

EL MERCADO Y LAS BASES ECONÓMICAS DE UN GRUPO EMPRESARIAL

Por Camilo Enrique Cubillos Garzón*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL MERCADO Y LA VISIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE SOCIEDADES. A. Andamiaje Económico. 1. Relevancia de las Investigaciones Jurídico-Económicas. 1.1. Recomendaciones del Centro Internacional para la Empresa Privada. 1.2. Easterbrook - Fischel y su Visión Económica del Derecho de Sociedades. 2. Posiciones Inversas en los Sistemas Jurídicos-Económicos. B. Dificultades de Gestión y Dirección en el Desarrollo de la Actividad Empresarial. Insiders – Outsiders. II. LOS GRUPOS EMPRESARIALES A LA VANGUARDIA DEL MERCADO. A. China y la Visión Económica de los Grupos de Sociedades. Generalidades y Breve Descripción Histórica. B. La Unidad de Propósito y Dirección en el Grupo Empresarial Chino.

INTRODUCCIÓN

En las líneas que se esbozan a continuación, el lector no hallará una solución a conocidos interrogantes en materia de grupos de sociedades, tales como, cuál resulta ser la naturaleza de un grupo empresarial; existe una responsabilidad del grupo de sociedades o es posible imputar cierto grado de responsabilidad a la matriz o por el contrario, atribuírsela a las subordinadas; cuáles son realmente los elementos esenciales de un grupo; quienes son los sujetos que integran un grupo o cuál es su diferencia con una simple situación de control.

Estos y otros muchos cuestionamientos no son tratados de manera específica en este escrito y esto se debe, no a un descuido por parte nuestra sino, a una verdadera intención de no incorporar estos aspectos que en principio son tan significativos; y es que esta supresión intencional es producto de nuestra preocupación al vislumbrar como se aborda el tema de grupos por parte de la jurisprudencia y la doctrina, que en algunos casos como el nuestro, resulta casi ficticia o inexistente.

Todos aquellos temas que forman parte de esta materia, sin querer llamarnos a engaño, son de sumo interés y cada uno por separado da pie para futuros escritos y hasta tratados, no obstante, consideramos que antes de adentrarse en este maravilloso mundo,

* Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Especialista en Derecho de los Negocios de la misma Universidad, Master en Derecho de la Empresa MADE (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Doctorando en Derecho con especialidad en Derecho Patrimonial (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

y en algunos aspectos desconocido, es necesario intentar esclarecer cuando menos, cuál es la realidad económica que rodea a un grupo empresarial.

Ahora bien, para lograr este objetivo, observaremos cual es la función que entra a desempeñar el Mercado en esta materia, no sin antes realizar este mismo ejercicio económico tratándose del Derecho de Sociedades. Partiremos, entonces, realizando una descripción del papel que llega a cumplir el Mercado en el Derecho Comercial, para luego continuar con una descripción sobre cuál es la influencia en el derecho de sociedades, y finalmente concluir, circunscribiendo esta visión económica en la órbita de los grupos empresariales y concretamente en un sector económico de máxima importancia como es el del sistema jurídico anglosajón en contraposición con el continental.

No obstante estas posiciones, haremos el esfuerzo por detenernos cuando menos un instante en la visión económica del grupo abordada desde la perspectiva económica china, y esto en razón de la importancia que representa hoy en día este sector económico, no solo para unos florecientes lazos con Colombia sino para todos aquellos países que desean ingresar en negociaciones con este sector económico.

I. EI MERCADO Y LA VISIÓN ECONÓMICA DEL DERECHO DE SOCIEDADES.

Recordemos que el Comercio, entendido como tal, hace alrededor de ocho siglos fue visto como una actividad profesional, y por ende, el Derecho Mercantil se observó como un derecho que organizaba la actividad económica constitutiva de empresa o la actividad profesional de los empresarios en el Mercado.

Al iniciar este escrito sucinto, recapitulamos sobre aquella concepción subjetivista o profesional del derecho mercantil, que de manera palpable se hacía presente en nuestros inicios académicos; y evocábamos esta concepción ya que en el comercio moderno las operaciones mercantiles se realizan de manera concatenada y siempre a través de una actividad económica desplegada por el empresario de manera continua y permanente, y no de forma ocasional o aislada.

Es entonces el Mercado el centro económico donde se circunscribe la actividad del empresario moderno, resultando un Derecho Comercial ajustado al Mercado¹, donde los cambios sufridos por muchas de sus instituciones se deben a la necesidad de adaptarse a los constantes y comúnmente oscilantes movimientos del propio Mercado.

Con todo, resulta claro que el Derecho Mercantil se muestra como un derecho que coordina toda una actividad económica², la cual al organizarse en *empresa*, asegura la obtención de una ganancia individual o la adquisición de un fin más halla del particular, unido siempre a los intereses generales de la economía nacional³.

¹ El Derecho Comercial involucra también un derecho regulador de actos de comercio; actos que integran la actividad profesional del empresario y el tráfico organizado en empresa.

² Perfectamente puede sostenerse que esta actividad económica se encuentra monopolizada por los empresarios.

Ahora bien, cuando hacemos mención a “los intereses generales de la economía nacional” hemos de especificar que los mismos han determinado una corriente socializadora del Derecho Comercial Interno (interés general sobre el particular) y esto en la medida que los principios de Libertad del Comercio, Libertad Profesional y Libertad de Contratación iban disminuyendo en razón a la crisis del sistema capitalista puro y el auge de la economía dirigida.

No obstante, esta corriente socializadora interna del Derecho Mercantil se ve seriamente comprometida cuando se trata de Derecho Comercial Internacional, como consecuencia del principio de la Libertad de la Autonomía Privada, presente y base de la unificación del Comercio Internacional, llegando por unos instantes a evocar aquel derecho consuetudinario de vigencia universal y que recordamos como *Ius Mercatorum*⁴.

El modelo intervencionista y las políticas de sustitución de importaciones⁵, aplicada en las décadas del sesenta y setenta a través de altos aranceles y barreras no arancelarias, restricciones cambiarias, subsidios e incentivos a la industria nacional, colapsa en la década de los ochenta cuando las economías latinoamericanas se ven aplacadas o reducidas, aumentándose los índices de pobreza e inflación y a su vez resquebrajándose los logros conseguidos hasta entonces; es en ese momento cuando se comienza a vislumbrar, globalmente, que la mejor forma de proteger al interés nacional es promover la empresa privada y la economía de mercado.

A. Andamiaje Económico.

Ciertamente, la liberación de los mercados y la implantación de reformas democráticas, en lo que respecta al sector Latinoamericano y concretamente a Colombia, ha hecho que el sector empresarial se preocupe por las instituciones que manejan con el fin de mejorar sus necesidades en un sector económico en pleno crecimiento.

Esta preocupación del sector empresarial se ve materializada, bien en la apertura de infraestructuras e industrias a inversionistas nacionales y extranjeros, así como en un descenso constante de la inflación económica y un aumento del comercio internacional. Solo es menester recordar de antaño, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) de finales 1993, la ronda de Uruguay del GATT de diciembre de 1994 o el siempre controvertido MERCOSUR; en la actualidad, el 14 de marzo de 2005, comenzó

³ A pesar que el Derecho Comercial no pretende penetrar en los campos del Derecho Económico, Laboral o Civil, entre otros, es innegable que debe mantener una relación cada vez más estrecha con aquellas disciplinas que aspiren dar una solución jurídica adecuada a los problemas económicos y sociales de nuestra era.

⁴ Recordemos que los mejores esfuerzos que propenden por la unificación del Derecho mercantil internacional han sido de organismos internacionales, bien de carácter privado, como la Cámara de Comercio Internacional, International Law Association o el Comité Marítimo Internacional; ora intergubernamental, como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, el Consejo para la Ayuda Económica Mutua o la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. No obstante, para la coordinación de las tareas de esos diferentes organismos se ha creado en el seno de Naciones Unidas una comisión especial, la UNCITRAL, que tiene por misión específica promover la unificación de ese Derecho Comercial.

⁵ Estas políticas de sustitución de importaciones fue apoyada en gran medida por grupos de empresas que se organizaron con el fin de proteger a sus miembros contra la competencia extranjera.

en Washington, la octava (VIII) ronda de negociaciones del Tratado de Libre Comercio de la Zona Andina con Estados Unidos, Perú, Ecuador y Colombia, en la cual se trataron entre otros, temas de inversión, textiles, propiedad intelectual y algunos asuntos del sector agrícola.

Esta forma de descenso en la inflación y de aumento del comercio internacional es demandada por el gobierno colombiano, verbi gratia, la apertura con mercados como venezolano, el reciente mercado Comunitario, empleando como punto de partida al Estado español y el ahora, desconocido y menospreciado, para nosotros, mercado asiático y chino.

1. Relevancia de las Investigaciones Jurídico-Económicas.

Precisamente, esta preocupación empresarial ha llevado a la realización de varios estudios a nivel mundial sobre la importancia de modernizar y fortalecer las instituciones del sector privado, como resulta ser el caso del Grupo Empresarial frente al desarrollo económico constante y por ende al mercado mismo.

1.1. Recomendaciones del Centro Internacional para la Empresa Privada.

Sobre este punto cabe resaltar, más que un estudio las recomendaciones propuestas por los participantes a la conferencia del Centro Internacional para la Empresa Privada (CIPE) donde se pretende que los grupos societarios colaboren en la modernización empresarial; por ser este un asunto que de por sí da pie a otro trabajo independiente, simplemente nos limitaremos a señalar cuales son estas propuestas de reforma sin profundizar en las mismas, así⁶:

Primera Propuesta.- *Equilibrio en los sectores formal e informal.* Incorporación de microempresarios a la economía formal, ampliando y creando un equilibrio económico.

Segunda Propuesta.- *Ventajas de la economía de mercado.* Las reformas económicas y las ventajas de una economía de mercado deben ser comunicadas al público, pues la desinformación puede llevar a una reacción por parte de ellos que deriven en trastornos socioeconómicos.

Tercera Propuesta.- *Modernización de las organizaciones empresariales.* Las sociedades deben ser más transparentes y abiertas, las negociaciones a puerta cerrada ya no son política y económicamente aceptadas.

Cuarta Propuesta.- *Fortalecimiento de las organizaciones empresariales.* Los grupos empresariales pueden proyectar sus intereses más allá del interés sectorial y así tener objetivos nacionales.

Quinta Propuesta.- *Información entre grupos empresariales.* Apertura de mercados y la integración llevará a mejorar las redes de información entre grupos empresariales.

⁶ SWEENEY, John. Nuevas funciones para grupos empresariales en Latinoamérica. Center for Internacional Private Enterprise (CIPE). Building democratic institutions through market-oriented reform around the globe. En Rev. Economic Reform Today. Asociaciones empresariales: Construyendo la democracia. No. 2. 1995.

Sexta Propuesta.- *Imagen pública empresarial* Fijación de normas morales y códigos de buen gobierno (*Corporate Governance*) para las instituciones y los socios haciendo cambiar la opinión negativa del público.

1.2. Easterbrook - Fischel y su Visión Económica del Derecho de Sociedades.

En segundo término y por la trascendencia económica que implicó el trabajo de los profesores Frank H. Easterbrook ad Daniel R. Fischel⁷, nos permitimos hacer una reflexión sobre el mismo en el siguiente sentido.

Manifiestan los autores que el Derecho de sociedades de capital está estructurado sobre una base económica, “que responde al objetivo de maximizar la riqueza de los accionistas” a través de la sistematización normativa para casos que posiblemente se llegaran a presentar, aclarando que se trataba de normas “dispositivas, más que imperativas”.

En nota del traductor, se explica como se llega a emplear el análisis económico para explicar este andamiaje normativo, demostrando que la riqueza de los contratantes es dada por la eficiencia normativa que se ha impuesto o que ha prevalecido, lo que en otros términos comporta o implica que el Mercado se comenzará a comportar correctamente cuando, después de un desarrollo económico, se aceptan aquellas instituciones societarias que económicamente resultaron eficientes.

Con todo, y siempre desde la orbita económica del Mercado los gestores y directores, quienes detentan cierto control, deben propender siempre por el interés social, que no resulta ser otro que el de los “agenciados” o el de los socios, empero, en el desarrollo de su actividad aquellos gestores pueden actuar en interés propio, naciendo de esta forma a la vida jurídica un conflicto entre los intereses particulares de los “agentes” o grupos de control que se contraponen con los intereses sociales de sus “agenciados” o socios, concretamente, los minoritarios.

Ahora bien, según el señalado conflicto de intereses esbozado en el párrafo anterior y precisamente para evitar este riesgo, surgen algunas herramientas o instrumentos que ayudaran a minimizar los costes de esa “agencia”, a través de la igualdad y la armonía en relación con los intereses.

No obstante la búsqueda del equilibrio entre los *insiders* y los *outsiders*⁸, resulta claro que estos mecanismos de protección bien podían ser inherentes al mismo contrato de sociedad ora externos de aquel, sin embargo, cuando los mecanismos de igualdad y armonía, que emanaban del contrato societario no funcionaban, era el mismo Mercado el

⁷ **EASTERBROOK, Frank H. y FISCHEL, Daniel R.** *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press. Trad. Francisco Marcos Fernández. La estructura económica de las sociedades de capital. Fundación Cultural del Notariado. Madrid. 2002.

⁸ Estos términos, *insiders* y *outsiders*, son empleados por el profesor Paz-Ares para definir lo que ha entenderse por equipo directivo o grupo de control cuando se refiere a *insiders* o a un accionista minoritario cuando se está frente a un *outsiders*. **PAZ-ARES, Cándido.** La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo. *Rev. InDret*. N.º. 162, octubre. Barcelona. 2003.

encargado de proporcionar una solución derivada del conflicto de intereses en razón a la separación entre propiedad y control sociedad.

Manifiesta el autor que los intereses entre insiders y outsiders deben estar en armonía, y para encontrar este equilibrio se debe acudir a los siguientes instrumentos jurídicos: En primer lugar, la constitución de un Consejo de Administración; en segundo término, el empleo del sistema de OPAs y la delegación de votos; un tercer instrumento resultaría ser la utilización de un sistema de Remuneración e incentivos que reconcilie los intereses de Managers e Inversores (Contratos de Incentivos); como cuarta herramienta, encontramos la concentración parcial de la propiedad y la centralización del control en manos de uno o varios accionistas con incentivos para vigilar al Management (Bloques de Control); hallamos igualmente un instrumento que consiste en la forma de vislumbrar al inversor, el mismo ha de verse como una fuerza pro-activa en los foros de accionistas (Activismo de los Fondos); y finalmente, como sexto instrumento, está el sistema efectivo de responsabilidad de los administradores (Deberes Fiduciarios)⁹.

2. Posiciones Inversas en los Sistemas Jurídicos-Económicos.

Para conocer o mejor para intentar comprender el análisis económico del derecho aplicado al Derecho de sociedades, expuesto por los profesores Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, es necesario por lo menos entender que la fuente jurídica societaria empleada por los mismos es profundamente diferente a la nuestra por tratarse de dos sistemas jurídicos opuestos como resulta ser el sistema continental y el sistema americano.

Una visión general del sistema americano nos lleva al eterno conflicto entre el poder de control y la propiedad. En la mayor parte de las sociedades de capital americanas, que se encuentran generalmente financiadas por las inversiones de los ahorradores, los *directores* o *gestores* de estas sociedades detentan un gran control o poder con independencia de los propietarios de la sociedad, y esto en razón a que su capital social se encuentra dividido entre muchos accionistas que realmente no llegan a influir en las decisiones del ente societario, resultando ser accionistas que no se encuentran interesados en la gestión, pero si en la productividad o la utilidad que puedan conseguir, por tanto saben que no tienen el poder de gestión y sin embargo no les interesa¹⁰.

A pesar de este punto de vista universal del modelo americano, del mismo se pueden inferir dos claras diferencias con el sistema continental, en primer término, la existencia de tipos societarios con una estructura accionarial cerrada, me explico, en sistemas jurídico-

⁹ Sobre este particular puede consultarse la obra de Cándido Paz-Áres. *Ibidem....*2003.

¹⁰ A pesar de este desprendimiento que muestran los accionistas por el manejo de la sociedad, poco a poco y debido a un gran número de casos en que se ha visto comprometida la propiedad de los mismos, se ha fortalecido la desconfianza de los inversores o accionistas en el poder de gestión, baste recordar recientemente los casos de reestructuración empresarial de ENRON o los casos de las pérdidas de WORLDCOM, la revisoría fiscal de ARTHUR ANDERSEN, el escándalo de la aseguradora AIG con el presidente de la Bolsa de New York o la sonada declaración de estado de insolvencia de PARMALAT S.p.a. por parte del Tribunal Civil y Penal de Parma de 27 de diciembre de 2003 que afectó no solo a sociedades italianas sino a todo el grupo empresarial, entendiéndose sociedades radicadas en Holanda, Alemania, Luxemburgo e Irlanda, concretamente a EUROFOOD, con sede en Dublín –Sentencia de 19 de febrero de 2004 del TCP de Parma-

económicos como el nuestro, las sociedades se presentan integradas con una propiedad que se encuentra distribuida entre muy pocos accionistas (sociedades de familia inclusive), limitándose de por sí la entrada de socios extraños al grupo, pues los propietarios detentarán el poder de controlar la administración de la sociedad. Me atrevería, incluso, a manifestar que se trata de sociedades de capitales, con claros comportamientos de unas sociedades personalistas, ya que al ser gestionadas por un grupo reducido de accionistas o propietarios, los mismos deciden quien entra y quien no, a quien dan o no la razón en “su” sociedad.

En segundo lugar, y no menos interesante, la presencia de tipos societarios donde un accionista resulta ser titular de la mayoría de las cuotas de capital o incluso sin haber llegado a detentar la mayoría de las acciones en una sociedad, se convierte en un controlador de la misma, y esto en razón a lo que podemos llegar a denominar *control interno de hecho*, que no resulta ser más que la capacidad que tiene un sujeto de emitir la mayoría de votos sin tener la propiedad sobre las acciones; poder este que llega a atribuírsele con ocasión de los contratos o acuerdos conocidos como parasociales¹¹.

Ciertamente, es clara la diferencia entre los sistemas jurídicos-económicos, sin embargo esta se acentúa si también comparamos la forma de financiación; recordemos que la misma en las sociedades americanas provenía, en gran parte, de los inversionista o ahorradores, mientras que en las sociedades del sistema continental esta financiación proviene de fondos que resultan ser de particulares, aportados por los mismos accionistas que ostentan el poder de control, pero no resulta la única fuente de financiación, también la hallamos a través de las entidades financieras (Bancos) y las diferentes entidades de crédito.

B. Dificultades de Gestión y Dirección en el Desarrollo de la Actividad Empresarial. Insiders – Outsiders.

Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel, en el análisis económico del derecho de sociedades comentado, sostenían que el Mercado funcionaba como un mecanismo que seleccionaba aquellos instrumentos que resultaban eficientes para la economía y la sociedad, lo que en últimas quería decir, que el mercado resultaba determinante en el sistema americano por cuanto, y a pesar de que cada Estado fija sus propios parámetros

¹¹ Un ilustrativo caso del control interno de hecho y de pactos o acuerdos parasociales así como de otros tipos de control interno de hecho como resultan ser las participaciones cruzadas y los intereses comunes en el derecho español, es el que trae a colación el autor José María Garrido en su libro; sobre este particular manifiesta que en los consejos de administración de muchas sociedades anónimas españolas, participan frecuentemente un sector financiero compuesto por las mismas personas que sirvieron de apoyo al accionista que controla la sociedad con su participación: este, a su vez, sirve de apoyo a otros accionistas minoritarios en otras sociedades. Aunque en España el mayor bloque accionarial medio se sitúa en el 30% del capital (mientras en Alemania, Bélgica o Italia, está en el 50%), es, sin embargo, el primer país de Europa en cuanto al tamaño del segundo bloque accionarial (9%). Ello refleja una situación en la que accionistas minoritarios se apoyan mutuamente mediante pactos estables a largo plazo para controlar las sociedades” Al respecto puede consultarse **GARRIDO, José María**. La distribución y el control del poder en las sociedades cotizadas y los inversores institucionales. Publicaciones del real Colegio de España. Páginas 61, 72 y siguientes. Bolonia. 2002.

respecto al derecho de sociedades es común que guarden ciertas similitudes, y una es precisamente la intervención categórica del Mercado¹².

Así se observa que al interior de las sociedades americanas existe un amplio poder discrecional de los órganos de administración, donde su poder de control no resulta fiscalizable por la junta general o por los tribunales, sin embargo, es claro que los órganos de gestión deben respetar a los accionistas, pero como a ellos lo único que les afecta o concierne son sus utilidades, resulta entonces que esta protección se verá reflejada en la salvaguarda del interés de las acciones, traducida en el incremento del valor de las mismas.

Es evidente que el conflicto se puede suscitar por el incremento o no del valor de la acción, lo que implica una relación estrecha entre lo que pretende el accionista junto con el administrador y lo que manda el Mercado, en otros términos, una mala administración de los insiders será censurada o desaprobada, a mediano o largo plazo, por el mercado, ya sea por el mercado de capitales o bien por otros mecanismos económicos que a la final permitirán remplazar a los reprobados administradores.

Es interesante observar el siguiente recorrido: si una mala gestión puede ser reprobada por otros mecanismos económicos, a cuáles específicamente se refiere el sistema americano. Resulta lógico pensar que una de estas herramientas a emplear es el sistema de OPAs, ya tantas veces referido en otros escritos, empero, es muy poco el reconocimiento como mecanismo de control económico que se ha hecho respecto de aquellos outsiders que no teniendo un poder de administración en la empresa, deciden, cuando no están satisfechos con la gestión adelantada por los insiders, vender sus acciones, esto es lo que se conoce como "*Votar con los Pies*".

Ahora bien, cuando el outsiders decide vender sus acciones o votar con los pies, este hecho repercutirá o mejor implicará una baja en la cotización de las acciones y así como lo mencionamos con anterioridad, uno de los deberes de los insiders es precisamente el de respetar el interés de las acciones, lo que es lo mismo, incrementar el valor de las acciones, y no se está cumpliendo, evidentemente, entonces esta razón motivará una consecuencia disciplinaria y económica para el insiders por ir precisamente en contra del interés de las acciones (Share Value), situación empresarial que está marcadamente influenciada por el Mercado.

Siguiendo con este mismo orden de ideas económicas de control y en el afán de incorporar un modelo americano al continental con todos los inconvenientes que presenta un sistema normativo rígido como el nuestro, resulta prudente sostener que antes de buscar ese equilibrio entre el derecho empresarial y la rígida normatividad del derecho de sociedades, es necesario saber si se justifica una restricción de la propiedad (Autonomía

¹² Respecto del Mercado, la unión consideró de suma importancia su protección en la órbita nacional, por tanto ahora existe el deber de información de las empresas (Full Disclosure), así como la creación de entes encargados de la supervisión, ordenación del Mercado y la protección del inversor. (Securities and Exchange Comisión). Sobre este particular se puede consultar la interesante obra del autor **RECALDE CASTELLS, Andrés Juan**. Los Administradores de las Sociedades Anónimas en un entorno de Buen Gobierno. Rev. Valenciana de Economía y Hacienda. N°. 7 I. Pág. 51-78. 2003.

Privada) cuando se afecte un interés de los outsiders (interés general o de minorías) como consecuencia de una mala administración¹³.

Varios han sido los intentos en el sistema continental por reforzar los mecanismos de control interno e intensificar la participación de los pequeños inversores, sin embargo sigue siendo el sistema americano (anglosajón) el que ha propendido por establecer ciertas recomendaciones¹⁴ a la hora de organizar una empresa y determinar el gobierno corporativo.

Ciertamente, encontramos en el sistema anglosajón varios intentos por mejorar la administración de tal manera que sea el mismo **Mercado** y no el **Derecho** quien entre a juzgar la transparencia o no de las conductas de dirección, entre otras mecanismos pueden encontrarse: los Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, cuya primera redacción data de 1978 (U.S.A), le siguen Cadbury Report de 1992 (U.K), Greenbury Report de 1995 (U.K), Hampel Report de 1998 (U.K) y Combined Code de 2000 (U.K).

De igual forma el sistema continental ha realizado algunos avances en esta materia de gobierno corporativo, como el de la Comisión Baums de 26 de febrero de 2001 (Alemania), el Código de Olivencia de 26 de febrero de 1998 (España) o el Código Aldama de septiembre de 2002 (España). En la misma medida la Comunidad Europea plantea sus recomendaciones con el Informe Winter de 4 de noviembre de 2002.

Estos informes, reportes y códigos nos dan unas pautas de cómo deben comportarse las sociedades dentro del ámbito económico y más concretamente dentro del mercado, bien sea tratando los principios de Legalidad, Autorregulación y Transparencia, como lo hace el Informe Winter, Olivencia y Aldama, como tratando temas concretamente del comentado gobierno de empresa; o la reestructuración y movilidad de las sociedades; el mantenimiento y modificación del capital social; y finalmente, los Grupos de Sociedades.

Precisamente sobre este último punto, Grupos de Sociedades, hemos de volver no sin antes recordar, sucintamente, que hasta aquí lo que se ha planteado concierne al Mercado y las sociedades de capitales, en otros términos, hemos descrito cómo el Mercado por sus movimientos oscilante intervine en el desarrollo empresarial de las sociedades mercantiles, se ha establecido las dificultades que se presentan en el desarrollo de esta actividad empresarial, concretamente en su gestión y dirección (insiders) frente a los accionistas minoritarios (outsiders), no obstante lo anterior,

¹³ A guisa de ejemplo, el sistema germano distribuye en órganos el poder de decisión, bien en un director, encargado de la gestión de la empresa -*Vorstand*- ora en un consejo de vigilancia facultado para la fiscalización de la gestión -*Aufsichtsrat*-, no permitiéndose que la función de gestión y control radiquen en la misma persona (Principio de Cogestión que luego aplicó Estados Unidos), no obstante esta división del control, no existe el mismo entusiasmo si el control lo ejercen los accionistas en la junta general. **Ibidem.** ... Pág. 59.

¹⁴ Es importante resaltar que aunque las empresas no están obligadas a cumplir con estas recomendaciones y con los códigos de buen gobierno, si deben hacer público su intención de aplicarlos o no, pues es el Mercado mismo quien entrará a observar que empresas y cuales no, han garantizado el deber de lealtad y diligencia de sus administradores.

recordemos que el mercado mismo, en su constante movimiento, juzga que instituciones resultan eficaces y cuales, en su constante oscilación, comenzarán a decaer.

II. LOS GRUPOS EMPRESARIALES A LA VANGUARDIA DEL MERCADO

A. China y la Visión Económica de los Grupos de Sociedades. Generalidades y Breve Descripción Histórica.

Las aperturas económicas, las privatizaciones, los tratados de libre comercio, las uniones y alianzas empresariales demuestran un mercado abierto al cual deben concurrir obligatoriamente los empresarios si su deseo es permanecer en el mismo, pero este concurso y competencia ante una economía que cada día resulta más flexible, al abarcar nuevos agentes competidores, no ha de abordarse sin protección.

Todo esto para indicar, que así como se recomienda económicamente a las sociedades mercantiles una organización de la empresa y de las pautas de conducta en su gestión para afrontar los problemas, de igual forma debe pensarse en la misma política cuando de un mercado abierto se trate, es decir, las mismas situaciones, problemas y soluciones que durante décadas hemos vislumbrado tratándose de sociedades, estos mismos escenarios han de contemplarse si de grupos empresariales se trata, máxime cuando el mercado mismo es el encargado de regir tanto a las sociedades como a los grupos empresariales.

De sumo interés resulta todo el tema que se desarrolla alrededor de los Grupos de Sociedades, ya sea que se trate de su formación o incluso de su historia, así como de sus elementos esenciales, la naturaleza, que permítanme la llamaré jurídica; del mismo tenor sugestivo encontramos a los sujetos que intervienen, la situación de los acreedores del grupo, la patología o incluso el papel del Estado, igualmente atractivos resultan ser los temas de los órganos que la componen, los deberes y las responsabilidades que se adquieren ya sea por parte de la sociedad dominante, por haber asumido el poder de dirección del grupo (responsabilidad *ad extra* frente a terceros) o bien por parte del órgano de administración de la sociedad dominante al ejercer un poder en que se ampliaban sus funciones (responsabilidad *ad intra* y orgánica frente a los socios y a las sociedades del grupo).

Sin embargo, a pesar de tratarse de un tema de gran interés, por la escasa o mejor casi nula reglamentación que sobre la misma existe, amén de ser una cuestión de indiscutible actualidad, observamos con prudencia que será en otra esfera académica en la tendremos la oportunidad de debatir estos puntos, no obstante no quisiera quedarme con un mal sabor, con esta intranquilidad; es por esto que de manera muy concreta y siguiendo con nuestro derrotero económico en el ámbito empresarial, expondremos una visión del Mercado, un punto de vista económico, pero ya no frente a las sociedades mercantiles sino que lo plantearemos frente al Grupo de Sociedades.

Para realizar este tipo de valoración económica, considero de gran importancia la inclusión en nuestro debate, sobre grupos corporativos, de un sector económico muy poco desarrollado y comentado por nosotros pero que resulta ser, hoy en día, del mayor interés, máxime cuando se trata de una potencia política, militar y en lo que nos concierne, económica.

Es innegable que la visión económico-empresarial de los grupos corporativos se desarrolló con mayor ahínco en el sistema anglosajón, concretamente en el norteamericano, ahora bien por ser como es nuestro andamiaje normativo, es muy frecuente que acudamos en cualquier área jurídico-económica, como primera medida a observar cual es la regulación imperante en aquellos ordenamientos del sistema continental, para luego si entrar a detallar estas mismas situaciones, en los ordenamientos pertenecientes al sistema anglosajón. Sin embargo muy pocas veces nos hemos detenido en otros modelos que no sean el norteamericano, ingles, francés, alemán, italiano, incluso el español.

Con todo, y en las siguientes líneas intentaremos, por lo menos, plasmar cual es el punto de vista económico que ostenta el mercado asiático y concretamente el de la República Popular China (RPC) frente a los grupos empresariales¹⁵; pero para ello debemos conocer un poco su evolución.

La República Popular China, de antaño, ha tenido la intención de establecer una eficiente red comercial con el fin de fomentar sus economías de escala y mejorar las actuaciones empresariales. No obstante estos esfuerzos por establecer grupos empresariales se veían constantemente interrumpidos.

Tres años después de la segunda guerra mundial, el vicepresidente de RPC, *Liu Shaoqi*, sugirió que se estableciera un sistema corporativo que impulsara el sector empresarial en China. Fue solo hasta inicios de 1960 que se comenzó a observar cual era la experiencia de los países industrializados en materias de Trusts y Monopolios frente a sus empresas estatales; para 1964 ya existían doce trusts en el país¹⁶.

Como China, para la época tenía una Economía de planeación, el Trusts fue entendido como una organización económica con cuentas independientes que llevaba acabo una actividad comercial bajo una dirección central desarrollada por el Estado y no por un acuerdo voluntario entre empresas.

Para la década de los 70, poco a poco la intervención estatal en la dirección fue decayendo, otorgándose para ese momento una mayor autonomía a las empresas dentro de las que destacaba la autorización a las sociedades para que retuvieran parte de las utilidades generadas y la posibilidad que las mismas formaran libremente alianzas comerciales.

Fue tal el éxito que se creyó que las alianzas empresariales eran la reforma económica que buscaban, pero jamás se reglamentó. Debido a la falta de definición legal se conoció este tipo de alianza como Alianzas Económicas Horizontales (*lian ying or heng xiang jing ji*

¹⁵ A propósito, y para la fecha de este artículo, el gobierno colombiano había emprendido, si nos permiten llamarlo así, los primeros acercamientos económicos con este gran mercado asiático, me refiero concretamente a la República Popular China (RPC).

¹⁶ Algunos de estos contratos eran de hecho con empresas que se dedicaban a la misma actividad o eran principales y secundarias, esto con el objetivo de unificar las políticas de dirección de las mismas o mejorar la utilización de recursos, respectivamente. Ya se comienza a observar uno de los elementos esenciales, que en nuestro concepto y desde el punto de vista económico es el único imperante tratándose de Grupo Empresarial, como resulta ser la Unidad de Propósito y Dirección.

lian) en contraposición con el sistema tradicional que era vertical entre departamentos administrativos.

Para 1986 el Código Civil establecía tres tipos de alianzas económicas, en primer lugar, las alianzas económicas que creaban una nueva entidad legal (*legal entity alliance*); en segundo término, las alianzas económicas que no creaban una nueva entidad legal (*partnership alliance*); y finalmente, las alianzas económicas basadas en un contrato (*contractual alliance*)¹⁷

Pese al esfuerzo por reglamentar estas situaciones, el Código Civil terminó por traer mayor confusión de la existente, a guisa de ejemplo, se distinguía entre sociedades de personas (*Partnerships*), donde su responsabilidad era ilimitada y las sociedades de empresas (*Partnership Alliance*), donde se respondía ilimitadamente solo si la obligación era clara y se encontraba establecida en la ley o los estatutos.

Ciertamente, una interpretación como esta trajo consigo un abuso de la figura de las alianzas de empresas en contra de los acreedores y de los terceros, y se llegó a comprender que no era suficiente con este tipo de alianzas sino que por el contrario se hacía necesario la incorporación de otro tipo de alianza económica, es en este momento de apremio que se concibe el Grupo Empresarial.

B. La Unidad de Propósito y Dirección en el Grupo Empresarial Chino.

El inicio del Grupo Empresarial chino, puede ubicarse a finales de la década de los 80 y principios de la del 90, fue entendido como una forma de alianza comercial que buscaba el equilibrio entre varias empresas a través de una especialización de ellas, un desarrollo tecnológico, una reducción de costes y un intercambio de información.

Una buena descripción de lo que se entendía para la época por Grupo Empresarial la encontramos en la obra del autor Yuwa Wei, quien llegó a manifestar:

"(...) Although the enterprise groups have served important practical purposes in China and have been used as leverage by the Chinese government to assist enterprise reforms, little legal attention has been given to them. Up to now, there is no definition of enterprise groups contained in any Chinese legislative sources. However, academic discussions concerning enterprise groups have gradually produced a sophisticated understanding of the term. In the early stages, **an enterprise group was defined as an "economic alliance consisting of a number of enterprises of different areas and different trades," or "an economic organization with multiple levels to answer the need of large scale of economy"**. It is clear that the above descriptions do not capture the essence of the relationship.(...)" Resaltado y subrayado por fuera de texto¹⁸.

Sin embargo, está claro que un Grupo Empresarial no se reducía simplemente a una alianza sino que significaba algo más; ese algo fue lo que precisamente sirvió de base

¹⁷ Las alianzas económicas descritas no podían, hasta ese momento, asimilarse a Grupos Empresariales.

¹⁸ **WEI, Yuwa.** Corporate Groups and Strategic Alliances: New Reform Instruments to the Chinese. Denver journal of international law and policy; vol. 30, afl. 2, pág. 241. 2002

para la edificación de todo el andamiaje económico sobre el grupo empresarial; sobre el particular se llegó a manifestar que:

“(...) Later works provide clearer views on the nature of enterprise groups. Some point out that the essential characteristic of an enterprise group lies in its central management. Therefore, an enterprise group has come to be defined as an economic alliance consisting of a **number of legal entities** and **based on a central management**.(...)”¹⁹ Resaltado y subrayado por fuera del texto.

Tal vez puede decirse en este estado, que la doctrina china se aparta un poco de la concepción de grupo empresarial que impera en el sistema continental y se acerca mucho más a la visión económica del sistema americano. Sostenemos que, de manera acertada, el sistema chino ha considerado que el elemento esencial del grupo empresarial se refleja en la Dirección Unitaria del grupo, lo que nosotros denominamos Unidad de Propósito y Dirección, sin darle mayor relevancia al control, elemento este que en nuestro ordenamiento es indispensable y sin el cual no se entiende la formación del grupo, discusión que es perfectamente controvertible pero en otra oportunidad.

El Gobierno chino es consiente de la importancia de salvaguardar legalmente los grupos empresariales, por esta razón se encuentra en estos momentos reglamentando estas relaciones dentro de un mercado abierto y de libre comercio al cual ha abierto sus puertas, una reglamentación no desde la órbita jurídica del sistema continental sino desde un ámbito empresarial y económico como el sistema anglosajón, donde lo que impera y comporta es el Mercado.

Finalmente, Para el sistema anglosajón y por ende para el sistema económico en China, los grupos empresariales se observan como una opción de desarrollo económico que amén del crecimiento social y empresarial que por si mismo llega a comportar, claramente muestra una tendencia económica a la reducción de costes de transacción debido la producción frente al mercado por el solo hecho de conformarse como grupo y compartir sus beneficios. Se podría argumentar la existencia de una coste, al respecto cabe sostener que efectivamente el coste existe (coste organizacional) pero el mismo se atenuaría al convertirse en el más eficiente mecanismo alternativo de transacción.

Para concluir, existe una preocupación generalizada en estos sistemas económicos y que además debemos tenerla presente en nuestro sistema legal, nos referimos a la atención que ha de darse a la promoción de la cooperación informal entre las empresas, grupos corporativos, con independencia de las alianzas estratégicas y las redes existentes, pues en un mercado cambiante como el nuestro, ayudado por la globalización económica y el crecimiento de las nuevas tecnologías hemos de ser consientes que los regímenes cooperativos “informales” son fundamentales en el éxito de una economía descentralizada, como llega a presentarse en muchos países. Así, además de esta cooperación informal ha de estarse al Mercado como Pilar dentro del andamiaje jurídico-económico imperante en el Derecho Mercantil y que resulta de los Grupos Empresariales como instrumentos de crecimiento económico.

¹⁹ **Ibídem** Pág 241.