absoluto de una de las empresas miembro (quizás porque reporte muy buenos resultados). Y, para materializar el aumento de capital, se acudiría a las otras empresas integrantes del grupo, quienes canalizarán las utilidades obtenidas a la realización de esa operación; bajo tales circunstancias, es dable pensar que el aumento de capital será significativo y producirá los efectos esperados.

Respecto a la ausencia de información, nosotros entendemos el concepto en un sentido amplio, de manera que dicha ausencia puede referirse tanto a información inmediata como a información mediata. Al inversionista le interesa conocer la

situación económica de la empresa donde ha colocado su capital; ésta será una información inmediata. Empero, ya que la empresa en la cual ha invertido forma parte de un grupo empresarial, aun cuando su participación minoritaria constriña su actuación, dicho inversionista se preocupará por la situación económica del grupo, puesto que ésta le permitirá desentrañar el interés grupal; aquí estamos ante una información mediata. Cuando la desinformación atente contra cualquiera de estos dos supuestos, los inversionistas minoritarios verán afectados sus derechos.

2.4. Las soluciones

El derecho comparado, velando por el interés de los inversionistas minoritarios, ha planteado (aunque de modos distintos) tres soluciones, que bien podríamos llamar como sigue: el ejercicio del derecho de separación, la percepción de un dividendo garantizado y el canje accionario o participacional.

El ejercicio del derecho de separación es lo que Sergio Le Pera denomina como salida voluntaria o derecho de recesso (Cuestiones de derecho comercial moderno, 1979, ps. 255-256) y que ha sido legislado por la Ley de Sociedades sueca de 1944, la Ley de Sociedades Anónimas alemana de 1965 y la Ley de Sociedades Comerciales francesa de 1966. Consiste en la alternativa viable para el inversionista que no desea continuar como titular minoritario de una empresa integrante de grupo; implica, consecuentemente, la pérdida de la calidad de accionista o participacionista, el reembolso de la participación en el capital social de la empresa y, alternativamente, la suscripción de los títulos por otros socios o la amortización de los mismos y la reducción del capital. Hay autores que grafican esta situación como la opción de venta que corresponde al inversionista y que, de producirse, genera la obligación de compra por parte de la empresa emisora de los títulos.

La segunda solución jurídicamente propuesta es la percepción de un dividendo garantizado (también llamada compensación anual, dividendo anual o renta mínima), lo que conlleva la obligación que asume la empresa para distribuir dividendos hasta por un monto previamente estipulado a favor de los inversionistas minoritarios, quienes detentan el derecho a exigirlos; consiguientemente, este inversionista no sólo tendrá la calidad de titular, sino además de rentista. Las críticas al respecto no se han dejado esperar por la supuesta complejidad

de la evaluación que determina el monto de esta compensación o dividendo y es que hay casos (como el alemán) en que el dividendo garantizado se fija tomando en cuenta los resultados anteriores y futuros previsibles. A efectos de superar tal dificultad, planteamos que aquel dividendo sea determinado porcentualmente sobre las utilidades correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior al pago.

Por último, nos queda el canje accionario o participacional. Éste tiene la naturaleza de una indemnización que suele darse ante el ejercicio del derecho de separación, habiendo siendo recogido en el Proyecto del Estatuto de la Sociedad Europea y en el Proyecto Cousté de Francia. Implica la transferencia que el inversionista minoritario efectúa de sus acciones o participaciones al cosocio que posea participación mayoritaria, a cambio de que se convierta en cotitular de la empresa dominante.

Es preciso distinguir que el ejercicio del derecho de separación y la percepción de un dividendo garantizado se entienden con la empresa en la cual el inversionista es minoritario, así ella sea dominada y no dominante, mientras que el canje accionario o participacional exige la actuación conjunta con la empresa dominada (sujeto pasivo porque recibe los títulos) y con la empresa dominante (sujeto activo ya que entrega los títulos).

3. Los trabajadores

3.1. Generalidades

Los trabajadores son el "motor" de la empresa. Bajo tal circunstancia, buscan que su desempeño laboral sea reconocido, respetándose los beneficios legales o convencionales que les correspondan; pero no sólo ello, ya que últimamente vienen reclamando con insistencia participar en la conducción de la empresa, lo cual se consigue mediante la acción sindical y, más directamente, a través de la cogestión. Ambas situaciones, pero especialmente la última, encuentran reticencia en "el empresario [que] defiende su poder de dirección" (Vida Soria, José. "Acción sindical en la empresa". En: *Diálogos sobre la empresa*, 1972, p. 164).

3.2. Los problemas

La temática de los grupos de empresas plantea una serie de problemas en la masa trabajadora, derivados del interés grupal reinante. Nosotros distinguimos con claridad tres situaciones: el deslizamiento patrimonial, la ausencia de infor-

mación y la transferencia de personal intra-grupo.

El deslizamiento patrimonial significa, como en su momento lo sostuvimos, el aglutinamiento excesivo de beneficios o perjuicios en una de las empresas miembro del grupo. Consecuentemente, la plana laboral de la empresa "perjudicada" observará angustiada que las utilidades por distribuir son exiguas, que peligra el pago de sus beneficios sociales, que se aproxima un posible cese colectivo por motivos económicos o que la empresa se fusionará con otra integrante del grupo con la consiguiente reducción de personal.

La ausencia de información afecta a los trabajadores cuando se produce en los niveles inmediato y mediato. Lo primero atañe como que la empresa es la empleadora, "la otra parte" de la relación jurídico-laboral y el centro donde se despliega el trabajo (micro-enfoque), mientras que lo segundo corresponde al grupo como unidad empresarial que subsume a la empresa-empleadora y en el cual se imparten las reglas de actuación conjunta (macro-enfoque). Sólo si el trabajador conoce la verdadera situación por la que atraviesa tanto la empresa como el grupo, podrá "pronosticar su futuro laboral", negociar contractualmente mayores beneficios, conformarse con lo recibido y, en suma, tener conocimiento de causa para defender sus intereses.

El tercer gran problema es la transferencia de personal intra-grupo, es decir, cuando el trabajador presta sus servicios de manera indiferente o sucesiva a diversas empresas del grupo. En tales circunstancias, aquel trabajador se preguntará si tiene la posibilidad de pronunciarse aceptando o rechazando la transferencia, si puede solicitar la extinción del contrato de trabajo con derecho a indemnización, si cabe la transferencia a una subsidiaria ubicada lejanamente, si cada vez que lo transfieren se produce un cese laboral, si el tiempo de prestación de servicios se computa unitariamente, si conserva los derechos adquiridos, si continúa perteneciendo al sindicato de la empresa a pesar de haber sido transferido a otra integrante del grupo, si la transferencia implica la posibilidad de ser colocado en un puesto distinto (de mayor o menor categoría) y de que, por ende, la remuneración varíe (a más o a menos).

3.3. Las soluciones

Algunas soluciones se han esbozado en la doctrina, la legislación y (especialmente) la jurisprudencia

extranjeras, contándose inclusive algunos fallos vertidos en sede peruana. Podemos mencionar así tres "remedios" que la ciencia jurídica ofrece: la cogestión, la participación laboral en la negociación del contrato de dominación y el grupo como titular de la relación laboral.

La cogestión es la solución más anticipada y, para estos efectos, la menos eficaz. Decimos que es la más anticipada porque el trabajador cogestor apreciará la potencial integración de la empresa donde labora a un grupo desde su inicio, esto es, a partir de que surge la idea en la susodicha empresa. Empero, a la vez, sostenemos que es la menos eficaz puesto que, aun participando en la titularidad (grado máximo de cogestión) será un inversionista minoritario que podrá hacer valer sus derechos como tal por las vías pertinentes, pero que no satisface sus intereses como trabajador.

Por otro lado, se encuentra la participación laboral en la negociación del contrato de dominación, regulada en la Ley de Sociedades Comerciales francesa de 1966. La dominación externa de derecho se consigue mediante el establecimiento de un vínculo contractual, que los alemanes denominan contrato de dominación y, los franceses, contrato de afiliación; pues bien, aquí se trata de someter el proyecto del referido contrato a consideración de los comités de sociedades (sería más acertado llamarlos comités de empresas), órganos integrados por los trabajadores pertenecientes a cada una de las empresas partícipes en la negociación. Se aprecia, entonces, que el control ejercido por los trabajadores es previo (antes de que el contrato sea celebrado), pero después de que el asunto haya sido discutido en cada una de las empresas participantes, habiéndose negociado diversas cuestiones (como participación de la dominante en el capital social de la dominada, atribuciones de la primera, derechos de la segunda y demás) e, incluso, arribado a un proyecto del documento por suscribir; ahí recién se "consulta" a los trabajadores. Cabe mencionar que la legislación alemana glosada alude también al comité central del grupo, órgano compuesto por trabajadores que representan a cada uno de los anteriormente mencionados comités de sociedades. Aquel realiza su labor desde el momento en que se constituye el grupo de empresas y durante la "vida" de éste, velando por los derechos laborales involucrados, debiendo ser acatadas sus decisiones por cada uno de los comités de sociedades.

Finalmente, ha sido propugnada la tesis que considera al grupo de empresas como titular de la

relación laboral. La doctrina más autorizada indica que

si bien puede verse una empresa en cada uno de los componentes del grupo, éste a su vez puede ser concebido como una gran empresa en tanto ésta sea entendida como un centro de decisión capaz de adoptar una estrategia económica autónoma...

(Ermida Uriarte, Oscar. *Empresas multinacionales y derecho laboral*, 1984, p. 87); estamos aquí ante la aplicación del conocido principio que sustenta el derecho laboral: la primacía de la realidad o el contrato de trabajo realidad. Las cortes españolas han desarrollado este tema, asentando criterios vinculantes; así, ya en 1978 se sostenía que

ha de conceptualizarse como empresario al grupo..., de tal modo que aún iniciada la prestación de servicios en una empresa concreta, ésta pudo válidamente encomendar al recurrente servicios en otras empresas del grupo,

considerando que

los servicios prestados a una empresa concreta lo fueron por su integración en el grupo... al que pertenece, existiendo por lo tanto, dependencia y subordinación a aquel grupo...

(sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, 1 de junio de 1978). Explicando la tendencia jurisprudencial presente en España, Juan Antonio Sagardoy acota:

Tratándose de grupos de empresas, la prestación de servicios indistintamente, ya sea de modo simultáneo o sucesivo, para todos o algunos de los integrantes del mismo, ha sido tomada como factor determinante para imputar en el grupo la titularidad de la relación laboral...

("Problemática laboral de los grupos de empresas". En: *Revista Jurídica del Perú*, N° 1, 1996, p. 105).

Al ser catalogado el grupo de empresas como titular de la relación laboral surge la llamada solidaridad empresarial intra-grupo. Arribando a esta conclusión, puede darse respuesta a muchas de las interrogantes que citamos como usuales al tratar la problemática de la transferencia de personal intra-grupo; en efecto (y a modo de ejemplo) diremos que será el grupo de empresas (esto es, todas las empresas integrantes) quien indemnizará al trabajador si se le ocasiona algún perjuicio a éste y, asimismo, el tiempo de prestación de servicios se computará unitariamente, en tanto las transferencias se hayan producido dentro de la misma unidad empresarial.

4. Los consumidores y usuarios

4.1. Generalidades

Los consumidores y usuarios son la clientela de una empresa, es decir, las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan productos o servicios fabricados, comercializados o proporcionados según sea el caso por determinada empresa, siendo dichas personas los destinatarios finales. Este grupo de interés (difuso y masivo) busca la mayor calidad al menor precio (principio rector de la demanda), a efectos de conseguir satisfacción y ahorro, a la vez.

Modernamente, el mundo entero (y, puntualmente, el empresariado) ha centrado su atención en los consumidores y usuarios, percatándose de que el futuro, progreso y desarrollo de toda empresa estará fuertemente asegurado si es que empiezan a entender, respetar y trabajar por ellos. El derecho también ha hecho suyas estas preocupaciones; ya en la década de los 80, Carlos Torres y Torres-Lara anunciaba:

En los Estados modernos, una copiosa legislación está dirigida a proteger al consumidor en relación con la calidad de los productos y servicios y, en algunos casos, sobre el precio de los mismos, promoviendo que los consumidores se asocien y puedan tener un poder efectivo sobre las empresas que operan en el mercado

("Persona jurídica, sujeto vs. empresa, objeto. Los grupos de interés y la tesis del sometimiento del elemento extraño. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 1985, p. 1-33). Ello se observa con mayor nitidez en los Estados que adoptan el modelo de la economía de libre mercado y, más aún, de la economía social de mercado; no se olvide que uno de los pilares esenciales sobre los que se edifica este modelo económico es la entrega de información oportuna y adecuada al consumidor, así como la protección de su seguridad y salud.

4.2. Los problemas

Dentro de la temática de los grupos de empresas, encontramos que los consumidores y usuarios deben enfrentar básicamente dos problemas: por un lado, productos o servicios defectuosos y, por otro lado, prácticas monopólicas u oligopólicas. En general, la doctrina se ha mostrado renuente a desarrollar estos temas vinculados a los grupos empresariales.

Los productos o servicios defectuosos inciden en nuestro tema cuando ellos se deben a la acción

conjunta de varias empresas conformantes de un grupo empresarial. En tales circunstancias, emerge el tema de la responsabilidad y el consumidor o usuario se preguntará quién resarcirá el daño causado y si puede accionar contra el grupo entero, mas aún si la empresa aparentemente responsable cuenta con un patrimonio reducido o atraviesa por una difícil situación económica.

Las prácticas monopólicas u oligopólicas constituyen el segundo gran problema. Debemos precisar que el monopolio es la presencia de una sola empresa en un mercado, mientras que el oligopolio es la presencia de un reducido número de empresas en un mercado, configurando ambos casos mecanismos distorsionantes de la libre competencia. Son dos los efectos principales de esta situación: la disminución de la calidad de los productos y servicios (que puede conducir al supuesto anteriormente tratado de la responsabilidad ante defectos) y el encarecimiento de los precios. Dichos efectos serán viables siempre que el grupo de empresas detente posición de dominio en el mercado (supuesto muy probable) y abuse de ella.

4.3. Las soluciones

Vistos los problemas a los que consumidores y usuarios deben hacer frente, enfoquemos ahora las soluciones que la ciencia jurídica proporciona y que han sido concebidas expresamente para cada uno de los problemas explicados.

Respecto a los productos y servicios defectuosos, se entiende por sujeto activo (causante de los daños) al grupo de empresas, a quien se le imputa la responsabilidad. Esto se ha conseguido a través de un paso previo que es reunir a quien fabrica, manipula, envasa, distribuye... productos y a quien presta servicios, en una sola categoría conceptual (como proveedor o aprovisionador).

En cuanto a las prácticas monopólicas u oligopólicas, los Estados (cada vez en mayor número) sancionan sendas disposiciones legales que reprimen, no la posición de dominio en el mercado (ya que no existe razón valedera para hacerlo) sino el abuso que se realice de dicha posición dominante (por ejemplo: Ley de Defensa de la Competencia argentina, artículo 1). Inclusive, es común encontrar que los ordenamientos jurídicos nacionales exijan tener conocimiento de las concentraciones empresariales que planean efectuarse (especialmente, si son horizontales), mediante el sistema de la notificación obligatoria, de modo que la autori-

dad competente pueda evaluar los posibles efectos en el mercado. Cabe indicar que existen sectores especialmente sensibles (generalmente relacionados a monopolios naturales) donde el Estado adquiere un papel protagónico, ya que evalúa la reducción potencial de las condiciones en los mercados involucrados y la afectación del interés económico general que pueda producirse; paradigma de ello es el sector eléctrico que, comúnmente, se hace merecedor de una regulación legal específica.

5. Los acreedores

5.1. Generalidades

Los acreedores son aquellos que creen en la empresa y confían en que ésta cumplirá con las deudas contraídas; por eso han entablado una relación obligacional con el titular de la misma. Debido a las dimensiones de la empresa moderna y a la agilidad de las transacciones económicas, surge la necesidad de reunir elevados capitales (y con ello, vínculos de acreencia) o, más simplemente, el pensamiento empresarial aconseja la asunción de obligaciones (como préstamos bancarios) en vez de realizar inversiones directas, ya que muchas veces esto último implica el congelamiento o estancamiento de capitales.

Precisamente y pensando básicamente en los acreedores, el derecho mercantil ha creado la figura jurídica del capital (el que generalmente se entiende como capital social, lo cual es un error porque así se alude solamente a la versión societaria). El capital cumple esencialmente una función de garantía, en tanto significa que la empresa cuenta con activos no inferiores a la suma de sus pasivos y de ese capital. En consecuencia, el capital resulta ser el patrimonio neto exigible.

5.2. Los problemas

Algunas empresas optan por una desproporcionada financiación con capital ajeno, lo que genera la llamada capitalización débil, subcapitalización o infracapitalización de empresas. Se aprecia aquí con nitidez los eventuales problemas con los que deberá lidiar la masa acreedora: o bien la empresa deudora arriesga temerariamente su patrimonio contrayendo excesivas obligaciones o bien la empresa deudora desliza su patrimonio hacia otra integrante del grupo para financiarla. Ambas situaciones preocuparán justificadamente a los acreedores.

5.3. Las soluciones

Frente a tales circunstancias, cabe esbozar dos soluciones alternativas, que denominamos: responsabilidad solidaria parcial y responsabilidad solidaria total. Las dos se fundan en el hecho que el acreedor debe verse satisfecho en su acreencia y no perjudicado porque la empresa deudora forme parte de un grupo.

La responsabilidad solidaria parcial, que ha sido recogida en su concepto por la Ley de Sociedades Anónimas alemana de 1965 (expresamente para grupos de derecho y tácitamente para grupos de hecho), por la Ley de Sociedades Comerciales francesa de 1966 y por el Proyecto Cousté francés de 1970, implica que el sujeto dominante y la empresa dominada-deudora responden ante el acreedor de manera solidaria; últimamente, su discusión ha renacido en el Forum Europeo sobre Derecho de Grupos. El justificativo en este caso es que la empresa deudora (en su calidad de dominada) actúa bajo la dirección del sujeto dominante, debiendo éste asumir la responsabilidad que le compete, ya que según manifiesta Héctor José Miguens, aquel impartió "una anómala política empresarial unificada" ("La ocupación de las sociedades filiales de la quiebra de la sociedad Barcelona Traction. Lecciones nuevas de un viejo caso concursal de grupos de sociedades en crisis en el derecho español". En: *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 223, 1997, p. 385); entonces, nos preguntamos: ¿y qué pasaría si la empresa deudora es, precisamente, la que ejerce el dominio?, ¿o es que acaso no es dable pensar que la empresa dominante haya "deslizado" su patrimonio a otra empresa miembro del grupo con potenciales oportunidades de crecimiento?

Para dar respuesta coherente a esas inquietudes aparece la responsabilidad solidaria total, donde ya no se habla de imputar dicha responsabilidad a la empresa dominante y a la empresa dominada-deudora solamente, sino de hacerla extensiva a todas las empresas integrantes del grupo; tal postulación encuentra asidero en el interés grupal que encamina el comportamiento empresarial de cada miembro. La legislación mexicana sobre grupos financieros ha sido tajante al no aceptar este supuesto; en efecto, prescribe:

La controladora y cada una de las entidades financieras integrantes de un grupo suscribirán un convenio... En el convenio citado también deberá señalarse expresamente que cada una de las entidades

financieras del grupo no responderá por las pérdidas de la controladora, ni por las de los demás participantes del grupo

(artículo 28).

6. Los tecnócratas

6.1. Generalidades

Empezando de lo genérico, expresaremos que el vocablo tecnocracia proviene de los términos griegos *techné* y *kratos* que significan técnica y poder, respectivamente; en consecuencia, su semántica literal es "poder de la técnica", habiéndose hecho extensiva hoy en día al concepto "autoridad de la técnica". Los tecnócratas son el personal de una empresa que cuentan con dos características inescindibles: conocimiento altamente especializado y manejo de información privilegiada. Dichos rasgos distintivos permiten diferenciar a los tecnócratas de los trabajadores como categorías de diverso contenido, aunque vinculadas; esto último radica en que todo tecnócrata es trabajador, pero no todo trabajador es tecnócrata.

Concebimos a los tecnócratas como un grupo de interés autónomo, atendiendo a la importancia que han logrado y, básicamente, a sus aspiraciones. Sobre lo primero, es preciso señalar que, muchas veces, son los tecnócratas quienes detentan la posición de control dentro de la empresa o, por decirlo de manera gráfica, quienes poseen el know-how de ella. Y, respecto a lo segundo, sucintamente diremos que los tecnócratas buscan ser indispensables dentro de la empresa.

6.2. Los aparentes problemas

Dentro de los grupos de empresas, los tecnócratas (como trabajadores que son) deberían afrontar los problemas de deslizamiento patrimonial, ausencia de información y transferencia de personal intra-grupo, empero ello no se cumple a plenitud. Veamos. El deslizamiento patrimonial "quizás" (nótese la condicionalidad) les preocupe. Ausencia de información difícilmente existirá porque manejan, precisamente, información privilegiada. Y la transferencia es probablemente lo más natural, debido a dos razones: los tecnócratas son comunes a varias empresas del grupo o la contratación de ellos se realiza ficta o formalmente por una de las empresas miembro, ya que se les considera como tecnócratas del grupo empresarial (de ahí la preocupación eventual por el deslizamiento patrimonial).

6.3. Los tecnócratas como realidad especial

Supuestamente pareciese extraño que la legislación comparada no se haya ocupado de regular los intereses de los tecnócratas dentro de los grupos de empresas. Sin embargo, tal situación es completamente entendible. Sucede que los tecnócratas son una realidad especial que los coloca privilegiadamente frente a la empresa o el grupo de empresas, puesto que éstos desean mantener a sus tecnócratas, mientras que los competidores quieren arrebatárselos; no se olvide que el tecnócrata lleva consigo lo aprendido.

7. El Estado

7.1. Los problemas

El Estado pretende, por un lado, maximizar sus ingresos vía recaudación tributaria, a efectos de poder cumplir con sus objetivos nacionales y, por otro lado, consolidar su supremacía (que a veces no es tal) frente a los crecientes grupos de empresas o megaempresas, algunos de los cuales aglutinan capitales superiores al presupuesto anual de un país. Lo antagónico a estos propósitos constituye los dos problemas contra los que debe bregar todo Estado actualmente.

Respecto a la tributación, la autoridad estatal busca que la figura concentracionista de los grupos de empresas no constituya un mecanismo de elusión tributaria e, inclusive, de evasión tributaria. Al respecto, debemos indicar que arduo ha sido el debate por conceptualizar a la elusión tributaria, elusión fiscal o economía de opción y a la evasión tributaria o evasión fiscal. Nosotros consideramos que ambas son "herramientas" para conseguir que el monto por tributar sea menor al real (afectación cuantitativa) o que determinada conducta no constituya un hecho imponible (afectación cualitativa), con la salvedad de que en la elusión tributaria se utilizan medios legales, mientras que en la evasión tributaria se aprecia una conducta antijurídica. Una de las figuras que conduce a la elusión tributaria es la denominada subcapitalización de empresas, habiendo sido materia de análisis durante la XIX Jornada Latinoamericana de Derecho Tributario (realizada en Lisboa del 11 al 16 de octubre de 1998); allí, buscándose una explicación racional al desarrollo de esa figura, se manifestaba que puede ser tributariamente más ventajoso para una empresa recurrir al financiamiento vía préstamos, dado que los intereses correspondientes constituyen gasto deducible para la determinación del

Impuesto a la Renta, [mientras que] a diferencia de ello, los dividendos no son renta gravada para el beneficiario y, sin embargo, forman parte de la base imponible para la empresa.

Por otro lado, en cuanto a la afectación de la supremacía estatal, es pertinente recordar que hace más de veinte años ya se pronosticaba la lucha que se suscitaba entre las empresas y los Estados-Nación (Christensen, Roberto. Empresa multinacional y Estados-Nación. Tortuosa convivencia, 1976); hoy podemos decir que ese momento ha llegado y está en toda su efervescencia.

7.2. Las soluciones

Las soluciones en el campo de la tributación vienen por dos caminos: conceder capacidad jurídica tributaria al grupo de empresas y calcular los tributos sobre cuentas consolidadas. La doctrina fiscal ha sido pionera en estos temas con postulaciones realmente interesantes. Para combatir comportamientos elusivos, los legisladores bonaerenses han dispuesto:

Los actos, operaciones o situaciones en que interviene una persona o entidad se atribuirán también a otra persona o entidad con la cual aquella tenga vinculación económica o jurídica, cuando de la naturaleza de estas vinculaciones resultare que ambas personas o entidades pueden ser consideradas como constituyendo una unidad o conjunto económico que hubiere sido adoptado exclusivamente para eludir en todo o en parte sus obligaciones fiscales. En este caso, ambas personas o entidades se considerarán como contribuyentes codeudores de los gravámenes con responsabilidad solidaria y total.

(Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, artículo 14 inciso 2).

No obstante, la amplia potestad tributaria del Estado debe ser manejada con sutileza para evitar que configure una barrera burocrática (ilegal o irracional) que impida u obstaculice el acceso o permanencia de las empresas en el mercado, más aún cuando debe promoverse el surgimiento de los grupos empresariales. Así lo ha entendido el derecho comunitario europeo, en que se ha promovido la dación de una legislación tributaria unitaria en cuestión de grupos de empresas (Directiva Nº 90/435/CEE); la razón de ser de esta norma se explica del siguiente modo:

considerando que los grupos de sociedades de Estados miembros diferentes pueden ser necesarios para

crear en la Comunidad [Europea] condiciones análogas a las de un mercado interior y para garantizar así el establecimiento y el buen funcionamiento del mercado común; que no se deben dificultar estas operaciones con restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros; ...

(primer considerando de la Directiva mencionada).

En cuanto a la supuesta confrontación "empresas vs. Estados-Nación", optamos por darle una lectura distinta a esta realidad y, bajo tal premisa, estimamos que no se trata de una lucha sino de un "compartir escenarios de acción": actualmente, Estados y grupos de empresas quieren conquistar (primero) su territorio, (luego) la región y (finalmente) el mundo entero. Y lo más importante es que eso no debe enfocarse como algo negativo en sí, ya que todo depende del modo de actuar (qué objetivos se persiguen y si se respetan o no los intereses ajenos). Lastimosamente, a veces resulta difícil entenderlo, lo que conduce a que países como Bolivia sostengan constitucionalmente: "No se permitirá la acumulación privada de poder económico en grado tal que ponga en peligro la independencia económica del Estado" (Constitución del Estado, artículo 134).

8. Reflexión final

Los grupos de empresas, debido a su naturaleza de fenómeno complejo, subsumen diversos grupos de interés, cada uno de los cuales persigue la tutela de sus derechos. Podemos distinguir así a los inversionistas (incluyendo los inversionistas minoritarios), los trabajadores, los consumidores y usuarios, los acreedores, los tecnócratas y el Estado. El derecho debe ofrecer una regulación específica e integral sobre los grupos empresariales que cautele los intereses involucrados; algunas muestras en este sentido ya se han dado en legislaciones extranjeras, no faltando los fallos que sientan jurisprudencia.

Varias de las soluciones que el derecho comparado ofrece al respecto apuntan al allanamiento de la personalidad jurídica, lo cual deberá considerarse como una salida de segundo grado, aplicable cuando otros mecanismos legales (como el abuso del derecho o el fraude a la ley) no reparen cabalmente y del modo esperado a quien ha sufrido el perjuicio, puesto que su utilización indiscriminada podría generar un clima de desconfianza entre los inversionistas, quienes, preocupados por su eventual responsabilidad ilimitada, optarían por no constituir grupos de empresas o por hacerlo en forma solapada.