

Hacia una Ley Modelo sobre los Grupos de Empresas

Daniel Echaiz-Moreno*

Los grupos de empresas constituyen un tema actual e interesante, pero sobre todo son un tema complejo puesto que vincula diversas áreas del Derecho; por ello, se requiere una legislación integral¹, la cual no existe actualmente en el Perú² como en muchos otros países. Sin embargo, se aprecian algunos esfuerzos por superar esta situación y, prueba de ello, son la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de Grupos de Empresas, nombrada por el gobierno peruano a inicios del 2000 y el Proyecto de Ley de Grupos de Sociedades que viene gestándose en el seno de la Unión Europea. En este escenario, presentamos la siguiente propuesta legislativa, la misma que, en su momento, fue puesta a consideración de la Comisión Especial peruana³.

ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE GRUPOS DE EMPRESAS

Título Primero

DISPOSICIONES GENERALES

Capítulo Primero

REGLAS APLICABLES A LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Artículo 1. Finalidad de la Ley.

La presente Ley tiene por finalidad ofrecer una regulación jurídica integral de los grupos de empresas, a efectos de propiciar la constitución de estos dentro de un marco legal adecuado y, asimismo, proteger los diferentes intereses involucrados.

Comentario.- El propósito de la norma jurídica propuesta es regular a los grupos de empresas enfocándolos desde las diferentes áreas jurídicas: constitucional, contractual, societaria, laboral, del consumidor, de la competencia, concursal, tributaria, bancaria, bursátil y penal, entre otras, a efectos de promover su desarrollo (en tanto configuran el mecanismo idóneo para el crecimiento corporativo) y cautelar los intereses involucrados (de inversionistas minoritarios, trabajadores, consumidores, usuarios, acreedores y el Estado).

Artículo 2. Actividad empresarial.

El grupo de empresas constituye una forma de realizar actividad empresarial, que el Estado reco-

* Abogado por la Universidad de Lima, diplomado en mercado de valores por la Conasev, estudios de postgrado en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, miembro del Estudio Echaiz Abogados, miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil, miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. E-mail: danielechaiz@yahoo.com • Web Page: <http://derechoempresarial.deamerica.net>

1. Echaiz Moreno, Daniel, *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral*. Lima (Perú), Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, diciembre del 2000.

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

3. La redacción de algunos artículos no corresponde a su versión original porque, en el presente ensayo, se busca delinear los parámetros de una Ley Modelo que pueda ser aplicable a cualquier legislación nacional.

nose bajo los principios del pluralismo económico y la libertad de empresa, ambos recogidos en la Constitución Política del Estado.

Comentario. El Derecho Constitucional Económico desarrolla dos conceptos modernos: el pluralismo económico y la libertad de empresa. El pluralismo económico es la sana convivencia de diversas formas de propiedad (pública, privada, nacional, extranjera, directa, indirecta, etc.) y de empresa (pequeña empresa, sociedad, empresa individual de responsabilidad limitada, sociedad agente de bolsa y otras) dentro de la economía nacional; tanto las empresas de un grupo como la propiedad que sobre ellas se ejerza encajan en cualquiera de estos supuestos. Por otro lado, la libertad de empresa abarca, cuando menos, seis derechos: creación de empresa, acceso al mercado, organización de la empresa, dirección de la empresa, disposición de la empresa y vinculación con otras empresas; por este último derecho, es viable el grupo de empresas.

Artículo 3. Control estatal.

El Estado no ejerce un control de las concentraciones empresariales en materia de grupos de empresas, salvo los casos expresamente estipulados mediante Ley, que se justifican por tratarse de sectores económicos sensibles.

Comentario. No es conveniente el control de las concentraciones empresariales por el excesivo costo del sistema (se requiere acceso y cruce de información, así como personal especializado), el mensaje negativo a los inversionistas (las empresas estarían condenadas al crecimiento meramente interno) y razones empíricas (en los países donde hay control, las operaciones no autorizadas han sido inferiores al 2% del universo controlado). Sin embargo, hay sectores (como el eléctrico) que sí necesitan dicho control porque afectan a la comunidad en su conjunto (por ello, en el Perú, contamos con una Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico).

Artículo 4. Allanamiento de la personalidad jurídica.

El Juez, en caso de utilización indebida de la personalidad jurídica, puede allanarla y responsabilizar directa, personal, ilimitada y solidariamente a los titulares, administradores y representantes de la persona jurídica, sin perjuicio de las demás acciones legales si las hubiere.

Hay utilización indebida de la personalidad jurídica cuando a través de ella se pretende burlar la ley, quebrantar obligaciones o perjudicar fraudulentamente a terceros.

Comentario. Varias de las soluciones frente a la problemática de los grupos de empresas optan por el allanamiento de la personalidad jurídica, lo cual debe considerarse como una salida de segundo grado (principio de subsidiariedad), aplicable sólo cuando otros mecanismos legales (como el abuso del derecho o el fraude a la ley) no reparen cabalmente a quien ha sufrido el perjuicio.

Capítulo Segundo EL GRUPO DE EMPRESAS

Artículo 5. Concepto.

El grupo de empresas es el conjunto de dos o más empresas autónomas jurídicamente, las cuales se encuentran sometidas al dominio de una misma persona natural, un mismo conjunto de personas naturales o una de dichas empresas, quien se denomina sujeto dominante e imparte la dirección unificada del grupo.

Comentario.- Son tres las características de los grupos de empresas: autonomía jurídica (por lo que cada empresa conserva su propio objeto, denominación, titular o titulares, plantel de trabajadores, así como la titularidad de todo derecho que legalmente le corresponda y las obligaciones que haya contraído), relación de dominación-dependencia (la dominación intensa y duradera ejercida por un sujeto sobre una empresa genera para el primero el control y, para la segunda, la dependencia) y dirección unificada (regida por el principio del interés grupal).

Artículo 6. Dirección unificada.

La dirección unificada es la capacidad del sujeto dominante para imponer sus decisiones a las empresas dominadas, quienes deberán acatarlas aun cuando sean perjudiciales para ella, en aras de la satisfacción del interés grupal. Sin embargo, dicha dirección unificada deberá respetar las cláusulas del contrato de dominación grupal, así como el ordenamiento jurídico vigente.

Implica que el sujeto dominante regule las cuestiones más importantes relativas a la política empresarial del grupo, para que sean las empresas integrantes de él quienes dispongan las medidas de ejecución pertinentes, sin perjuicio que el sujeto dominante intervenga en la ejecución de las directrices generales que dispuso.

Comentario. Consideramos pertinente concebir a la dirección unificada en sentido amplio (dación de directrices generales sobre la política grupal) y no en sentido restringido (reglamentarismo a ultranza sobre la totalidad de las actividades de la empresa dominada). Lo primero es viable; lo segundo resulta muchas veces difícil de cumplir.

Artículo 7. Interés grupal.

El interés grupal busca el bienestar empresarial del grupo de empresas y prevalece sobre los intereses individual, empresarial y particular.

El interés individual corresponde a las personas naturales como titulares de empresas y es de naturaleza subjetiva; el interés empresarial se orienta a fortalecer la posición de las empresas en el mercado; y el interés particular es el perteneciente a los trabajadores, consumidores, usuarios, acreedores y el Estado en su relación con las empresas integrantes del grupo.

Comentario. En todo grupo de empresas existe una motivación por encima incluso de sus propios miembros considerados aisladamente que busca el bienestar empresarial de dicho grupo concebido como entidad autónoma. Si bien es cierto que el interés grupal prevalece sobre el interés particular, ello no significa que debe obviarse la protección jurídica a aquellos que detentan este último; el Derecho tiene como obligación intrínseca la regulación integral y no parcial.

Artículo 8. Supuestos de dominación.

Se presume la existencia de dominación, salvo prueba en contrario, cuando el presunto sujeto dominante:

1. Tiene por objeto la tenencia de acciones o participaciones en el capital de personas jurídicas.
2. Sea titular, directa o indirectamente, de más del 50% de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.
3. Sea titular, directa o indirectamente, del 50% o menos de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica y celebre un pacto de sindicación de voto con otro u otros socios hasta reunir más del 50% referido.
4. Sea titular, directa o indirectamente, del 50% o menos de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica, pero pueda elegir o remover a la mayoría de los miembros del directorio de ésta.
5. Participe, directa o indirectamente, en el capital social de una persona jurídica, de manera que le permita tener presencia en su directorio.
6. Tenga a sus directores, gerentes o principales funcionarios como directores, gerentes o principales funcionarios de una persona jurídica.
7. Tenga a sus representantes legales, apoderados judiciales o mandatarios como representantes legales, apoderados judiciales o mandatarios de una persona jurídica. Esta presunción solo surte efecto si concurre, además, algún otro supuesto de los mencionados en este artículo.
8. Lleve contabilidad centralizada y/o prepare estados financieros consolidados.
9. Mencione, en su documentación oficial, a empresas subsidiarias o filiales de él. Entiéndase por documentación oficial a la correspondencia de la persona jurídica, las publicaciones que ella efectúe y los documentos que presente a autoridades de la Administración Pública.
10. Sin ser empresa del sistema financiero, sea acreedor de más del 50% de las obligaciones de una persona jurídica o garantice, en un porcentaje significativo, las obligaciones de ésta.
11. Contrata bienes y/o servicios de una persona jurídica, la cual depende exclusivamente de tal operación contractual.
12. Realiza algún otro supuesto establecido expresamente mediante ley.

Comentario. Se enumeran aquí los supuestos más comunes en los que suelen existir grupos de empresas; no obstante, la presunción es iuris tantum, por lo que cabe la prueba contrario sensu. Además, contiene un último precepto abierto dando la posibilidad de incorporar legislativamente otras circunstancias.

Artículo 9. Clases.

El grupo de empresas será calificado de derecho o de hecho, dependiendo de si se ha celebrado o no un contrato de dominación grupal en la forma prevista en esta Ley.

Comentario. El grupo de empresas de derecho se erige como el mecanismo regular y el grupo de

empresas de hecho como el mecanismo de excepción. Las diferencias entre ambas modalidades son abismales: en el primero, rige el principio del interés grupal, existe un marco legal de promoción y se protege a los grupos de interés; mientras que, en el segundo, el sujeto dominante responde por las decisiones adoptadas que generen perjuicio y, si es persona jurídica, serán responsables sus titulares, administradores y representantes.

Título Segundo
EL GRUPO DE EMPRESAS DE DERECHO
Capítulo Primero

EL CONTRATO DE DOMINACIÓN GRUPAL

Artículo 10. Alcances.

El contrato de dominación grupal tiene por finalidad principal el establecimiento de una relación de dominación, siendo celebrado entre el sujeto dominante y las empresas dominadas. Su celebración, según las formalidades legales, hace presumir, sin admitir prueba en contrario, la existencia de dominio.

Comentario. Las partes en un contrato de dominación grupal serán el sujeto dominante y cada una de las empresas dominadas, debiendo ser celebrado por quienes tengan las facultades para ello. Cabe indicar que, si bien esta figura contractual ha sido llamada contrato de dominación (en Alemania) y contrato de afiliación (en Francia), juzgamos más ilustrativa la denominación propuesta.

Artículo 11. Requisitos.

El contrato de dominación grupal constará en escritura pública y expresará, bajo sanción de nulidad:

1. La denominación del grupo de empresas, la cual necesariamente deberá iniciarse con la palabra "grupo".
2. El nombre o la denominación del sujeto dominante y el número de su documento de identidad o registro único del contribuyente, dependiendo de si es persona natural o persona jurídica, respectivamente. En este último supuesto, indicará además su objeto.
3. La denominación de cada una de las empresas dominadas, indicando su registro único del contribuyente y su objeto.
4. El domicilio legal del grupo, que podrá ser el correspondiente al sujeto dominante.
5. El plazo de duración del grupo.
6. Los titulares de cada una de las empresas integrantes del grupo, indicando el número de su documento de identidad o registro único del contribuyente, según sea el caso, y el respectivo porcentaje de participación en el capital.
7. Los administradores de cada una de las empresas integrantes del grupo, especificándose el número de su documento de identidad o registro único del contribuyente, según sea el caso, y el cargo que ocupan.
8. El régimen del órgano u órganos del grupo.
9. Los requisitos para la modificación y resolución del contrato de dominación grupal por ingreso de nuevas empresas integrantes u otras circunstancias.

Podrá contener, además, los pactos lícitos que las partes contratantes estimen convenientes para la organización del grupo de empresas.

Comentario. El propósito de indicar las cláusulas mínimas que debe contener el contrato de dominación grupal es, básicamente, para que el órgano de supervisión pueda llevar un registro detallado de los grupos de empresas y las cuestiones relevantes de éstos. En cuanto a los órganos del grupo, debe distinguirse entre el órgano de representación y el órgano de gestión: el primero debiera ser el presidente del grupo quien representará al sujeto dominante, mientras que el segundo podrá ser individual y colegiado (esto último, por ejemplo, si el sujeto dominante es una familia).

Artículo 12. Grupo de empresas circular.

Se considera nulo de pleno derecho el contrato de dominación grupal mediante el cual se constituye un grupo de empresas circular.

El grupo de empresas es circular cuando una empresa domina a una segunda, esta domina a una tercera y así, sucesivamente, hasta que la última domina a la primera.

Comentario. El grupo de empresas circular es la modalidad participacional más peligrosa, ya que el capital social se vuelve algo ficticio, incumpliendo su función de garantía. Por ello se encuentra proscrito por la Ley de Sociedades por Accio-

nes de Brasil (artículo 244), la Ley de Sociedades Comerciales de Francia (artículos 358 a 359-1), la Ley de Sociedades Anónimas de Chile (artículo 121), la Ley de Sociedades Anónimas de España (artículo 74 inciso 1) y la Ley de Sociedades Comerciales de Argentina (artículo 32), entre otras normas jurídicas.

Artículo 13. Inscripción registral.

El contrato de dominación grupal y todo acto jurídico que lo modifique regule o extinga surtirá efecto a partir de su inscripción en la ficha registral perteneciente a cada una de las empresas integrantes del grupo.

Comentario. Aquí el derecho es constitutivo, puesto que requiere la inscripción registral; con ésta se busca la publicidad y consecuente información de los interesados.

Artículo 14. Deber de información.

El sujeto dominante deberá remitir copia legalizada del contrato de dominación grupal, así como de todo acto jurídico que lo modifique, regule o extinga, al órgano de supervisión, dentro de los diez días hábiles siguientes a su celebración.

La información brindada tendrá la calidad de declaración jurada y el incumplimiento será sancionado por el órgano de supervisión con una multa no menor de dos ni mayor de veinticinco unidades impositivas tributarias.

Comentario. Para que el órgano de supervisión pueda llevar un registro detallado de los grupos de empresas es indispensable que cuente con información actualizada y fidedigna. Como caben dos posibles actos negativos (que no se presente la información o que se presente información falsa) se establecen dos sanciones: administrativa (para el primer caso) y penal (para el segundo caso).

Artículo 15. Publicidad.

La copia del contrato de dominación y de todo acto jurídico que lo modifique, regule o extinga estará a disposición de los interesados en el domicilio legal del grupo y de cada una de las empresas integrantes del mismo a un precio equivalente únicamente al costo de producción.

Comentario. Con este dispositivo se pretende asegurar el derecho de información de los diversos grupos de interés. No obstante, éstos deberán sufragar los gastos por copias, a efectos de no perjudicar económicamente al grupo de empresas.

Artículo 16. Denominación del grupo.

La denominación de un grupo de empresas que conste en el contrato de dominación grupal podrá ser registrada como marca colectiva, de acuerdo a lo dispuesto en la ley de la materia.

Comentario. El registro de la marca colectiva permite que sea utilizada en exclusividad por las empresas integrantes del grupo en los productos o servicios que brinden, con la consecuente identificación en el mercado.

Capítulo Segundo

LOS ESTADOS FINANCIEROS CONSOLIDADOS

Artículo 17. Concepto.

Los estados financieros consolidados son los estados financieros básicos que presentan la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio neto y los flujos de efectivo de un grupo de empresas, como si fuesen los de una sola empresa.

Comentario. La información consolidada permitirá apreciar la situación económica del grupo de empresas considerado como entidad autónoma y será de utilidad para los inversionistas minoritarios (en cuanto a las expectativas de su inversión), los trabajadores (si se ha producido la titularidad grupal en la relación laboral), el Estado (en su afán de detectar prácticas elusivas o evasivas), etc.

Artículo 18. Consolidación.

La consolidación debe efectuarse sobre la base de estados financieros a una misma fecha. Si ello no fuera posible, se podrán utilizar estados financieros a diferentes fechas de cierre, con una antigüedad no mayor de tres meses. En esos casos, deberán hacerse los ajustes necesarios a los estados financieros de la empresa dominada para reflejar los efectos de transacciones significativas y otros eventos que ocurran entre esas fechas y la fecha de los demás estados financieros.

No se incluirán en la consolidación a las empresas dominadas cuyas acciones o participaciones representativas del capital hayan sido adquiridas con carácter temporal. Se considera adquisición temporal cuando la titularidad se conservará durante un período menor o igual a tres meses.

Comentario. La adquisición temporal se presenta en la celebración de un contrato de reporte,

es decir, cuando el reportante compra títulos del reportado con la obligación de vendérselos posteriormente, en un plazo y a un precio previamente pactados; en vista que la operación no busca la titularidad permanente, sería inadecuado considerar dicha propiedad en la consolidación. Actualmente, en el Perú existen algunos dispositivos sectoriales sobre el referido contrato de reporte, tales como el Reglamento de Operaciones de Rueda de Productos de la Bolsa de Productos de Lima (1997), las Normas para la Gestión de Tesorería (1999) y el Tratamiento Contable de las Operaciones de Reporte y los Pactos de Recompra (1999).

Artículo 19. Requisitos.

Los estados financieros consolidados estarán dictaminados por auditor debidamente habilitado que no esté comprendido en ninguno de los supuestos de presunción de dominación, estipulados en el artículo 8 de esta Ley.

Además, son de periodicidad anual, debiendo ser preparados atendiendo a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados. Es aplicable la Norma Internacional de Contabilidad 27 denominada *consolidación de estados financieros y contabilización de inversiones en subsidiarias* en lo que no se oponga a la presente Ley.

Comentario. La NIC 27 (dictada en abril de 1989 y reformada en enero de 1995) tiene como antecedente a la NIC 3 (estados financieros consolidados, elaborada en junio de 1976) y, según su norma 1, "debe aplicarse a la preparación y presentación de los estados financieros consolidados para un grupo de empresas bajo el control de una tenedora".

Artículo 20. Presentación.

La presentación de los estados financieros consolidados se efectuará ante el órgano de supervisión dentro del plazo que vence el 15 de abril de cada año o, de ser este inhábil, el primer día hábil siguiente.

En dicha oportunidad, el sujeto dominante deberá informar bajo declaración jurada si es que el contrato de dominación grupal ha sufrido alguna variación o se mantiene igual respecto a la última información comunicada al órgano de supervisión, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 14 de esta Ley.

Comentario. El órgano de supervisión tiene como una de sus atribuciones el supervisar los estados financieros consolidados. Al momento en que éstos sean presentados, deberá aprovecharse para actualizar la información detallada de los grupos.

Artículo 21. Publicidad.

La copia de los estados financieros consolidados estará a disposición de los interesados en el domicilio legal del grupo y de cada una de las empresas integrantes del mismo a un precio equivalente únicamente al costo de producción.

Comentario. Esta norma refuerza el derecho de información que detentan los grupos de interés, pero mantiene los parámetros de equidad en cuanto a gastos.

Capítulo Tercero **LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN** **Subcapítulo Primero** **LOS INVERSIONISTAS MINORITARIOS**

Artículo 22. Concepto.

Para los efectos de esta Ley, se considera inversionista minoritario a aquel titular de acciones o participaciones de una empresa integrante de grupo que participa minoritariamente en el capital social o que no tenga el derecho a elegir a la mayoría de los miembros del directorio. Todo inversionista minoritario podrá optar entre ejercer el derecho de separación o percibir un dividendo garantizado.

Comentario. El Derecho comparado a planteado tres soluciones: el ejercicio del derecho de separación, la percepción de un dividendo garantizado y el canje accionario o participacional. Este último (de poca acogida) implica la transferencia que el inversionista minoritario efectúa de sus acciones o participaciones al cosocio que posea participación mayoritaria, a cambio que se convierta en cotitular de la empresa dominante. Sin embargo, preferimos que sean las partes quienes opten por este mecanismo de protección si es que lo juzgan conveniente.

Artículo 23. Derecho de separación.

El derecho de separación será ejercido en cualquier momento por el inversionista minoritario, mediante carta notarial entregada a la sociedad de la cual es titular. Rigen, en lo que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley, las reglas contenidas en la ley de la materia.

Comentario. El ejercicio del derecho de separación genera para el inversionista 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. Este artículo amplió los alcances de la Ley General de Sociedades peruana, puesto que ésta también permite el derecho de separación en los demás casos establecidos por ley (artículo 200 inciso 4).

Artículo 24. Dividendo garantizado.

Es obligatoria la distribución de dividendos en dinero hasta por un monto igual a la mitad de la utilidad distributable de cada ejercicio, luego de deducido el monto que debe aplicarse a la reserva legal, si así lo solicitan inversionistas minoritarios que representen cuando menos el 20% del total de títulos suscritos con derecho a voto, entendiéndose que la solicitud se refiere al ejercicio económico inmediato anterior y que el dividendo garantizado debe calcularse sobre los estados financieros de la empresa en la que el solicitante tiene la calidad de inversionista minoritario.

Comentario. Esta solución (conocida jurídicamente como compensación anual, dividendo anual o renta mínima) origina que el inversionista no sólo tenga la calidad de titular, sino también de rentista.

Subcapítulo

Artículo 25. Proyecto de contrato.

Las empresas que negocian la celebración de un contrato de dominación grupal deberán entregar, por medio de su gerente general o quien haga sus veces, un proyecto del referido contrato a sus respectivos sindicatos de empresa o, en ausencia de éstos, a los delegados de los trabajadores.

Comentario. La participación laboral en la negociación del contrato de dominación grupal ha sido regulada en la Ley de Sociedades Comerciales francesa de 1966; aquí el control ejercido por los trabajadores es previo (antes que el contrato sea celebrado), pero después que el asunto ya fue discutido en cada una de las empresas participantes, habiéndose negociado diversas cuestiones e, incluso, arribado a un proyecto de dicho contrato.

Artículo 26. Pronunciamiento laboral

Los sindicatos o, en su caso, los delegados entregarán al gerente general o a quien haga las veces de tal en la empresa, un documento denominado *pronunciamiento laboral*, en un plazo de siete días hábiles a contar desde la recepción del proyecto a que alude el artículo anterior. En aquél constarán las observaciones legales que los trabajadores hayan formulado y adoptado en asamblea general; teniendo la naturaleza de una recomendación, a ser tomada en cuenta al momento de celebrarse el contrato de dominación grupal.

Comentario. El pronunciamiento laboral (cuya naturaleza es la de una recomendación) tiene por finalidad el evitar, en la mayor medida posible, futuras controversias a raíz de la celebración de un contrato de dominación grupal.

Artículo 27. Titularidad del grupo.

Los contratos laborales celebrados entre un trabajador y una empresa integrante de grupo dan derecho al sujeto dominante a disponer la transferencia del personal entre las empresas del referido grupo, siempre que no constituyan actos de hostilidad, según la ley de la materia. De producirse la transferencia se considerará al grupo de empresas como titular de la relación jurídica para todos los efectos laborales.

Comentario. Esta tesis conlleva la concepción de que el trabajador no presta sus servicios a una de las empresas del grupo, sino al grupo como tal, a pesar de que para efectos formales haya celebrado su contrato laboral teniendo como contraparte empleadora a determinada empresa integrante. Anotamos tres efectos: cabe la transferencia del trabajador entre las empresas del grupo, cada transferencia no implicará un cese laboral y el tiempo de servicios prestados se computará unitariamente. Dicha transferencia debe respetar criterios de razonabilidad y no causar perjuicios al trabajador, ya que en caso contrario será un acto de hostilidad.

Artículo 28. Convención colectiva de trabajo uniforme.

Los trabajadores pertenecientes a algunas o a todas las empresas integrantes de un

grupo podrán celebrar una sola convención colectiva de trabajo uniforme, rigiéndose por la ley de la materia.

Comentario. Sería loable que todas o, cuando menos, algunas de las empresas integrantes de un grupo arribasen a una sola convención colectiva de trabajo uniforme, figura desarrollada ampliamente en España y que, en el Perú como en otros países, es perfectamente legal según los parámetros de la normatividad laboral.

Artículo 29. Fianza legal.

El sujeto dominante tendrá la calidad de fiador de cada una de las empresas integrantes del grupo y éstas la calidad de cofiadoras del primero, respecto a las obligaciones laborales en su condición de empleadoras. En ambos casos, la fianza será sin plazo determinado.

Comentario. En razón del beneficio de excusión, el trabajador reclamará sus derechos impagos a la empresa que formalmente lo contrató (así se hayan producido sucesivas transferencias intragrupo). Ante el incumplimiento de ésta será compelido a pagar el sujeto dominante y si este último también incumple deberá acudir a las demás empresas dominadas.

Subcapítulo Tercero LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Artículo 30. Proveedores.

Las empresas integrantes de grupo son, en su condición de proveedores, solidariamente responsables frente a los consumidores y usuarios en los alcances previstos por la ley de la materia.

Comentario. Lo que aquí se hace es establecer la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo en su relación con los consumidores o usuarios cuando se presenten casos de productos o servicios defectuosos.

Subcapítulo Cuarto LOS ACREEDORES

Artículo 31. Responsabilidad solidaria.

Son responsables solidarios por las obligaciones que una empresa integrante de grupo haya contraído, esta empresa y el sujeto dominante. No obstante, si el sujeto dominante es una persona jurídica y resulta ser la deudora, se entenderá que son responsables solidarios dicho sujeto dominante y las demás empresas integrantes del grupo.

Comentario. La responsabilidad solidaria parcial será la regla principal, y la responsabilidad solidaria total, la regla de excepción. Preferimos no instaurar desde un principio la solidaridad total porque no se trata de extender la responsabilidad de manera indiscriminada por el solo hecho de estar frente a un grupo de empresas y, con ello, perjudicar (indirecta e innecesariamente) a los inversionistas minoritarios, ya que si bien la empresa que honre la deuda gozará del derecho de subrogación legal, nadie podrá negar que el pago intempestivo desequilibra el negocio.

Subcapítulo Quinto

EL ESTADO

Artículo 32. Administración Tributaria.

La Administración Tributaria podrá requerir la información necesaria para el cumplimiento de sus fines a los sujetos dominantes y a las empresas dominadas, en ejercicio de su función fiscalizadora según la ley de la materia.

Comentario. La información es importantísima para la Administración Tributaria, puesto que proveerá al Estado del conocimiento necesario para saber cuándo está ante un grupo de empresas y, así, detectar posibles prácticas elusivas o evasivas.

Título Tercero EL GRUPO DE EMPRESAS DE HECHO

Artículo 33. Concepto.

Si el grupo de empresas no se constituye mediante la celebración de un contrato de dominación grupal o si éste resulta nulo, se le considera un grupo de empresas de hecho.

Comentario. Un grupo de empresas será calificado de hecho no sólo cuando haya obviado la celebración del contrato de dominación grupal, sino también cuando lo haya celebrado, pero sin observar las cláusulas mínimas que prescribe el artículo 11 de esta propuesta legislativa.

Artículo 34. Efectos.

En el grupo de empresas de hecho, el sujeto dominante no podrá adoptar medidas que perjudiquen a las empresas dominadas, puesto que de lo contrario estará obligado a reparar el perjuicio causado. Pueden ejercitar la acción quienes tengan legítimo interés económico.

Además, el sujeto dominante y, si éste es persona jurídica, sus titulares, administradores y representantes serán personal, solidaria e ilimitadamente

responsables ante los inversionistas minoritarios, trabajadores, consumidores, usuarios, acreedores y el Estado en las relaciones que cada uno de éstos mantenga con las empresas integrantes del grupo.

La responsabilidad establecida en este artículo comprende, según sea el caso, el cumplimiento de la respectiva obligación, así como la indemnización por los daños y perjuicios irrogados; y no enerva la responsabilidad penal si la hubiera.

Comentario. Se especifican efectos negativos para los grupos de empresas de hecho con el objetivo de que se adecuen al mecanismo regular. Dichas razones negativas son: la pérdida de los beneficios que derivan de constituirse como grupo de empresas de derecho (de incuestionable valor en términos económicos y empresariales); el sujeto dominante no podrá adoptar medidas que perjudiquen a las empresas dominadas; si el sujeto dominante es persona jurídica, serán responsables sus titulares, administradores y representantes; atendiendo a esto último, será difícil encontrar (o conservar) socios, administradores y representantes que deseen asumir tal responsabilidad; el órgano de supervisión podrá determinar la existencia del grupo, debiendo el sujeto dominante enfrentar un proceso administrativo; etc.

Artículo 35. Derecho de separación.

Tratándose de grupos de empresas de hecho, los inversionistas minoritarios podrán ejercer el derecho de separación, de acuerdo a lo señalado en el artículo 23 de esta Ley.

Comentario. No habría razón para que un inversionista minoritario asuma la responsabilidad derivada de un grupo de empresas de hecho cuando su menor participación en el capital social le ha impedido imponer su posición personal.

Título Cuarto

EL ORGANO DE SUPERVISIÓN

Artículo 36. Órgano de supervisión.

Créase la Comisión Supervisora de Grupos de Empresas (COSGRUP) como órgano dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, la cual contará con las siguientes atribuciones:

1. Llevar un registro detallado de los grupos de empresas, en el cual deberá especificarse lo estipulado en el artículo 11 de esta Ley.
2. Supervisar los estados financieros consolidados que el sujeto dominante deberá presentar.
3. Solicitar la información que requiera para el cumplimiento de sus fines, a las entidades del Sector Público Nacional y a organismos de supervisión con los que mantenga relaciones de cooperación. Asimismo, a sujetos dominantes, a empresas integrantes de grupo y a titulares, administradores y principales funcionarios de estas últimas; en estos casos, la información brindada tendrá la calidad de declaración jurada.
4. Determinar la existencia de grupos de empresas en atención a las presunciones legales establecidas en el artículo 8 de esta Ley; sin perjuicio de ellas, puede determinar otros casos en los que también exista un grupo de empresas. En ambos supuestos, iniciará investigaciones de oficio o a solicitud de parte y, en caso de que concluya determinando la existencia del grupo de empresas, emitirá resolución debidamente motivada, corriendo traslado de la misma al presunto sujeto dominante y a cada una de las también presuntas empresas dominadas para que, en un plazo no mayor de cinco días hábiles de producida la notificación, absuelvan lo resuelto si lo juzgan conveniente.
5. Las demás atribuciones que expresamente se le confiera mediante Ley.

Comentario. Se juzga necesaria la existencia de un órgano de supervisión de los grupos de empresas que pudiera ser una institución ya en funcionamiento que amplíe su campo de acción o, alternativamente, una institución creada expresamente para este propósito.

Artículo 37. Convenios de cooperación.

La Comisión Supervisora de Grupos de Empresas (COSGRUP) podrá suscribir convenios de cooperación, así como establecer relaciones de coordinación con instituciones y organismos de supervisión, tanto públicos como privados, nacionales o extranjeros, que le permitan el acceso, intercambio y cruce de información para el mejor cumplimiento de sus fines.

Comentario. Este dispositivo facilita la actuación del órgano de supervisión y le confiere mayor capacidad de autoinformación.

Título Final
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
DISPOSICIONES FINALES

Primera. Sumilla de los artículos.

Las sumillas de los artículos de esta Ley son meramente indicativas, por lo que no deben ser tomadas en consideración para la interpretación del texto legal.

Comentario. Consideramos que esta disposición es intrínseca a toda norma jurídica, por lo cual (a efectos de evitar su innecesaria repetición) debería agregarse a la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa que existe en el Perú o su similar de otros ordenamientos jurídicos.

Segunda. Aplicación de la Ley.

Quedan sometidos a la presente Ley todos los grupos de empresas sin excepción, sea cual fuere el momento de su constitución.

Comentario. Atendiendo a que el propósito de la legislación propuesta es la regulación jurídica integral de una figura aún no legislada, sus alcances deben ser totales. Por lo demás, tácitamente se concede un plazo de adecuación de sesenta días hábiles.

Tercera. Aplicación supletoria.

En aspectos específicos y/o sectoriales, rigen supletoriamente los dispositivos jurídicos que no se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Comentario. Los dispositivos sectoriales son muchas veces necesarios por razones de especialidad, a tal punto que no sería contraproducente contar con una Ley sobre Grupos de Empresas y que perdurasen normas financieras o bursátiles sobre la materia. Es más, así debe ser.

Cuarta. Exoneración tributaria.

Los actos y documentos legalmente necesarios para que los grupos de empresas que actualmente operan se adecuen a lo establecido en la presente Ley están exonerados del pago de todo tributo, incluyendo los derechos de inscripción en el Registro de Personas Jurídicas.

Comentario. Esta medida fiscal promueve la adecuación de los actuales grupos de empresas a los parámetros legales propuestos.

Quinta. Concepto de empresa.

Entiéndase por empresa a la organización económica dedicada a la producción o comercialización de bienes o a la prestación de servicios.

Comentario. Una legislación sobre los grupos de empresas exige contar con una definición de empresa, habiendo optado ésta, adecuadamente concisa.

Sexta. Terminología.

Para efectos de la regulación uniforme de los grupos de empresas, considérese que con la utilización legislativa de las expresiones empresa dominante, controlante, matriz y principal se hace referencia al sujeto dominante; con las expresiones empresa controlada, subsidiaria y filial se hace referencia a la empresa dominada; y con las expresiones grupo empresarial, societario, de sociedades y económico se hace referencia al grupo de empresas.

Comentario. Aquí se ha hecho referencia a las diferentes denominaciones utilizadas en la legislación comparada con las cuales se alude al sujeto dominante, la empresa dominada y el grupo de empresas. Persigue un criterio uniformizante.

Séptima. Órgano de supervisión.

En un plazo de sesenta días a contar desde la entrada en vigencia de la presente Ley, el Poder Ejecutivo dictará las medidas pertinentes para la entrada en funcionamiento de la Comisión Supervisor de Grupos de Empresas (COSGRUP).

Comentario. Esta disposición será materia de posterior reglamentación para que el órgano de supervisión empiece su funcionamiento.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única. Plazo de exoneración tributaria.

La exoneración del pago de tributos para la adecuación de los grupos de empresas a lo prescrito en esta Ley se concede por un plazo de sesenta días, contados desde la entrada en vigencia de la misma.

Comentario. De acuerdo a lo estipulado en la norma XII inciso b del Texto Único Ordenado del Código Tributario peruano, los sesenta días son hábiles.

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS⁴

Primera. Modifican Código Penal.

Modifíquese el Código Penal, incorporándose el Capítulo VI-A titulado "Fraude en la Administración de los Grupos de Empresas", el cual comprenderá el siguiente artículo:

Artículo 199-A. Administración fraudulenta.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, el que en su condición de sujeto dominante de un grupo de empresas realiza, en perjuicio de las empresas integrantes del grupo, sus titulares, trabajadores, consumidores, usuarios, acreedores o el Estado según sea el caso, cualquiera de los siguientes actos:

1. Oculta la verdadera situación del grupo de empresas, mediante la no presentación o la presentación alterada de los estados financieros consolidados a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.
2. Proporciona datos falsos relativos a la situación del grupo de empresas.
3. Omite declarar, cuando se haya solicitado su insolvencia y en los alcances del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial, que alguno o algunos de sus acreedores son empresas dominadas por él.

Comentario. La dación de una legislación integral sobre los grupos de empresas no podría obviar el aspecto penal, ya que éste permitirá una mayor eficacia de lo regulado y el respeto de los intereses involucrados. Según el tipo penal propuesto, será sujeto activo el sujeto dominante de un grupo (empresa, persona natural o conjunto de personas naturales), sujeto pasivo serán los grupos de interés (inversionistas minoritarios, trabajadores, consumidores, usuarios, acreedores, etc.), el bien jurídico tutelado es la situación patrimonial del grupo, el elemento subjetivo requerido es el dolo y la acción penal es pública.

Segunda. Modifican Ley General de Sociedades.

Modifíquese el artículo 139 de la Ley General de Sociedades, cuyo texto será el siguiente:

Artículo 139. Acuerdos impugnables.

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta Ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. Tampoco procede la impugnación cuando la sociedad pertenece a un grupo de empresas constituido conforme a la ley de la materia y el acuerdo persigue la satisfacción del interés grupal.

El Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.

Comentario. El propósito de esta modificatoria es concordar el interés social (en realidad, empresarial) con el interés grupal, ya que pueden contraponerse; he ahí una de las razones determinantes para contar con una Ley sobre Grupos de Empresas.

Tercera. Modifican Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Modifíquese la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, reemplazándose las expresiones "conglomerados financieros" y "conglomerados mixtos" por "grupos de empresas financieros" y "grupos de empresas mixtos", respectivamente.

Comentario. Nuevamente, por razones de uniformidad, debe cambiarse la palabra conglomerado por grupo de empresas, ya que ella (de origen anglosajón) suele utilizarse respecto al grupo heterogéneo, es decir, aquel que realiza actividades diferentes y no relacionadas.

Cuarta. Modifican Ley del Mercado de Valores.

Modifíquese el artículo 226 inciso d; el artículo 250 inciso e; el artículo 261 y el artículo 264 inciso

4. Estas son modificatorias propuestas a la vigente legislación peruana que las incluimos con propósito eminentemente didáctico.

a de la Ley del Mercado de Valores cuyo texto será el siguiente:

Artículo 226. Reglas especiales.

Las instituciones de compensación y liquidación de valores deben observar las siguientes reglas especiales, además de las contenidas en la Ley de Sociedades:

- d) Cumplirán sus funciones en igualdad de condiciones respecto a sus participantes, así algunos de éstos formen con ella parte del mismo grupo de empresas.

Artículo 250. Criterios de diversificación.

La inversión de los recursos de los fondos mutuos deberá sujetarse obligatoriamente a los siguientes criterios de diversificación:

- e) No se invierta más del 25% del activo total del fondo mutuo en valores emitidos o garantizados por una o varias personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo económico al que esté vinculado la sociedad administradora.

Artículo 261. Administración de fondos.

La sociedad administradora invierte los recursos del fondo mutuo por cuenta de éstos, de acuerdo con los términos del reglamento interno. Asimismo, se encarga de determinar el valor de las cuotas emitidas ciñéndose a lo establecido por el reglamento interno del fondo y las disposiciones de carácter general que al efecto se dicten. Podrá administrar más de un fondo mutuo, siendo los patrimonios de cada uno de los fondos independientes entre sí y con respecto al de la sociedad administradora.

Dicha sociedad administradora del fondo mutuo de inversión en valores solamente podrá invertir hasta un total del 25% de los recursos correspondientes al fondo en empresas con las que conforme un grupo.

Artículo 264. Prohibiciones.

La sociedad administradora, sus directores, gerentes, accionistas con una participación superior al 10% del capital y los miembros del comité de inversiones están prohibidos de:

- a) Adquirir, arrendar, usufructuar, utilizar o explotar, en forma directa, los bienes, derechos u otros activos de los fondos que administren; ni arrendar o ceder en cualquiera forma a título oneroso, los bienes, derechos u otros activos al fondo bajo su administración.

Comentario. El actual texto de la Ley del Mercado de Valores peruana contiene dos reglas en cuanto a la institución de compensación y liquidación de valores y el fondo mutuo de inversión en valores con las cuales se proscribe la participación de grupos empresariales, posición que consideramos errada, en tanto la regulación jurídica debe transitar por el camino propuesto.

Quinta. Modifican Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Modifíquese el artículo 15 y el artículo 17 inciso a de la Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras, cuyo texto será el siguiente:

Artículo 15.-

Para la administración de cada Fondo, la sociedad administradora debe contar con un Comité de Inversiones, integrado por no menos de tres personas naturales. Dicho Comité tiene a su cargo las decisiones de inversión del Fondo. Un mismo Comité de Inversiones puede desempeñar funciones respecto de más de un fondo mutuo de inversión administrado por la misma sociedad encargada de su administración.

La sociedad administradora del fondo de inversión, a través de su comité de inversiones, solamente podrá invertir hasta un total del 25% de los recursos correspondientes al fondo en empresas con las que la primera o el segundo conforme un grupo.

Artículo 17.-

La sociedad administradora, sus directores, gerentes, accionistas con una participación superior al 10% del capital, los miembros del comité de inversiones, así como toda persona que participe en las decisiones de inversión de los fondos o que en razón de su cargo o posición tenga acceso a información sobre las decisiones de inversión de los fondos, están prohibidas de:

- a) Adquirir, arrendar, usufructuar, utilizar o explotar, en forma directa, bienes o derechos de los fondos que administren, ni arrendar o ceder en cualquier forma a título oneroso los bienes o derechos de la sociedad al fondo bajo su administrativo.

Comentario. Igual que en el caso anterior, la legislación peruana sobre fondos de inversión y sus sociedades administradoras subsume una limitación en cuanto a la participación de los grupos de empresas en el fondo de inversión.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Primera. Deroga artículo de la Ley General de Sociedades.

Derógase el artículo 105 de la Ley General de Sociedades.

Comentario. El artículo 105 de la Ley General de Sociedades peruana tiene por sumilla "control indirecto de acciones", pero en realidad regula al grupo participacional circular, el mismo que está prohibido por el artículo 12 de este Anteproyecto de Ley.

Segunda. Deroga artículo de la Ley del Mercado de Valores.

Derógase el artículo 248 de la Ley del Mercado de Valor es.

Comentario. Este artículo derogado prescribe la participación máxima en el patrimonio neto de un fondo mutuo de inversión en valores y, por nuestra parte, consideramos que la limitación no debe apuntar a este aspecto, sino a la inversión que se haga de los recursos pertenecientes al fondo.

Tercera. Deroga artículo de la Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Derógase el artículo 28 de la Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras.

Comentario. En semejante orden de ideas al supuesto anterior, este artículo estipula la participación máxima en el patrimonio neto de un fondo de inversión, respecto de lo cual nos pronunciamos con igual criterio.