

EL MANAGEMENT COMO HERRAMIENTA CONTRACTUAL PARA LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

Daniel Echaiz Moreno *

Sumario: 1. Preliminares.- 2. Etimología del contrato.- 3. Evolución del contrato.- 4. Denominación del contrato.- 5. Definición del contrato.- 6. Naturaleza jurídica del contrato.- 7. Partes del contrato.- 8. Derechos y obligaciones de las partes.- 9. Características estructurales del contrato.- 10. Contenido del contrato.- 11. Beneficios del contrato.- 12. Tipología del contrato.- 12.1. *Management* de gestión hotelera.- 12.2. *Management* de gestión pública.- 12.3. *Management* deportivo.- 13. Diferenciación con otros contratos.- 13.1. Diferenciación con contratos civiles.- 13.2. Diferenciación con contratos empresariales.- 14. El contrato en la legislación peruana.- 15. El contrato en la legislación extranjera.- 16. Cuestiones controvertidas en torno al contrato.- 16.1. La delegación del control.- 16.2. La responsabilidad de la empresa gerenciente.- 17. Modelo del contrato.-

1. PRELIMINARES.-

El contrato de *management* es, hoy en día, ampliamente utilizado por las empresas modernas, no obstante que haya sido (y lo sigue siendo) desatendido por el Derecho (tanto peruano como extranjero) debido a su peculiar naturaleza que lo muestra como una figura más económica, corporativa, organizativa y/o administrativa que jurídica.

2. ETIMOLOGÍA DEL CONTRATO.-

De acuerdo al *Oxford English Dictionary*, la palabra *management* proviene del verbo *manage* que, a su vez, fue tomado de la voz italiana *maneggiare* (“manejar”) y el mismo que proviene del latín *manus* (“mano”)¹. Lo anterior, en combinación con los términos francófonos *mesnagement* o *ménagement*, influyó en el desarrollo del vocablo inglés *management* durante los siglos XVII y XVIII, el cual desde ya se diferencia de los contratos de mandato, gestión de negocios y locación de servicios, puesto que el contrato de *management* alude al poder de administrar una empresa, el que supone labores de liderazgo con atribuciones de control.

3. EVOLUCIÓN DEL CONTRATO.-

Como teoría de la administración de negocios, el *management* comienza a vislumbrarse a finales del siglo XIX, cuando la autora Mary Parker Follett *humaniza* la era post-industrial, indicando que el *management* es “el arte de hacer las cosas a través de las personas”², concepto que complementa Henri Fayol al afirmar que el *management* contiene cinco elementos: planificación, organización, dirección, coordinación y control³. Estas dos postulaciones, nacidas en los predios de la Administración de Empresas, permiten que, posteriormente y en sede jurídica, se *construya* el contrato de *management*, donde el gerenciado busca al gerenciente por sus cualidades de administrador (siendo así un contrato personalista o *intuitu personae*), comprendiendo

dentro de sus cláusulas contractuales la delegación, por parte del gerenciado a favor del gerenciente, de los cinco elementos expuestos por Henri Fayol.

Años más tarde, Peter Drucker analiza a las grandes corporaciones, en su *best-seller* “*The concept of corporations*”⁴, y lo efectúa mediante la observación de la gestión de Alfred Sloan, por entonces gerente general de *General Electric*; como bien anota Guido Stein, “[Peter Drucker] despliega su penetrante concepción de cuáles son los fundamentos de la descentralización y la responsabilidad, de la promoción de los trabajadores y directivos, del diseño de los puestos de trabajo, del papel del beneficio [y] de la dirección por objetivos”⁵, clausurando así la justificación de la existencia del contrato de *management* o *management agreement* sobre los demás contratos empresariales del *Common Law* debido a que, según refiere el autor examinado, ‘és importante descentralizar las actividades de administración de la empresa’, criterio que también abre paso al contrato de *outsourcing*⁶: en ambos casos se delegan parte de las actividades de la empresa, con la diferencia que en el contrato de *outsourcing* se trata de actividades que no constituyen el *core business*, mientras que el contrato de *management* versa sobre actividades de administración de dicho *core business*.

A partir de la teoría de la descentralización de los procesos, se celebraron contratos de *governance management* o *management agreement*. El primero de ellos del cual tenemos conocimiento se produjo en King County, una provincia del Estado de Washington, cuando el Condado delegó la capacidad de gestión administrativa y control de su oficina de salud pública (administradora de todos los hospitales y programas sanitarios) a la Universidad de Washington mediante un acuerdo -peculiar para la época- firmado en 1967⁷. Otro caso relevante refiere la demanda de *Shannon & Luchs Correspondence* contra *Gould* por el contrato de *management* de 1968⁸.

4. DENOMINACIÓN DEL CONTRATO.-

En Estados Unidos y aquellos países que sostienen negociaciones comerciales con él (tales como China, Japón e India) el contrato tiene la nomenclatura de *management agreement* o *management contract*, utilizándose la primera expresión para la celebración del contrato, mientras que la segunda en el tratamiento teórico del mismo, sin que medie -como es usual en el *Common Law*- ley alguna sobre la materia.

La denominación más extendida es *contrato de management*, nombre utilizado originariamente en Italia y Francia. También se le conoce como *contrato de gestión* en países como Perú y España cuando se refiere a la contratación pública, confundiéndolo a veces con el contrato de concesión que ambos países contemplan en sus legislaciones de administración pública, sin que ello suprima la posibilidad que, en algún momento, dichas legislaciones regulen al contrato de *management* mediante el cual deleguen la administración de toda una entidad estatal a una empresa privada, que incluya la correspondiente fiscalización, a la usanza del concejo de vigilancia europeo. Aquí un ejemplo de contrato de gestión en España:

EL CONTRATO DE GESTIÓN EN UN AYUNTAMIENTO ESPAÑOL

“...las empresas volverán a contar con un presupuesto de referencia de 28,66 millones de euros, una cantidad que se divide en 2,86 millones para cada una de las anualidades que contempla el contrato de gestión del centro de arte. Y la mesa de contratación del Ayuntamiento seguirá puntuando seis apartados de las ofertas, por lo que la clave para hacerse con el CAC Málaga puede estar en el proyecto expositivo y el plan de

adquisición de obras de arte, que en el pliego de condiciones anterior sumaban un total de 65 de los cien puntos posibles.”⁹

En Argentina se le conoce como *contrato de gerenciamiento* o *contrato participativo de inversión y desarrollo*, a partir de la utilización de estas denominaciones por parte de algunos clubes de fútbol. En dicho país viene discutiéndose actualmente un proyecto de ley para legislar la asociación civil¹⁰, ello debido a la utilización de esta figura jurídica por los clubes de fútbol argentinos y donde parte de este proyecto legislativo se avoca al contrato de *management*, debiendo destacarse dos cuestiones: primera, incluye el mencionado *nomen juris* con lo que le daría tipicidad al contrato y, segunda, impide que los directores o los miembros del concejo de vigilancia del club deportivo formen parte de la empresa de *management*. Veamos un ejemplo en torno a lo comentado:

EL CONTRATO DE GERENCIAMIENTO

EN EL FÚTBOL ARGENTINO

“Con la quiebra consumada, el poder político acudió en auxilio del Racing mediante la Ley de Fideicomiso que posibilitó el gerenciamiento, en 2001. Desde entonces, se vendieron (y negociaron a préstamo) 14 jugadores por casi 24 millones de dólares... Se estima que a la empresa le quedaron alrededor de 16 millones [de dólares], mientras que a la institución entraron 7 [millones de dólares]. El artículo 9 del contrato de gerenciamiento aclara: «ante la venta de un jugador amateur o profesional que haya arribado a Racing después del acuerdo le corresponderán el 80% a la empresa y el 20% al club». El ruido se amplifica cuando se tiene en cuenta que Sergio Romero, el arquero del Sub-20 (convocado anoche a la selección mayor), con apenas dos partidos en la Primera, es rematado al AZ Alkmaar de Holanda, antes del Mundial de Canadá.”¹¹

5. DEFINICIÓN DEL CONTRATO.-

En el sistema anglosajón (cuna del contrato examinado) al término *management* se suele adicionar la palabra *agreement* que significa “acuerdo o convenio”, debiendo considerarse que todos los *agreements* integran el *Contract Law*, sustentado íntegramente en la voluntad de las partes.

De vuelta a Peter Drucker, él califica como “revolución de los *managers*” a la toma del poder económico por parte de los directores o los ejecutivos de la empresa, a los que califica como “empresarios de gestión” (poseedores del poder de conducción económica) para distinguirlos de los “empresarios de riesgo” (estos son, los inversionistas/capitalistas)¹². Aquellos *managers* a los que alude Peter Drucker serían los tecnócratas de la corporación, como se aprecia en la actuación de *Southworth Golf Management*:

LA ADMINISTRACIÓN Y OPERACIÓN DE UN CLUB DE GOLF

“La Estancia Golf Resort, un nuevo club de golf residencial de lujo con una extensión de tres millones de metros cuadrados, anunció hoy que firmó un contrato con Southworth Golf Management (SGM) para la administración y operación de sus instalaciones de golf y sus propiedades de renta. SGM dará

mantenimiento al campo y administrará el club, el cual incluye una espectacular casa club de 1,300 metros cuadrados con un restaurante, una tienda de golf Pro Shop y vestuarios así como todas las propiedades de renta. SGM es una empresa privada con sede en Newton, Massachusetts..., se especializa en la operación de propiedades multifacéticas de servicios múltiples, en su mayor parte localizadas en centros vacacionales de destino.”¹³

A partir de las ideas planteadas por Peter Drucker sostenemos que el contrato de *management* es aquel contrato por el cual la empresa gerenciada otorga a la empresa gerenciante las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de su actividad empresarial, en consideración al expertise y la reputación de esta última en dicha actividad empresarial, a cambio de una retribución (fija) o una comisión (porcentaje mensual o anual sobre la facturación o las utilidades) y, en algunos casos, dependiendo de la negociación, lo que los venezolanos llaman un “fondo de maniobra”¹⁴ para el inicio de las actividades de administración. Véase el sistema de retribución en el *Grupo Sol Meliá*:

LAS COMISIONES EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE LOS HOTELES SOL MELIÁ EN CUBA

“Los fees de gestión han disminuido un 1,1% hasta diciembre de 2001 en comparación con el crecimiento que se produjo en septiembre de un 13,1%. Esta disminución viene explicada por la pobre evolución de nuestros hoteles y destinos turísticos en Latinoamérica y el Caribe. El efecto negativo del 11 de septiembre en Cuba ha sido desafortunadamente reforzado por el impacto del huracán Michelle en noviembre de 2001 que afectó a la región de Cayos donde tenemos siete hoteles, y Varadero donde tenemos otros siete hoteles bajo contratos de gestión. En este país tenemos las comisiones de Incentive fees escalonadas en los contratos de gestión por los que no hemos recaudado fees. Por otro lado, el incremento en Basic fees en Cuba se explica por los nuevos contratos de gestión.”¹⁵

Es menester acentuar el necesario *expertise* de la empresa gerenciante pues recaerá íntegramente en ésta el control operacional de la empresa gerenciada, lo que supone una gama de funciones en aspectos operacionales (el almacenaje), técnicos (las plataformas virtuales), logísticos (el transporte internacional), productivos (la fabricación estandarizada), de reclutamiento (los cazatalentos), contables (la contabilidad creativa), directivos (las prácticas de *corporate governance*), de adiestramiento (la especialización de la mano de obra), de *marketing* (el posicionamiento en el mercado) y de seguridad (las certificaciones ISO), entre otros. La actuación de los *Hoteles Misión* ejemplifica lo anotado:

LA OFERTA DE LOS HOTELES MISIÓN EN MÉXICO

“Es un contrato de management, en el cual Hoteles Misión asume la responsabilidad de la operación y administración, por encargo de los inversionistas y/o dueños, tiene una vigencia por lo general de diez años, con períodos renovables de común acuerdo entre las partes. Hoteles Misión asesora de manera

integral a los inversionistas en todos los aspectos inherentes para llevar a cabo la construcción y puesta en marcha del hotel, es decir, interviene desde el armado de la inversión, los estudios y los proyectos, los trámites y las licencias, se establece un comité técnico y de compras junto con los inversionistas, y coadyuvamos en la gestión para obtener los apoyos financieros, etc. Por la operación y administración, Hoteles Misión cobra un honorario, con base a determinados porcentajes previamente establecidos, sobre los ingresos brutos totales y de la utilidad bruta de operación; los beneficios generados por el hotel, son auditados por el propietario, y entregados a los inversionistas y/o propietarios. En el caso de proyectos de inversión y/o mejoras físicas al inmueble, los recursos económicos para la construcción, la remodelación y la operación del hotel, provienen directamente de los inversionistas y/o propietarios, incluso mediante el apoyo de alguna fuente de financiamiento.”¹⁶

6. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO.-

Atendiendo a lo expuesto anteriormente, el contrato de *management* encuentra sus orígenes en la tendencia hacia la descentralización de la administración de una empresa, planteada por Peter Drucker en 1946, lo que permitió que las grandes compañías solicitaran los servicios de administradores, sean personas naturales o personas jurídicas, encargándose así la gerencia corporativa parcial o totalmente.

El *management*, como contrato, proviene del Derecho anglosajón, específicamente del denominado *Contract Law*, donde caben solamente las convenciones de carácter patrimonial (es decir, contratos)¹⁷, fundamentadas en la libertad de las partes de efectuarse “promesas” o manifestaciones de voluntad previas al contrato que no vulneren el Derecho Común, el Derecho de los Contratos o alguna ley (*statute* o *act*). Estamos, qué duda cabe, ante un contrato empresarial¹⁸ de organización corporativa que procura delegar la gestión empresarial del negocio en su totalidad.

EL CONTRATO DE GESTIÓN HOTELERA

EN EL DERECHO ESPAÑOL

“... bajo el prisma del Derecho español, el contrato de management o gestión hotelera es el más elaborado ejemplo de entre los contratos de gestión o management empresarial. Este tipo de contratos se hacen necesarios cuando el know-how empresarial resulta de difícil transmisión directa y resultan inaplicables de forma directa, por tanto, otras figuras contractuales como el contrato de franquicia o el de transmisión de know-how.”¹⁹

7. PARTES DEL CONTRATO.-

Son dos las partes que intervienen en el contrato de *management*: por un lado, la empresa gerenciada y, por otro lado, la empresa gerenciante.

La empresa gerenciada es aquella que contrata a la empresa gerenciante, delegando en ésta su administración por determinado plazo, sin transferir *per se* ningún derecho de

propiedad sobre su patrimonio. A continuación presentamos un texto interesante porque, aunque lo denomina “contrato de gerencia”, lo que existe en realidad es una venta de empresa (pudiendo darse como transferencia de acciones o transferencia del fondo empresarial) con un pacto accesorio de contrato de trabajo o contrato de locación de servicios, dependiendo de la existencia de subordinación o no entre el comprador y el vendedor de la empresa, por el cual éste se compromete a prestar sus servicios a aquel:

YO TE COMPRO, TÚ TE QUEDAS

“Cada vez son más los empresarios a quienes les tocan la puerta para comprarles una parte o todo su negocio. (...) Pero hay muchos inversionistas que sólo están interesados en comprar un negocio si es que las personas que ocupan los puestos clave permanecen en la gestión del negocio. Y en la mayoría de empresas familiares, el dueño es a la vez el gerente. Entonces ocurre que la venta de las acciones de la empresa viene amarrada a un contrato de gerencia. El inversionista pone su plata en el negocio pero el ex dueño se queda trabajando un tiempo. Es una manera de asegurar el traspaso del conocimiento de la industria y de la empresa. Y aquí viene la clave. Cuando la transacción de compraventa incluye la figura de un contrato de gerencia, se tienen que negociar dos cosas: el precio de las acciones y el sueldo del gerente. En estos casos, muchas veces conviene negociar el paquete («el combo»). Así, lo que no se pueda conseguir por el precio de las acciones, se puede conseguir a través del contrato de gerencia o viceversa...”²⁰

La empresa gerenciante, también denominada gestor o empresa gestora, es aquella a la cual la empresa gerenciada su administración por determinado plazo, incluyendo el control y la dirección empresarial, donde el *core business* de la empresa gerenciada coincide con el *core business* de la empresa gerenciante, pero con el plus (valor agregado) que esta última tiene mayor *expertise* en el mercado. Veamos el siguiente caso:

LA EXPORTACIÓN DEL MODELO CORPORATIVO

A TRAVÉS DEL CONTRATO DE MANAGEMENT

“Los proyectos de resorts de golf sostenibles que ha proyectado Roig Grupo Corporativo para la Comunidad Valenciana tendrán su reflejo en el exterior. Finalmente, tras estudiar las distintas ofertas, la empresa valenciana ha decidido participar en dos importantes iniciativas que engloban seis proyectos en Inglaterra, Brasil y Perú. Los proyectos tienen una inversión total de 2.360 millones de euros divididos de la siguiente forma: 130 millones de euros para el proyecto inglés y 2.230 millones de euros para el proyecto en Sudamérica. Roig Grupo Corporativo se ha asociado con la multinacional INVI para desarrollar los proyectos de Sudamérica. Estos serán cinco, cuatro de ellos en Brasil y uno en Perú. Caravelas (en la región de Bahía), la Amazonia (en la región de Caruari) y Porto

Cristovao (en Sergipe) son tres proyectos emblemáticos en los que Roig participará con un 10% del total de la inversión y un contrato de management que le dará autonomía tanto en el diseño del proyecto como en la ejecución. Los proyectos en Sudamérica son muy ambiciosos y, sobre todo, extremadamente respetuosos con el medio ambiente. La sostenibilidad está asegurada ya que, entre otros aspectos, se utilizará la energía solar. Para desplazarse por el interior de los Resort se ha pensado utilizar bicicletas, caballos o carritos de golf eléctricos. Muchas de las viviendas serán ecológicas y estarán inspiradas en las palafitas, unas construcciones típicas de la zona levantadas sobre el agua con pilares.”²¹

8. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES.-

Los principales derechos de la empresa gerenciada son:

- a) Definir claramente el objeto del *management*.
- b) Supervisar a la empresa gerenciante mediante auditorías, sin interferir en su poder de control y dirección.
- c) Mantener la propiedad de los bienes encargados a la empresa gerenciante²².
- d) Percibir las utilidades al final del ejercicio económico o de forma periódica.
- e) Prescindir de los servicios de la empresa gerenciante cuando medie causa justificada por incumplimiento contractual.
- f) Exigir la confidencialidad de la empresa gerenciante respecto a la información corporativa proporcionada a ésta.
- g) Solicitar información periódica de la estrategia del negocio a la empresa gerenciante, sin que esto cree una relación de subordinación.
- h) Obtener los resultados “de éxito” en los términos y plazos pactados.
- i) Participar de las decisiones de la empresa gerenciante, desde los órganos de gobierno de la empresa gerenciada.

Asimismo, las principales obligaciones de la empresa gerenciada son:

- a) Determinar los alcances de las actividades delegadas que realizará la empresa gerenciante.
- b) Proporcionar la información necesaria a la empresa gerenciante para el cumplimiento de su prestación.
- c) Asumir las responsabilidades que, por ley, le correspondan.
- d) Delegar las facultades de control necesarias para el ejercicio de la gestión.
- e) Aprobar las decisiones de gestión realizadas por la empresa gerenciante en tanto sean de carácter lícito y no atente contra el interés de la empresa gerenciada.

- f) Retribuir a la empresa gerenciada, incluyendo el pago de regalías, de ser el caso. He aquí una disputa judicial por supuesto incumplimiento de esta obligación:

LA OBLIGACIÓN DE RETRIBUIR EN EL CONTRATO DE GESTIÓN

“Una demanda civil para reclamar el pago de B/. 500 mil contra Rodolfo «Charro» Espino fue presentada ayer por Berguis Moscoso, hermano de la ex presidenta Mireya Moscoso. La denuncia presentada por el abogado Rogelio Cruz y la firma Cochez, Page & Martínez se fundamenta en el incumplimiento de un contrato de gestión firmado en el año 2002, en el cual Berguis Moscoso y Berta Alicia Moscoso se disponían a realizar una serie de gestiones en las oficinas de Reforma Agraria para que se le adjudicara una solicitud para adquirir un globo de terreno en el área de Punta Chame, que coinciden con las tierras de Fernando Fontane. En el contrato, se había establecido que Rodolfo Espino se comprometía a entregar la suma de B/. 500 mil una vez que Reforma Agraria hubiese entregado los terrenos y fuesen inscritos en el Registro Público.”²³

- g) Depositar el fondo de maniobra, cuando corresponda.

Por otro lado, los principales derechos de la empresa gerenciante son:

- a) Gozar de autonomía jurídica, económica y administrativa.
- b) Asumir el manejo financiero y administrativo de la empresa gerenciada.
- c) No subordinarse a la dirección de la empresa gerenciada.
- d) Realizar su actividad empresarial sin exclusividad, salvo que se pacte.
- e) Ejercer las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de la empresa gerenciada.
- f) Recibir la información necesaria de la empresa gerenciada para el cumplimiento de su prestación.
- g) Percibir una retribución y, de ser el caso, las correspondientes regalías.

Finalmente, las principales obligaciones de la empresa gerenciante son:

- a) Utilizar su nombre comercial.
- b) Realizar las actividades de acuerdo a su *know-how* y *expertise*.
- c) Contratar personal capacitado para la realización del gerenciamiento.
- d) Pagar las remuneraciones del personal encargado del gerenciamiento.
- e) Reestructurar, reinvertir y/o crear planes o manuales de procesos de gestión, incluyendo los planes de expansión a niveles local o global²⁴.
- f) Responsabilizarse por la pérdida de bienes o documentos de la empresa gerenciada.

- g) Presentar informes periódicos a la empresa gerenciada.
- h) Lograr los resultados en los términos pactados, asumiendo el riesgo de dichos resultados.
- i) Recomendar el destino de las utilidades obtenidas.
- j) Diseñar la estrategia de *marketing* empresarial.
- k) Escoger tecnologías de información globales.

Ejemplificamos algunas de las obligaciones de la empresa gerenciante con una alusión al contrato de *management* en el sector hotelero:

¿PARA QUÉ SIRVE CONOCER EL VALOR DE LOS HOTELES?

“Para las cadenas hoteleras (operadores) y sus asociaciones: [sirve para] elaboración de anuarios societarios, elaboración de planes de negocio, análisis de expansión hotelera y estudio de la competencia..., preparación de salida a [la] Bolsa [de Valores], fusiones, adquisiciones o ventas de empresas, valoración de activos intangibles (fondo de comercio) o la compraventa de acciones, determinación del contrato de management hotelero y/o el arbitraje de disputas [entre] gestor hotelero y propietario.”²⁵

9. CARACTERÍSTICAS ESTRUCTURALES DEL CONTRATO.-

Son características estructurales del contrato de *management* las siguientes:

- a) Es un contrato nominado.- Su *nomen juris* más utilizado es “contrato de *management*”, aunque en Argentina también se le denomina “contrato de gerenciamiento” o “contrato participativo de inversión y desarrollo” y en algunos otros países se le conoce como “contrato de gestión” o “contrato de gerencia”.
- b) Es un contrato atípico.- No se encuentra regulado en la legislación peruana, pudiendo celebrarse por la manifestación de voluntad de los contratantes, gracias al principio de libertad contractual.
- c) Es un contrato de organización.- Más que un contrato de colaboración empresarial, como suele decirse comúnmente, se trata de un contrato de organización porque la prestación principal de la empresa gerenciante implica la libertad en las facultades de gestión (planeamiento, organización, dirección, coordinación y control) de la empresa gerenciada.
- d) Es un contrato de duración.- Las prestaciones no se ejecutan instantáneamente, sino que se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para cumplir las actividades de gestión.
- e) Es un contrato de resultados.- La empresa gerenciante suele estar obligada a conseguir resultados “de éxito” a los que se comprometió en el contrato.

- f) Es un contrato principal.- Su autonomía revela más bien que suele venir acompañado de otros contratos (accesorios) como licencia de uso de marca, *franchising* o *know-how* que la empresa gerenciante celebra a favor de la empresa gerenciada.
- g) Es un contrato consensual.- En tanto se trata de un contrato atípico no existe una forma prevista en la legislación y, menos aún, una solemnidad, por lo que basta el acuerdo de voluntades.
- h) Es un contrato con prestaciones recíprocas.- La empresa gerenciante y la empresa gerenciada deberán cumplir, cada cual, con sus prestaciones a favor de la otra. El incumplimiento conllevará a un litigio como el siguiente:

EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTADO A FAVOR DE ALTERRA

“La compañía demandó al Estado por incumplimientos en el contrato de gestión interesada de la terminal aérea. Según las resoluciones, el Estado no entregó a tiempo permisos de construcción o se atrasó en la expropiación de terrenos aledaños al Santamaría, que afectaron el avance en la modernización de la terminal aérea. Aún están pendientes \$ 105.000 que corresponden a gastos adicionales en los que incurrió el gestor durante la construcción de la nueva torre de control del aeropuerto y que el Gobierno no quería reconocerle. Por último, también está en cobro una cifra cercana a los \$ 8 millones por atrasos en la expropiación de los terrenos ubicados al sur del Santamaría.”²⁶

- i) Es un contrato oneroso.- A cambio de las utilidades generadas a favor de la empresa gerenciada, la empresa gerenciante recibe la retribución pactada que puede establecerse como una comisión fija o porcentual.
- j) Es un contrato conmutativo.- Los riesgos del negocio se conocen de manera anticipada a la suscripción del contrato, de ahí la importancia -para la empresa gerenciante- de los estados financieros de la empresa gerenciada en cuanto deben reflejar con transparencia la situación patrimonial de ésta.
- k) Es un contrato de vinculación.- Tanto la empresa gerenciante como la empresa gerenciada establecen indirectamente entre ellas una vinculación empresarial, debido al control que una ejerce sobre la otra, mutuamente: la empresa gerenciante controla a la empresa gerenciada porque administra su *core business* (y procura que se cumplan sus directrices) mientras que la empresa gerenciada controla a la empresa gerenciante porque la contrató precisamente para que administre dicho *core business* (y aguarda resultados de éxito). No obstante lo expuesto, ambas conservan su autonomía jurídica puesto que se trata de personas jurídicas independientes desde la perspectiva del Derecho.

10. CONTENIDO DEL CONTRATO.-

Algunas cláusulas del contrato de *management* son las siguientes:

- a) El objeto.- Donde se indica la delegación de la administración del *core business* de la empresa gerenciada.

- b) El control- Supone especificar que la empresa gerenciante ejercerá el control de la administración del *core business* de la empresa gerenciada, ya que sin este control resultará imposible materializar el contrato de *management* en cuanto la empresa gerenciante no podrá cumplir con su prestación.
- c) Las responsabilidades.- Deberán indicarse las responsabilidades de la empresa gerenciada, relacionadas tanto a su actuación como gerente (*manager*) de la empresa gerenciada como a las propias cláusulas contractuales, por lo que la responsabilidad podrá tener dos fuentes: funcional y/o contractual.
- d) El plazo.- De acuerdo a la práctica comercial, oscila entre los 5 y los 25 años, dependiendo de diversos factores, algunos endógenos (como el *core business* de la empresa gerenciada o el *expertise* de la empresa gerenciante) y otros exógenos (como el riesgo-país o la situación política del mercado).
- e) La publicidad.- El *marketing* de la empresa gerenciante a favor de la empresa gerenciada es, generalmente, una de las prestaciones asumidas por aquella en el contrato de *management*.
- f) El conocimiento empresarial.- Al celebrarse este contrato, es la empresa gerenciante la que aplica su *know-how* en materia de planeamiento estratégico y/o de gestión corporativa, en la empresa gerenciada, aunque sin transferirlo.
- g) Las facultades de administración.- La empresa gerenciante asume las facultades que usualmente corresponden al gerente de la empresa gerenciada, lo cual le permitirá no sólo realizar actos de administración, sino también actos de disposición²⁷, con miras al desarrollo estratégico internacional como el reseñado a continuación:

EL DESARROLLO ESTRATÉGICO INTERNACIONAL DE UN GRUPO A PARTIR DE CONTRATOS DE MANAGEMENT

“El año 2006 ha demostrado que nuestro grupo se encuentra en el camino correcto. En el área operativa hemos vuelto a entrar claramente en la zona de beneficios. La base de esta alza son nuestros establecimientos en España, Alemania... y en la República Dominicana. Ahora queremos asegurar nuestra cartera. Esto implica concentrarnos en aquellas regiones donde ya estamos obteniendo nuestro resultado hoy mismo. También incluye la ampliación de la cartera. En el transcurso del mes de julio, tal y como estaba previsto, abriremos nuestro IFA Wellness Resort Hafendorf Rheinsberg que gestionaremos sobre la base de un contrato de management. Con nuestro nuevo establecimiento que tiene una capacidad de 150 habitaciones y un máximo de 24 suites en una isla cercana, nuestra oferta de camas en Alemania se eleva hasta 4.100. También la profunda modernización y clara ampliación de nuestro establecimiento en Graal-Müritz, cuya capacidad aumenta de 117 a 150 habitaciones, es una inversión en el futuro del grupo. Sin embargo no seguiremos con los dos proyectos de management en Kühlungsborn y Wolfsburg. Para el hotel en Kühlungsborn, el constructor Contrac GMBH canceló el contrato por motivos ajenos a IFA. Similar es la situación en el hotel previsto en la

Ciudad del Automóvil de olfsburg. En ambos casos, nuestro grupo no sufre perjuicios económicos.”²⁸

- h) Los activos.- Deberán especificarse los activos de la empresa gerenciada.
- i) La capacitación.- Al igual que el contrato de *outsourcing*, el contrato de *management* sirve para la implementación de mejoras en la organización empresarial del cliente, por lo que la empresa gerenciante se comprometerá a capacitar al personal de la empresa gerenciada, siempre y cuando lo juzgue conveniente.
- j) La transferencia.- La empresa gerenciada transfiere la administración, gestión o gerenciamiento de su *core business* a la empresa gerenciante en exclusividad, debido al *expertise* y *know-how* de ésta, por lo que resulta ser *intuitio personae*. Veamos cómo opera el *Grupo Riu*:

LA TRANSFERENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN DE UN HOTEL BÚLGARO AL GRUPO RIU

“La cadena hotelera española RIU ha incorporado a su red de hoteles el establecimiento de tres estrellas Evrika, en Sunny Beach, región oriental de Burgas (Bulgaria), que dispone 375 habitaciones, según revelaron fuentes de la compañía. El hotel Evrika, que RIU gestionará mediante un contrato de management, llevará la marca de la cadena española a partir del 2002, añadieron las mismas fuentes. Por otra parte, RIU comenzó a operar en Bulgaria en verano de 1998, cuando abrió tres establecimientos de tres estrellas en régimen de franquicia en el enclave turístico de Albena Resort, a lo largo de una playa de 7 kilómetros de longitud, explicaron fuentes de RIU. (...). Asimismo, durante este mes de junio, el grupo hotelero ha incorporado, adoptando la fórmula «all inclusive», el hotel Riu Arabella, de cuatro estrellas y con 176 habitaciones.”²⁹

- k) Retribución.- El *management fee* suele estar determinado por el éxito del emprendimiento empresarial, por lo que la retribución de la empresa gerenciante es porcentual y variable como en el caso de la corporación IFA:

LA PROMOCIÓN DEL TURISMO A TRAVÉS DEL MANAGEMENT

“Bulgaria sigue contando para muchos alemanes como un destino de bajo coste. La demanda de vacaciones a buen precio se mantiene. Los establecimientos en Nessebar, gestionados por IFA sobre la base de contratos de management, tienen un alto nivel de calidad. IFA obtiene de su management una cuota de € 250.000.”³⁰

11. BENEFICIOS DEL CONTRATO.-

El contrato de *management* genera beneficios para la empresa gerenciante y la empresa gerenciada, tales como los siguientes:

- a) Mejoras significativas en el core business.- En el contrato de *management*, a diferencia del contrato de *outsourcing*, no se delegan las actividades accesorias al objeto de la empresa, sino por el contrario se delega precisamente la actividad central que constituye el objeto de la empresa (el *core business*), bajo la

consideración que la empresa gerenciante tiene mayor *expertise* en esa actividad empresarial. La compañía THR nos grafica esta situación:

EL EXPERTISE DE DREAM RESORTS FACTORY

“THR ha creado una marca propia Dream Resorts Factory bajo el lema «concebimos resorts únicos y hacemos que tengan éxito». Dream Resorts Factory se ocupa de identificar oportunidades de negocio, desarrollar modelos de negocio de alta rentabilidad, concebir resorts con gran valor añadido, desarrollar arquitectura conceptual, estructurar sistemas de financiación y marketing, y efectuar el shadow management del complejo. Su listado de clientes incluye propietarios del suelo, promotores inmobiliarios, empresas constructoras, grupos hoteleros, grandes empresas en diversificación, inversores institucionales, entidades financieras e incluso clientes del sector público.»³¹

- b) Transferencia del riesgo.- Con la delegación de la administración, la empresa gerenciada también transfiere el riesgo a la empresa gerenciante, la cual asumirá el costo que conllevaría la pérdida del negocio. En un caso español, parecía ser la mejor alternativa para *rescatar* un histórico hotel:

UN CONTRATO DE MANAGEMENT CON EL SHERATON

PODRÍA SALVAR A HISTÓRICO HOTEL ESPAÑOL

“El futuro inmediato del hotel Alfonso XIII está en manos de una madrileña de Chamberí y una almeriense que estudió Derecho en Sevilla. Dolores Menéndez, del PP, delegada de Patrimonio en el Ayuntamiento de Sevilla, y María del Mar Calderón, del PA, responsable de Turismo, han recibido el encargo de estudiar un plan de futuro. Las cifras aconsejan no rescindir el contrato con Sheraton. Calderón, abogada de profesión, sugiere la fórmula del contrato de management para este hotel-bandera. Las delegaciones municipales de Sevilla que están en manos del Partido Andalucista -Cultura, Deporte, Turismo y Participación Ciudadana- no organizarán actos de ningún tipo en el hotel Alfonso XIII mientras no se produzcan cambios en la gestión del mismo. «Sin desmerecer a nadie -dice María del Mar Calderón- en Sevilla el sector turístico tiene magníficos profesionales como para tener que buscarlos allende los mares. No sólo es extranjero el director, también lo son el subdirector, el responsable de mantenimiento, el jefe de cocina, el director comercial y hasta algunos electricistas del hotel...».³²

- c) Transparencia en la organización empresarial.- La empresa gerenciante se preocupará en difundir información periódica no sólo a la empresa gerenciada, sino al mercado en general, respecto a su labor de gerenciamiento, en tanto integre su Código de Gobierno Corporativo.

- d) Mayor presencia en el mercado.- Debido al mayor *expertise* y *know-how* de la empresa gerenciante, la empresa gerenciada revelará al mercado el contrato de *management* que ha celebrado con aquella, lo que redundará en su beneficio al conseguir una mayor presencia en dicho mercado (efecto reflejo por explotación de reputación ajena).
- e) Marketing empresarial.- La empresa gerenciada gozará de la campaña publicitaria promovida por la empresa gerenciante y ésta lo hará porque con dicha campaña tendrá mayores posibilidades de éxito en su labor.

12. TIPOLOGÍA DEL CONTRATO.-

Algunas de las principales variantes del contrato de *management* son las siguientes, a saber:

12.1. MANAGEMENT DE GESTIÓN HOTELERA.-

El *management* de gestión hotelera, también conocido como “*management* hotelero”, es un contrato que goza de difusión mundial debido al crecimiento de la industria turística, presentando dos notas características que lo distancian de la versión original de la figura contractual examinada: la primera, que la empresa gerenciante asume la propiedad de algún activo de la empresa gerenciada (generalmente, la edificación o el terreno) y, la segunda, que la empresa gerenciante cuenta con algún porcentaje de participación en el capital de la empresa gerenciada, convirtiéndose aquélla en matriz de ésta.

12.2. MANAGEMENT DE GESTIÓN PÚBLICA.-

Comúnmente utilizado en Estados Unidos de América (concretamente en el estado de Washington), el contrato de *management* de gestión pública tiene por finalidad encargar a la empresa privada todas las facultades de administración de determinada área de gestión pública (como un hospital o una red de hospitales), pero nunca delega facultades de la administración gubernamental. He aquí un documento internacional que versa sobre la materia:

CONVENCIÓN DE CONCESIÓN Y GERENCIAMIENTO DE PUERTO

*“En junio del 2000, una convención de «concesión de gerencia» de puerto (PAID) fue celebrada entre el gobierno y los Puertos Internacionales de Dubai (DPI) con un plazo de 20 años. Los términos de este contrato son confidenciales, es difícil especificar las obligaciones, pero a priori, no hay obligación de la inversión que se une al operador privado. Es un contrato de gerencia... Hasta ahora, el puerto era un establecimiento público de carácter industrial y comercial (EPIC). Con esta ausencia de transparencia en el contrato, es recomendable agregar cierta falta de definición en la filosofía de las funciones referente al representante de gobierno. Obviamente, este último asume el control y la evaluación del distribuidor en la ejecución de sus obligaciones, pero al mismo tiempo, asiste y facilita sus relaciones con los servicios oficiales y puede igualar al representante; así logra que funcione el riesgo de la situación de «juez y parte».”*³³

Es de mencionar que, en España, existe la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada mediante Ley N° 13/1995 de fecha 18 de mayo de 1995, cuyo artículo 155 inciso 1 estipula:

Artículo 155. Alcance.-

“1. *Los contratos mediante los que las Administraciones Públicas encomienden a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público se regularán por la presente Ley y por las disposiciones especiales del respectivo servicio.*”

Apréciase que la legislación española reserva para el Estado las calidades y poderes de policía, según la lectura del artículo 156 de la norma anteriormente citada:

Artículo 156. Poderes de la Administración y ámbito del contrato.-

“1. *La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.*

2. *Antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma.*

3. *En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.*

4. *El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.*

5. *Estos contratos se regularán por la presente Ley, salvo lo establecido en los artículos 96, 97, 103 y 111 y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella.*”

La versatilidad del contrato de *management* de gestión pública llega incluso al gerenciamiento de desastres o situaciones de emergencia (*disaster management*) mediante el concurso de instituciones públicas y privadas, tal como narra la siguiente noticia de un contrato celebrado en Barbados:

UN CONTRATO DE DISASTER MANAGEMENT

SE HA FIRMADO EN BARBADOS

“Un acuerdo de «gerencia de desastre» fue firmado oficialmente por primera vez en Barbados ayer. Este acuerdo, que fue firmado por los representantes de la Acción Americana Central del Caribe (CCAA), de la Cámara de Barbados de Comercio e Industria y del Departamento de Gerencia de Emergencia de Barbados (BDEM), en el Hilton

Hotel, se aseguraría de que los sectores públicos y privados estén juntos en el proceso de recuperación después de que un desastre haya sido declarado oficialmente por el Gobierno. Un acuerdo similar se ha firmado ya en St. Lucia.

Por consiguiente, construyeron este contrato que estatuye que todas las organizaciones que son miembros de uno de los signatarios vendrán juntas en caso de un desastre a colaborar en cómo Barbados se recuperaría si un desastre ocurre. Uno de los elementos críticos de este acuerdo es el de tomar el cuidado de los primeros. Este grupo incluye a la policía, enfermeros, bomberos y a paramédicos.

Otras cosas que los signatarios han convenido es compartir las mejores prácticas en la gerencia del desastre basada en los desastres que han ocurrido en el pasado tal como el huracán Katrina, teniendo organizaciones del planeamiento del desastre tales como BDEM para asistir a los participantes de los talleres de planeamiento en la preparación de planes de gerencia del desastre; y diseñando una «plantilla» para el futuro en las áreas de alivio y de recursos disponibles, distribución de materiales, equipo, fuentes y despacho de personal de emergencia a la comunidad por los signatarios.»³⁴

12.3. MANAGEMENT DEPORTIVO.-

No nos referimos aquí al contrato de *management* por el cual se designa a una persona (*manager*) para que represente a un jugador (por cierto, cabe mencionar que, en Suiza, el *management* es considerado una mixtura de los contratos de mandato y agencia, según el artículo 418 de su *Code des Obligations* concordado con el artículo 404 del mismo texto legal³⁵). Por el contrario, nos avocaremos seguidamente al contrato de *management* de la empresa deportiva.

El *management* deportivo se inició en los países nórdicos, donde se encarga la administración de la empresa deportiva a una empresa experta fundamentalmente en gestión estratégica, delegándosele los controles en cuanto a la administración empresarial se refiere, dejando de lado la actividad meramente deportiva que se mantiene en manos de los miembros del club deportivo. Éste contrato arribó a América del Sur a través de clubes de fútbol como el *Racing*, con la particularidad que, en este caso, el *management* ha sido dispuesto por el juez concursal.

Hacemos nuestras las palabras de Favier Dubois: “Los planes de «gerenciamiento», proyectados o ya aprobados, van desde la gestión del fútbol profesional, con la cesión a la entidad gerenciante (persona jurídica por lo general, representativa de un grupo financiero) del manejo de toda esa actividad, incluyendo los llamados «derechos federativos» (en rigor, patrimoniales) sobre los jugadores y la explotación del «*merchandising*», hasta una simple concesión de la imagen del club con fines comerciales. Esta forma de «*management*» ofrece una salida para la crítica situación financiera por la que atraviesa la mayoría de los clubes de fútbol, muchos de los cuales han llegado al actual estado de insolvencia, concurso preventivo (por ejemplo: *Ferrocarril Oeste*) o de quiebra (el caso de *Témperley*, *Racing*, *Talleres de Remedios de Escalada* y *Deportivo Español*)”³⁶.

13. DIFERENCIACIÓN CON OTROS CONTRATOS.-

Diferenciaremos a continuación al contrato de *management* respecto a aquellos contratos civiles (mandato, locación de servicios, obra, concesión e, inclusive, gestión de negocios) y aquellos contratos empresariales (*management* de inversiones, *outsourcing*, licencia de uso de signo distintivo, *know-how* y *franchising*) con los que suele confundirse.

13.1. DIFERENCIACIÓN CON CONTRATOS CIVILES.-

- a) El contrato de *management* se diferencia del contrato de mandato pues, si bien incluye cláusulas mandatarias y de representación, la ejecución del contrato no implica solamente prestaciones de hacer por parte de la empresa gerenciante; además, el interés no recae sólo en la empresa gerenciada, ya que ésta a debido mostrarse atractiva ante los ojos de la empresa gerenciante para celebrar el contrato.
- b) Asimismo, el contrato de *management* se diferencia del contrato de locación de servicios porque, si bien supone la prestación de un servicio, la empresa gerenciante está comprometida a un resultado (de éxito, cuantificable), asumiendo funciones específicas de administración dentro de la organización corporativa de la empresa gerenciada.
- c) El contrato de *management* también se diferencia del contrato de obra, en el cual el contratista sólo asume la realización de una obra, pero no la gestión del negocio, como se le confunde en la siguiente noticia:

UN MAL DENOMINADO CONTRATO DE GESTIÓN

“Constructora Herreña Fronpeca, de El Hierro, construirá dos hoteles de cinco estrellas en la ciudad de Bogotá, Colombia, tras firmar el primer contrato de gestión con la prestigiosa cadena hotelera NH. La Constructora Herreña, premio empresa revelación del año en Canarias 2006 concedido por la empresa pública Proexca y tras haber sido adjudicataria de una licitación internacional para construir un aeropuerto en Palestina-Colombia, sorprende con la firma de este primer contrato de gestión sellando una alianza para la expansión en Colombia con NH.”³⁷

- d) Por otro lado, el contrato de *management* se diferencia del contrato de concesión ya que éste no supone delegación de facultades alguna, mas implica una sucesión de mandatos conferidos por el Estado a un particular para realizar determinada obra. Otra diferencia gravitante es que, en el contrato de concesión, es el Estado quien define cómo se cumplirá la gestión, quedando entonces el concesionario como un mero operador, lo cual dista de un auténtico contrato de *management*.
- e) Finalmente, el contrato de *management* se diferencia de la gestión de negocios en que ésta es una fuente de obligaciones no contractual, mientras que aquél sí es, precisamente, un contrato, por lo que supone acuerdo de voluntades (y, por ende, manifestaciones de voluntad), así como delegación expresa de facultades de administración, lo que no se da en una gestión de negocios.

13.2. DIFERENCIACIÓN CON CONTRATOS EMPRESARIALES.-

- a) Autores como Favier Dubois³⁸ consideran al denominado “*management de inversiones*” una variante del contrato de *management*, refiriéndose con aquél nombre al encargo que reciben las entidades financieras, las administradoras de fondos de pensiones y los fondos mutuos para invertir los recursos de sus clientes. Por nuestra parte, creemos que no se trata de un contrato de *management* pues no se trata del *core business* del cliente y no hay delegación de facultades para la administración de una actividad empresarial; sólo se trata de la gestión de las inversiones, tal como lo expresa por ejemplo el Reglamento para la inversión de los fondos de pensiones en el exterior, aprobado mediante Resolución SBS N° 8-2007 de fecha 4 de enero del 2007, cuando en su artículo 2 inciso jj) define a las sociedades administradoras de los fondos mutuos en los siguientes términos:

Artículo 2. Definiciones.-

“Para efectos del presente Reglamento, entiéndase que los siguientes términos están referidos a:

jj) *Sociedades administradoras de fondos mutuos. Instituciones debidamente autorizadas y fiscalizadas por las autoridades reguladoras de los mercados de valores y/o financieros para gestionar los fondos mutuos y colocar sus cuotas de participación entre los inversionistas.*”

- b) El contrato de *management* se diferencia del contrato de *outsourcing* (a pesar que, en el lenguaje anglosajón, muchas veces se utilicen indistintamente ambas expresiones) por una cuestión de alcance: en el contrato de *outsourcing*, una empresa cliente encarga al *outsourcer* la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de su *core business*, pero esos servicios especializados son actividades accesorias, más no su actividad principal; en cambio, en el contrato de *management* lo que la empresa gerenciada encarga a la empresa gerenciante es la administración especializada de su *core business*, esto es, su actividad principal. Diferenciamos ambas figuras contractuales en el caso del *Aeropuerto de Girona*:

EL OUTSOURCING DEL PARKING DEL

AEROPUERTO DE GIRONA

“*Saba, filial de Abertis Infraestructuras, se ha adjudicado la gestión del aparcamiento del aeropuerto de Girona que en junio se situó como el décimo con más viajeros del Estado, según Aeropuertos Públicos y Navegación Aérea (AENA). Para gestionar la instalación, Saba ha alcanzado un acuerdo de colaboración con la empresa Servicleop, por el cual la participación de ambas compañías ha quedado establecida en 65% para Saba y un 35% para Servicleop. La duración del contrato de gestión es de un año, con posibilidad de dos prórrogas también de carácter anual.*”³⁹

- c) Asimismo, el contrato de *management* se diferencia del contrato de licencia de uso de signo distintivo porque en éste sólo se autoriza la explotación de un signo distintivo por quien no es su titular, lo cual es una cuestión accesorio en aquél

donde lo fundamental en el encargo de la administración de la empresa gerenciada.

- d) El contrato de *management* se diferencia del contrato de *know-how* puesto que éste supone la transferencia del conocimiento técnico, lo que no se da en el primero, ya que la empresa gerenciante aplica su *know-how* y aprovecha su *expertise* en beneficio de la empresa gerenciada, pero no transfiere directamente dicho conocimiento técnico.
- e) Por otro lado, el contrato de *management* se diferencia del contrato de *franchising*, ya que en éste se transfiere el sistema de negocio del franquiciante para que el franquiciado lo aplique, mientras que el contrato de *management* es la empresa gerenciante la que directamente aplica su sistema de negocio en la empresa gerenciada.

14. EL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.-

En el Perú -como en la mayoría de países-, el contrato de *management* es atípico, celebrándose en virtud del principio de libertad contractual y siguiendo los parámetros de la teoría del acto jurídico y de la teoría general de la contratación. No obstante, es de mencionar el artículo 193 de la Ley General del Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26887 de fecha 5 de diciembre de 1997, que a la letra establece:

Artículo 193. Designación de una persona jurídica.-

“Cuando se designe gerente a una persona jurídica, ésta debe nombrar a una persona natural que la represente al efecto, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en este Capítulo, sin perjuicio de las que correspondan a los directores y gerentes de la entidad gerente y a ésta.”

La norma transcrita, que califica como una de las innovaciones de la legislación societaria en el Perú, consagra tácitamente la posibilidad de celebrar un contrato de *management* al pronunciarse sobre la designación de una persona jurídica como gerente de una sociedad. Téngase en consideración, a partir de la lectura concordada de este artículo 193 con el artículo 160 de la misma Ley General de Sociedades, que mientras el gerente de una sociedad sí puede ser una persona jurídica, ello está proscrito para el caso del director, cargo que sólo puede ser ejercido por una persona natural. En semejante sentido, el artículo 44 de la Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, aprobada mediante Decreto Ley N° 21621 de fecha 14 de septiembre de 1976, establece que la gerencia de esta modalidad empresarial deberá recaer únicamente en personas naturales. Una experiencia relativamente reciente de contrato de *management* en el Perú, específicamente en el ámbito público, es la siguiente:

EL MANAGEMENT DE GESTIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ

“PHRplus ha establecido cuatro convenios de cooperación con cuatro regiones en el país: La Libertad, Lambayeque, San Martín y Ucayali. Los componentes principales del trabajo son: integración de una red de servicios de salud para contribuir al aumento de utilización, calidad y eficiencia de los servicios de salud... PHRplus provee asistencia técnica para el diseño y la implementación de una Red Integrada de Servicios de Salud que incluye un sistema de hospitales y primeros auxilios en la ciudad de Trujillo, La Libertad. PHRplus asistió en la

descripción de servicios proveídos por los miembros de la red y en el desarrollo e implantación de un sistema de citas y retorno de citas (referral and return referral system). PHRplus también ha apoyado en el desarrollo de un contrato de management para guiar el Consejo de Administración de la Red de Salud en Trujillo mientras que ellos trabajan para que se fortalezca el management estratégico y el perfil en la Red. Basados en esta experiencia, PHRplus formulará una propuesta legal para la modernización de los hospitales públicos.”⁴⁰

En el ámbito estrictamente financiero, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones emitió las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS N° 445-2000 de fecha 28 de junio del 2000, en las cuales, al momento de regular las relaciones de vinculación en los grupos empresariales del sistema financiero, de seguros y de pensiones (a los que, en el lenguaje financiero, se les denomina “conglomerados” o “grupos económicos”), se refiere a la “vinculación por riesgo único” en base a “relaciones de gestión”, en los siguientes términos:

Artículo 5.- Relaciones de gestión.-

“Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico, según lo dispuesto en el artículo 8 de la presente norma.*
- b) Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última, según lo establecido en el artículo anterior.*
- c) Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.*
- d) Cuando una persona es representada por otra persona.*
- e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.*
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.*
- g) Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.*
- h) Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.*
- i) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.*
- j) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.*

- k) *Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.*
- l) *Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce meses.*
- m) *Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce meses.*

La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.”

Y, en efecto, la estructura organizativa de un grupo empresarial puede reposar (y de hecho así es en varios casos) en torno a contratos de *management*, como lo grafica el *Grupo Sol Meliá*:

EL MANAGEMENT COMO HERRAMIENTA DE ORGANIZACIÓN DEL GRUPO SOL MELIÁ

“La sociedad matriz, Sol Meliá S.A., fue constituida en Madrid el 24 de junio de 1986 bajo la denominación social de Investman S.A. Sol Meliá S.A. y sus sociedades asociadas (en adelante «Sol Meliá» o el «Grupo») configuran un grupo integrado de empresas que se dedican, fundamentalmente, a actividades turísticas en general y, más en concreto, a la gestión y explotación de hoteles de su propiedad, alquiler, en régimen de «management» o franquicia, así como operaciones de tiempo compartido. El Grupo desarrolla sus actividades en Alemania, Argentina, Bélgica, Brasil, Colombia, Costa Rica, Croacia, Cuba, Egipto, España, Estados Unidos, Francia, Indonesia, Italia, Malasia, México, Panamá, Perú, Portugal, Puerto Rico, Reino Unido, República Dominicana, Suiza, Túnez, Uruguay, Venezuela y Vietnam.

A continuación se identifican las sociedades dependientes, entendiéndose como tales aquellas en que la participación, directa o indirecta, es superior al 50% o se ejerce una posición de control:

(...)

- *Sociedad* : *Sol Meliá Perú S.A.*
- *Domicilio* : *Av. Salaverry 2599, San Isidro*
- *País* : *Perú*
- *Actividad* : *Gestora*

- *Participación directa* : 100%
- *Participación indirecta* : -----
- *Total* : 100%

(...)

Es diferente cuando hablamos de la E.I.R.L. [empresa individual de responsabilidad limitada] pues ésta carecería de la potestad de contratar una empresa de management porque tiene el impedimento material del artículo 44 de dicha ley [léase: Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada] donde la «gerencia será desempeñada por una o más personas naturales con capacidad para contratar, designadas por el titular.»

15. EL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA.-

La revisión de la legislación extranjera muestra que ni en el *Common Law* ni en el *Civil Law* existen normas específicas que regulen el contrato de *management*, sino que tan solo se le otorga a las partes contratantes la protección jurídica ante el incumplimiento del contrato o algún vicio existente al momento de su celebración.

Así, en Estados Unidos de América encontramos la *Revised Uniform Limited Liability Company Act* que contiene el artículo 4 “*Relations of members to each other and to limited liability company*”, sección 407 “*Management of limited liability company*”, en cuyo inciso c), acápite 5 se lee:

“Un manager puede ser elegido en cualquier momento por el consentimiento de la mayoría de los miembros y sigue siendo manager hasta que se ha elegido un sucesor, a menos que el manager más pronto renuncie, sea removido, muere o, en el caso que un manager que no es un individuo, termine. Un manager puede ser removido en cualquier momento con el consentimiento de la mayoría de los miembros, y esos miembros no necesitan indicar o tener causa y no necesitan informar al manager por adelantado o proveer al manager una oportunidad de ser oído. Una persona no necesita ser un miembro para ser manager, pero la disociación de un miembro que sea también manager remueve a la persona como manager. Si una persona, que es manager y miembro, deja de ser manager, esa cesación no hace disociar a la persona como miembro.” (Traducción libre)

El anterior dispositivo de la legislación federal estadounidense valida al contrato de *management*, sin hacer mayores distingos en la regulación del contrato, aunque en artículos posteriores se puede inferir que el “*manager* persona jurídica” (esto es, la empresa de gerenciamiento) cumple las mismas funciones que las de un “*manager* persona natural”.

A nivel estatal estadounidense, la legislación neoyorquina nos provee una norma más específica: la *New York Limited Liability Company Law*, de fecha 24 de octubre de 1994, en cuya sección 417 indica que el *operating agreement* (contrato de *management*) puede ser pactado libremente por las partes para regular las tareas de administración de la empresa gerenciada e, incluso, le otorga a la empresa gerenciente el control de aquélla. Aquí el texto legítimo pertinente:

“Operating agreement.-

- a) *Conforme a las provisiones de este Capítulo, los miembros de una compañía de responsabilidad limitada adoptarán un operating agreement escrito que contenga cualquier provisión no contraria a la ley o a las normas de la organización, referente: (i) al negocio de la compañía de responsabilidad limitada, (ii) la conducta de sus asuntos y (iii) las derechos, las energías, las preferencias, las limitaciones o las responsabilidades de sus miembros, encargados, empleados o agentes, de acuerdo con las circunstancias.*

El operating agreement puede disponer una disposición que elimine o que limite la responsabilidad personal de management a la compañía de responsabilidad limitada o a sus miembros por los daños..., a condición de que ninguna disposición elimine o limite:

- 1. La responsabilidad de cualquier manager si el juicio u otro juicio final adverso a él establece que sus actos u omisiones de mala fe o mala conducta intencional implica una violación que sabía de la ley o que él o ella ganó personalmente de hecho el beneficio financiero o la otra ventaja a los cuales no tenían derecho legalmente...*
- 2. La responsabilidad de cualquier encargado para cualquier acto u omisión antes de la adopción de una disposición autorizada por esta subdivisión.*

- b) *El Operating agreement de una compañía de responsabilidad limitada se puede enmendar de vez en cuando en la manera prevista, a menos que eso, según lo regulado de otra manera en el operating agreement o en las normas de la organización, sea sin el consentimiento escrito de cada miembro afectado...” (Traducción libre)*

Situándonos en América del Sur, actualmente viene trabajándose en Argentina un proyecto legislativo en materia de asociaciones civiles, con especial incidencia en el Derecho Deportivo. El Proyecto de Ley de Asociaciones Civiles de Argentina contiene dos artículos que versan sobre lo que denominan “contrato de gerenciamiento”, los cuales estipulan:

Artículo 43. Contrato de gerenciamiento. Intereses opuestos.-

“En aquellos casos en que una asociación civil, cualquiera fuera su objeto, celebrara un contrato de gerenciamiento o un contrato participativo de inversión y desarrollo de la misma (independientemente de la denominación que se utilice para este contrato innominado en nuestra legislación de fondo), el gerenciadore de la asociación civil no puede ser una sociedad comercial que esté integrada, sea como socio, accionista, miembro del consejo de vigilancia o del directorio, por algún miembro de la comisión directiva de la asociación civil. En el caso de que esta incompatibilidad fuera violada se considerará

como nulo de nulidad absoluta dicho contrato y se hará responsable al/los miembro/s de la comisión directiva en forma solidaria e ilimitada por los daños que hubiere producido a la asociación civil.”

Artículo 44. Límites al gerenciamiento.-

“Además de lo establecido en el artículo anterior, los contratos de gerenciamiento, independientemente de la denominación que se utilizara, que celebren las asociaciones civiles con empresas encargadas de gerenciar la asociación civil, deberá adecuarse a los siguientes principios:

- a) No se pueden dar en gerenciamiento todas las actividades que hagan al cumplimiento del objeto de la asociación civil de acuerdo al estatuto.*
- b) El contrato de gerenciamiento no podrá tener por objeto la cesión de la totalidad de los derechos sobre bienes materiales ni inmateriales de la asociación civil.*
- c) El gerenciadador deberá ser una sola sociedad comercial que podrá estar constituida como sociedad anónima u otro tipo dentro de los regulados en la Ley N° 19.550.*
- d) El gerenciadador únicamente podrá ser una sociedad constituida en el extranjero, si previamente la misma da cumplimiento con los requisitos establecidos en el artículo 118 de la Ley N° 19.550 para el ejercicio habitual de actos comprendidos en su objeto social.*
- e) El contrato de gerenciamiento no puede establecer cláusulas que impliquen limitaciones a la libre administración de la asociación civil ni de su patrimonio por estar dicha facultad solamente en cabeza del órgano de administración. No pueden limitarse contractualmente las funciones de la asamblea de socios, de la comisión directiva ni de la comisión revisora de cuentas de la asociación civil reconocidas en esta ley y en su estatuto.*
- f) El contrato de gerenciamiento no puede establecer cláusulas que impongan a la asociación civil ningún límite a la facultad de revocar el contrato ni prohibir la resolución anticipada del mismo.*
- g) La celebración y las cláusulas de todo contrato que implique el gerenciamiento de una o más actividades de una asociación civil, solamente podrá ser celebrado por la comisión directiva, si previo a ello una asamblea extraordinaria, a tal efecto convocada, lo autoriza y establece un régimen de rendición de cuentas sobre el estado de las negociaciones que la comisión directiva deberá presentar a la asamblea en los términos y con la periodicidad y frecuencia que aquella disponga.*

h) Los contratos de gerenciamiento que se celebren en violación de alguno de los límites establecidos en la presente ley, serán considerados nulos de nulidad absoluta.”

El proyecto legislativo en mención procura, con las normas acotadas, asegurar la desvinculación (principio de transparencia) de los directivos de una asociación civil respecto a la empresa gerenciante que se encarga de su administración (dicotomía propiedad/gestión), fundamento último de la doctrina del *corporate governance*.

16. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO AL CONTRATO.-

16.1. LA DELEGACIÓN DEL CONTROL.-

La delegación del control por parte de la empresa gerenciada a favor de la empresa gerenciante es consustancial al contrato de *management*, empero ello no significa de modo alguno que la empresa gerenciada renuncie a su labor de monitoreo (facultad de fiscalización), más aún cuando mantiene la responsabilidad por sus actos (deber de policía), ni que carezca de la posibilidad de oponerse a las decisiones gerenciales que adopte la empresa gerenciante y que resulten atentatorias a los intereses de la empresa gerenciada.

En Alemania, como en muchos de los países de la Unión Europea, la sociedad anónima (*aktiengesellschaft/AG*) cuenta con un consejo de vigilancia (*aufsichtsrat*) que se suma a su consejo de administración (*vorstand*); este sistema dualista del Derecho alemán permite fiscalizar la labor del consejo de administración, sin violentar sus derechos pues el *aufsichtsrat* solamente actúa mediante causa justificada, por lo que resulta obligatoria la auditoría externa y la publicación de la Memoria y los balances anuales, siendo hoy un modelo de buen gobierno corporativo. Apreciamos el juego de roles de ambos órganos de gobierno en el *Grupo IFA*:

LA ACTUACIÓN DEL CONSEJO DE VIGILANCIA

EN EL GRUPO IFA

“El consejo de vigilancia y el consejo de administración están de acuerdo en que, a pesar del objetivo de ampliación del portafolio, la reducción del endeudamiento iniciada sigue teniendo alta prioridad. El futuro crecimiento debe hacerse por tanto con mucha cautela. La mezcla, en general exitosa en los últimos años, de objetos propios y contratos de management, sigue siendo la base del modelo de negocio. Para estar preparado para el futuro, el grupo se seguirá concentrando en destinos con buenas perspectivas y en el negocio hotelero. Esto incluye para el grupo hispano-alemán también la ampliación del IFA Villas Bávaro Beach Resort en la República Dominicana. Las posibilidades de ampliar considerablemente su capacidad existen y los resultados de este destino en el ejercicio pasado confirman que esta decisión estratégica fue correcta.”⁴¹

La legislación peruana, a diferencia de la alemana, no contempla la existencia del consejo de vigilancia en las sociedades peruanas pues existió en la anterior

normatividad societaria (Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-85-JUS de fecha 13 de mayo de 1985) pero nunca cumplió sus fines⁴². En ese orden de ideas, al carecerse de un órgano social avocado estrictamente al control *intra-societario*, cuando se delegue la administración de la empresa gerenciada a la empresa gerenciante, dicho control deberá ser ejercido finalmente por la junta de socios de la propia empresa gerenciada.

16.2. LA RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA GERENCIANTE.-

Ante la aún exigua difusión del contrato de *management* en el Perú, no existen criterios doctrinales y/o jurisprudenciales respecto a la responsabilidad de la empresa gerenciante, lo que no sucede por ejemplo en los Derechos italiano y argentino⁴³ donde el tema ha sido abordado con solvencia por diversos autores, contándose con fallos por demás interesantes, y todo ello (tanto la doctrina como la jurisprudencia) con posiciones marcadamente contradictorias (lo que configura su particular atractivo).

En el escenario jurídico nacional y atendiendo a lo expuesto en las líneas precedentes, la responsabilidad de la empresa gerenciante no distará de la que corresponde a los directores⁴⁴ y gerentes de una sociedad porque, finalmente, lo que hace es asumir la administración corporativa.

17. MODELO DEL CONTRATO⁴⁵.-

Conste por el presente documento privado el CONTRATO DE MANAGEMENT que celebran las personas jurídicas que seguidamente se indican:

1. De una parte, MANAGEMENT HOSPITALITY S.A., identificada con Registro Único del Contribuyente N° 20514342672, inscrita en la Partida Electrónica N° 290348 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio en el Jirón Jacarandas N° 2340, Oficina 402, Distrito de San Isidro, Provincia y Departamento de Lima y debidamente representada por su gerente general Giovanni di Giachetti Ferrar, identificado con Carnet de Extranjería N° 202173, según Poder que consta en la Ficha N° 2345 del Asiento D-00001 de la referida Partida Electrónica, a la que en adelante se le denominará LA EMPRESA GERENCIANTE.
2. Y, de otra parte, INVERSIONES MEDITERRÁNEAS S.A., identificada con Registro Único del Contribuyente N° 20384567782, inscrita en la Partida Electrónica N° 237456 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio en la Autopista Cordonay kilómetro 46, Distrito de Lunahuaná, Provincia de Cañete, Departamento de Lima y debidamente representada por su gerente general Sebastián Carmelón Taiman, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 21232549, según Poder que consta en la Ficha N° 6751 del Asiento D-00001 de la referida Partida Electrónica, a la que en adelante se le denominará LA EMPRESA GERENCIADA.

El presente contrato se celebra en los términos y condiciones contenidos en las siguientes cláusulas:

ANTECEDENTES.-

PRIMERA.- LA EMPRESA GERENCIANTE es una subsidiaria del Hotel Internazionali S.P.A., persona jurídica constituida en Italia, inscrita en el Registro de la Empresa de Bari con N° 15993 y en el Registro de la Cámara de Comercio de Bari con N° 238711 y con domicilio en Valenzano Strada Provinciale per Casamassima kilómetro 3, la misma que actúa en el mercado peruano a través de Management

Hospitality S.A., persona jurídica de derecho privado constituida en el Perú bajo el régimen legal de la sociedad anónima, cuyo objeto social es la administración hotelera.

SEGUNDA.- LA EMPRESA GERENCIANTE es propietaria de una cadena internacional de hoteles en el mercado global, cada uno de los cuales opera bajo el nombre comercial de Hotel Marco Polo, caracterizándose por contar como mínimo con certificación de cuatro estrellas, mantener la armonía de la ciudad y participar en la conservación de la biodiversidad de la zona, promoviendo y/o desarrollando así actividades de turismo vivencial y turismo de aventura.

TERCERA.- Como parte de su política de expansión global, LA EMPRESA GERENCIANTE celebra contratos de *franchising*, licencia de signos distintivos, *know-how*, *outsourcing* y/o *management* con empresarios locales de la actividad hotelera y turística de distintos mercados.

CUARTA.- LA EMPRESA GERENCIADA es una persona jurídica de derecho privado constituida en el Perú bajo el régimen legal de la sociedad anónima, cuyo objeto social es la actividad hotelera y turística en el distrito de Lunahuaná, lo cual desarrolla desde 1992 a través de Evolution Hotel, un establecimiento de hospedaje con certificación de tres estrellas.

QUINTA.- En el marco del desarrollo de su actividad empresarial, LA EMPRESA GERENCIADA, mediante acuerdo de su junta de socios, tal como consta en el Acta de fecha 20 de julio del 2007, ha decidido confiar la administración de su negocio hotelero a LA EMPRESA GERENCIANTE por su reconocido prestigio, dilatada experiencia y comprobada capacidad en la administración de hoteles a nivel mundial.

OBJETO.-

SEXTA.- Por el mérito del presente contrato y de conformidad con la voluntad de las partes, LA EMPRESA GERENCIANTE se obliga a administrar la empresa Evolution Hotel de LA EMPRESA GERENCIADA, en todo el territorio peruano, en nombre, por cuenta y en interés de LA EMPRESA GERENCIADA.

PLAZO.-

SÉPTIMA.- El plazo de este contrato es de diez años contados a partir de la suscripción del mismo, al vencimiento del cual LA EMPRESA GERENCIANTE deberá hacer entrega a LA EMPRESA GERENCIADA de todos los documentos confidenciales de ésta. En el caso que alguna de las partes desee renovar el contrato, deberá informarlo a la otra con un preaviso de seis meses, especificando los términos y condiciones de su oferta. Asimismo, con un preaviso no menor a seis meses, cualquiera de las partes podrá resolver el contrato expresando las causas que imposibilitan la continuación del mismo, sujetándose a lo previsto en la cláusula octava.

ALCANCES.-

OCTAVA.- Durante la vigencia del presente contrato, LA EMPRESA GERENCIANTE gozará de las facultades necesarias para actuar en todos los ámbitos propios de la gestión ordinaria del negocio hotelero, encargándose de la planificación, la organización, la dirección, la coordinación y/o el control de LA EMPRESA GERENCIADA, para lo cual ésta le otorgará a aquélla los correspondientes poderes.

NOVENA.- LA EMPRESA GERENCIANTE, en nombre, en interés y por cuenta de LA EMPRESA GERENCIADA, se hará cargo de la administración de la empresa Evolution Hotel. En ese sentido, LA EMPRESA GERENCIANTE adquiere todas las

facultades para dirigir la operación completa del referido hotel, en el sentido más amplio, dejándose establecido que todos los gastos que genere dicha gestión serán asumidos por LA EMPRESA GERENCIADA, siempre y cuando se le notifique a ésta con anterioridad y, cuando corresponda, se cuente con su aprobación.

DÉCIMA.- En contrapartida a las facultades delegadas, LA EMPRESA GERENCIANTE asumirá las responsabilidades que la Ley General de Sociedades y el estatuto social de LA EMPRESA GERENCIADA establecen para el gerente. Por ende, queda expresamente establecido que las facultades de administración que LA EMPRESA GERENCIADA le confiere a LA EMPRESA GERENCIANTE en virtud de este contrato comprende las funciones del gerente prescritas en la Ley General de Sociedades y en el estatuto social de LA EMPRESA GERENCIADA.

PODERES REGISTRALES.-

DÉCIMO PRIMERA.- LA EMPRESA GERENCIADA proporcionará a LA EMPRESA GERENCIANTE los poderes necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones, otorgándole además las atribuciones necesarias, de acuerdo a lo prescrito por el Código Civil y el Código Procesal Civil, para su actuación ante toda clase de organismos públicos y privados.

FONDO DE MANIOBRA.-

DÉCIMO SEGUNDA.- Evolution Hotel debe contar con un fondo de maniobra que sirva para los gastos de explotación, aportado por LA EMPRESA GERENCIADA, en monto suficiente para que LA EMPRESA GERENCIANTE pueda desarrollar correctamente la operación. LA EMPRESA GERENCIANTE procurará obtener algún rédito de dicho fondo y la ganancia se considerará parte integrante de los ingresos brutos de la operación.

GASTOS.-

DÉCIMO TERCERA.- Todos los gastos en que incurra LA EMPRESA GERENCIANTE para el *marketing*, la publicidad, la búsqueda y selección de personal, la contabilidad, el soporte informático, la asesoría (fiscal, laboral, legal o de otro tipo), el asesoramiento técnico para reparaciones o mejoras, la gestión de compras, el manejo de inventarios o cualquier otro gasto de explotación de la empresa Evolution Hotel serán asumidos inicialmente por LA EMPRESA GERENCIANTE, por cuenta de LA EMPRESA GERENCIADA, debiendo liquidarse mensualmente y abonarse en efectivo y en dólares americanos a favor de LA EMPRESA GERENCIANTE, dentro de los siete primeros días del mes próximo.

SUPERVISIÓN.-

DÉCIMO CUARTA.- LA EMPRESA GERENCIADA se reserva el derecho de supervisión de LA EMPRESA GERENCIANTE para comprobar la calidad de las prestaciones, la misma que podrá ser efectuada en cualquier momento con un preaviso de dos días.

PARTICIPACIÓN INDEPENDIENTE.-

DÉCIMO QUINTA.- Las partes declaran que el presente contrato no supone una relación de subordinación y/o dependencia entre ellas, manteniendo cada cual su autonomía jurídica y, en tal sentido, LA EMPRESA GERENCIANTE tendrá plena libertad para administrar la empresa Evolution Hotel de LA EMPRESA GERENCIADA, diseñando la estrategia corporativa a partir del planeamiento

estratégico del negocio de LA EMPRESA GERENCIADA, siempre y cuando no se aparte de lo previsto en el presente contrato, no contravenga normas imperativas, no atente contra el interés de LA EMPRESA GERENCIADA ni vulnere el orden público.

DEBER DE INFORMACIÓN.-

DÉCIMO SEXTA.- LA EMPRESA GERENCIANTE deberá informar a LA EMPRESA GERENCIADA, con periodicidad mensual, respecto de la situación patrimonial, contable, económica, financiera, tributaria, laboral y empresarial de Evolution Hotel.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Es obligación de LA EMPRESA GERENCIADA proporcionar a LA EMPRESA GERENCIANTE la información que sea necesaria para que ésta cumpla debidamente con las facultades de administración otorgadas en las cláusulas precedentes. En tal orden de ideas, LA EMPRESA GERENCIADA brindará, a petición de LA EMPRESA GERENCIANTE, la información que ésta solicite por escrito, la cual deberá proporcionarse en el plazo máximo de cinco días.

CONFIDENCIALIDAD.-

DÉCIMO OCTAVA.- LA EMPRESA GERENCIANTE está obligada a guardar la confidencialidad de los documentos que le fuesen confiados, así como los conocimientos y la información técnica, financiera y comercial que le fuesen comunicados por LA EMPRESA GERENCIADA, incluyendo, sin limitación alguna, los nombres y la información de contacto de los clientes y los datos técnicos. La obligación prevista en esta cláusula se extiende por cinco años posteriores a la conclusión del presente contrato.

DÉCIMO NOVENA.- A su vez, LA EMPRESA GERENCIADA se obliga a no divulgar el *know-how* y demás derechos de propiedad intelectual de LA EMPRESA GERENCIANTE, tutelados o no en la legislación peruana. La obligación prevista en esta cláusula se extiende por cinco años posteriores a la conclusión del presente contrato.

RETRIBUCIÓN Y FORMA DE PAGO.-

VIGÉSIMA.- Las partes acuerdan que, como contraprestación por los servicios prestados, LA EMPRESA GERENCIANTE percibirá:

1. La suma ascendente a US\$ 10,000.00 (diez mil con 00/100 dólares americanos) que LA EMPRESA GERENCIADA abonará mensualmente en efectivo y en dólares americanos, dentro de los siete primeros días de cada mes.
2. Una regalía ascendente al 5% de la utilidad neta obtenida que refleje el balance mensual, cuya cifra liquidará y abonará mensualmente LA EMPRESA GERENCIADA en efectivo y en dólares americanos, dentro de los siete primeros días del mes próximo.
3. Una regalía ascendente al 10% sobre los beneficios de explotación, conocidos como *gross operating profit* (GOP), antes de deducir amortizaciones, impuestos, costos financieros y gastos propios de LA EMPRESA GERENCIADA, cuya cifra liquidará LA EMPRESA GERENCIADA, una vez cerrados los estados financieros auditados, que deberán contar con la aprobación de la junta de socios, abonándolos anualmente en efectivo y en dólares americanos, dentro de los quince primeros días después de haberse aprobado dichos estados financieros.

CLASIFICACIÓN.-

VIGÉSIMO PRIMERA.- LA EMPRESA GERENCIADA se obliga a realizar las actividades conducentes para que, en el plazo máximo de un año contado desde la suscripción del presente contrato, consiga mejorar su clasificación oficial a la categoría de hotel de cuatro estrellas.

NOMBRE COMERCIAL.-

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Como consecuencia del presente contrato, LA EMPRESA GERENCIANTE incluirá dentro de su cadena internacional de hoteles, bajo el nombre comercial Hotel Marco Polo, a Evolution Hotel, descrito en la cláusula primera, por lo que LA EMPRESA GERENCIANTE queda autorizada para modificar y/o añadir al nombre comercial Evolution Hotel, el nombre comercial y el logotipo de la cadena internacional antes referida.

RESOLUCIÓN.-

VIGÉSIMO TERCERA.- Cualquiera de las partes que desee resolver el presente contrato antes de su vencimiento, sin causa justificada, deberá comunicar su decisión, adoptada válidamente por acuerdo de junta de socios, mediante carta notarial con un preaviso no menor a doce meses, el mismo que será evaluado por la contraparte en un plazo no mayor a treinta días.

VIGÉSIMO CUARTA.- LA EMPRESA GERENCIANTE se reserva el derecho de resolver el contrato por incumplimiento por parte de LA EMPRESA GERENCIADA de alguna de las cláusulas expresadas en el presente contrato.

VIGÉSIMO QUINTA.- Asimismo, LA EMPRESA GERENCIADA se reserva el derecho de resolver el contrato por incumplimiento por parte de LA EMPRESA GERENCIANTE de alguna de las cláusulas expresadas en el presente contrato.

INDEMNIZACIÓN.-

VIGÉSIMO SEXTA.- LA EMPRESA GERENCIANTE indemnizará a LA EMPRESA GERENCIADA y a sus socios, administradores y trabajadores por los daños y perjuicios irrogados, siempre y cuando sean determinados por la autoridad competente.

LEGISLACIÓN SUPLETORIA.-

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- En todo lo no previsto por las cláusulas de este contrato rige supletoriamente la legislación peruana vigente, especialmente el Código Civil, la Ley General de Sociedades y la Ley de Propiedad Industrial, en lo que fuera aplicable.

CLÁUSULA ARBITRAL.-

VIGÉSIMO OCTAVA.- Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

En Lima, a los 11 días del mes de diciembre del 2007 se expiden tres ejemplares idénticos de este contrato, los mismos que son suscritos por las partes en señal de conformidad.

GIOVANNI DI GIACHETTI FERRAR, GERENTE GENERAL DE MANAGEMENT HOSPITALITY S.A.

NOTAS:

* **DANIEL ECHAIZ MORENO** (Lima, 1977) es presidente del Estudio Jurídico Echaiz, miembro asociado del Instituto Peruano de Derecho Mercantil y catedrático en la Academia de la Magistratura, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, así como autor de *Los grupos de empresas. Bases para una legislación integral* (Lima, 2001), *La empresa en el Derecho moderno* (Lima, 2002), *Sociedades. Doctrina, legislación y jurisprudencia* (Trujillo, 2005) y *Régimen Comercial Peruano* (Bogotá, 2006). Web: www.echaiz.com · E-mail: daniel@echaiz.com

¹ *Oxford English Dictionary*. Oxford University Press, 2007, <http://www.oed.com>

² *Business Management*, 2007, <http://www-business-management.com>

³ Fayol, Henri. *Administration industrielle et générale*. París, Editorial Dunod, 1917. El autor explica, en el último capítulo de su mencionado libro, que los “*éléments d'administration sont prévoyance, organisation, commandement, coordination, contrôle*”, donde **la planificación** visualiza el futuro y traza el programa de acción, **la organización** se dedica a construir tanto el organismo material como social de la empresa, **la dirección** se encarga de guiar y orientar al personal, **la coordinación** procura armonizar todos los actos y los esfuerzos colectivos y **el control** verifica que todo suceda de acuerdo con las reglas establecidas y las órdenes dadas. En: *Material de Apoyo para Alumnos*. México, Universidad Autónoma de México, <http://www.cch.unam.mx/materialdeapoyo>

⁴ En 1946 se publicó el libro por vez primera, editado por John Day en Nueva York. Desde el inicio de sus investigaciones, Peter Drucker se interesó por la descentralización y la asignación de autonomía a los trabajadores, lo que se aprecia cuando manifestaba que “la administración por objetivos... es considerada como una de las principales aportaciones efectuada a la Teoría de la Administración por parte de la Teoría Neoclásica”. Cfr. Portal de Fernando Fantova, <http://www.fantova.net>

⁵ Stein, Guido. “*Peter Drucker, un adelantado con una bola de cristal*”. En: Portal Materiabiz, <http://www.materiabiz.com/mbz/gurues.vsp?nid=22605>

⁶ Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. “*El contrato de outsourcing*”. En: Revista JUS Doctrina & Práctica. Lima, Editora Jurídica Grijley, junio del 2007, Tomo 6, ps. 469 a 491.

⁷ *King County Board of Health Meeting Proceedings*. Washington, King County Board of Health, 2002, <http://www.metrokc.gov/HEALTH/boh/02july-minutes.pdf>

⁸ En: <http://www.hagley.lib.de.us/a2000.pdf>

9 “El Ayuntamiento rechaza también la oferta del actual gestor del CAC Málaga”. En: Diario Sur Digital. Málaga, 17/8/2007, <http://www.diariosur.es/20070817/cultura/ayuntamiento-rechaza-tambien-oferta-20070817.html>

10 Cfr. *Proyecto de Ley Nacional de Asociaciones Civiles de la República Argentina*. En: <http://www.leydeasocciviles.com.ar/>

11 “Blanquiceleste vende pero no hay plata que le alcance”. En: Diario Clarín. Buenos Aires, 8/8/2007, <http://www.clarin.com/diario/2007/08/08/deportes/d-05401.htm>

12 En: http://www.leydeasocciviles.com.ar/ponencias/segunda_ponencia_del_primer_congreso_de_contratos_civiles_y_comerciales.doc

13 “La Estancia Golf Resort firma contrato de administración con Southworth Golf Management”. En: PR Newswire, 7/8/2007, <http://www.prnewswire.com/cgi-bin/stories.pl?ACCT=PRNI2&STORY=/www/story/08-07-2007/0004641119&EDATE=>

14 “El Tribunal Supremo de Venezuela, en los seguidos con Barceló Gestión Hotelera S.L. contra Inversiones Pueblo Caribe C.A, exhibe dentro del contrato de *management* una cláusula donde «a la entrega del hotel, éste debe contar con un fondo de maniobra, aportado por el propietario, suficiente para que el gestor pueda desarrollar correctamente la operación. (...) El gestor procurará sacar algún rédito del fondo y dichos intereses se considerarán como parte de los ingresos brutos de la operación...». Dentro del contexto de esta jurisprudencia podemos decir que el *fondo de maniobra* es aquel capital entregado por la empresa gerenciada a la empresa gerenciante para la realización de todo tipo de actividades que impliquen la toma de mando, administración y gestión de la administradora. Expediente N° 06502/04, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela de fecha 19/11/2004. En: <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/noviembre/295-19-06502-04-.html>

15 En: http://www.solmelia.com/solmelia/spanish/accionistas/resultados/4trimestre_01.pdf

16 “Esquemas”. En: Portal de Hoteles Misión. México, http://www.hotelesmision.com.mx/expansion_y_desarrollo/esquemas.asp

17 Cabe precisar que, en el *Common Law*, la formación del contrato no es a través de la manifestación de la voluntad, sino más bien de la doctrina de la *consideration* que implica las promesas de un futuro contrato de contenido patrimonial que las partes se efectúan recíprocamente, en virtud de su libertad; atendiendo precisamente a las promesas realizadas, el *Common Law* protege a los contratantes que han visto perjudicados sus derechos. Más allá de esta explicación, meramente ilustrativa, la nueva tendencia contractual -proveniente de UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) y la jurisprudencia internacional- deja de lado la doctrina de la *consideration* como teoría de formación de los contratos. Para mayor abundamiento en el Derecho contractual anglosajón cfr: Moreno Rodríguez, José Antonio. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje*. Asunción, Catena Editores, 2006; y De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, Tomo I.

-
- 18 “...el criterio de la distinción entre contratos civiles y mercantiles sólo perdura hoy en día con fines didácticos, pues desde el Código Civil italiano de 1942 se inició la tendencia hacia la unificación de las obligaciones, lo que fue recepcionado en el Perú con el Código Civil de 1984. Por ello se prefiere aludir actualmente a los contratos empresariales como aquellos que son de utilización frecuente por las empresas en su actuación en el mercado...”. Echaiz Moreno, Daniel. “*El contrato de outsourcing*”, obra citada, p. 472.
- 19 “*Recensión de la Revista Tecno Hotel*” (intitulada). En: Portal Editur, 1/9/2002, <http://www.editur.info>
- 20 “*Yo te compro, tú te quedas*”. En: Diario El Comercio. Lima, 30/7/2007, <http://www.elcomercio.com.pe/EdicionImpresa/Html/2007-07-30/ImEcDia10762345.html>
- 21 “*Roig Grupo Corporativo exporta su modelo de campos sostenibles a Europa y América*”. En: Portal de Roig Grupo Corporativo. Valencia, 27/6/2006, <http://www.roig.es/principal/index.php?body=4,3&idNoticia=30>
- 22 Sabemos que, en ocasiones, a partir de contratos de gestión hotelera, se traslada parte de la edificación hotelera (sea el terreno o sea la construcción) a la empresa gerenciante (lo que es posible como cláusula del contrato a merced del principio de libertad contractual); no obstante, en la *estructura natural* del contrato de *management* la empresa gerenciada no transfiere la propiedad de ninguno de sus bienes.
- 23 “*Hermano de Mireya demanda a tío de Torrijos*”. En: Diario La Nación. Panamá, 17/8/2007, <http://www.pa-digital.com.pa/archive/08172007/nation01.shtml>
- 24 Según Diane Morello, las compañías locales son aquellas que se desarrollan en un mercado local (es decir, no salen de las fronteras de un país), las compañías regionales son aquellas que se extienden en una región (al respecto, la autora divide al mundo en cinco regiones: América, Unión Europea, Asia, Medio Oriente y África) y las compañías globales son aquellas que se extienden más allá de las fronteras de la región. Morello, Diane. *Building a borderless organization*. Connecticut, Gartner Inc. Research, mayo del 2007.
- 25 Van Den Hurk Mir, Arnoldus. “*Primera aproximación al valor de los alojamientos turísticos de Baleares*”, abril del 2003, http://conecoib.caib.es/comunicacions/77_primera_aproximacion_valor.pdf
- 26 “*Gobierno pierde \$ 12,8 millones en arbitrajes con Alterra*”. En: Portal Nación. San José, 16/8/2007, http://www.nacion.com/ln_ee/2007/agosto/16/pais1205814.html
- 27 Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. “*Las facultades de administración del directorio*”. En: Revista Actualidad Jurídica. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, julio del 2006, Tomo 152, ps. 275 a 280.
- 28 IFA Hotel & Touristik Aktiengesellschaft. *Memoria anual 2006*.
- 29 “*RIU abre el hotel Evrika en Burgas (Bulgaria)*”. En: Portal HostelTur. Baleares, 23/6/2001, http://www.hosteltur.com/noticias/3132_riu-abre-hotel-evrika-burgas-bulgaria.html
- 30 IFA Hotel & Touristik Aktiengesellschaft. *Memoria anual 2006*.
- 31 En: <http://www.thr.es/es/company>
- 32 En: <http://www.elpais.com/articulo/>

33 *Cadre intégré etude diagnostique de l'integration commerciale*, mayo del 2004,
http://www.ministere-finances.dj/Publications/CADRE%20INTEGRE.pdf (traducción libre).

34 “Disaster management agreement signed in Barbados”. En: CDERA News Centre. Bridgetown,
The Caribbean Disaster Emergency Response Agency, 12/7/2007,
http://www.cdera.org/cunews/news/barbados/article_1957.php

35 Leuba, Alexandre. *Le contrat de management sportif*. Berna, Ediciones Weblaw, 2007. En:
www.weblaw.ch/pdf/magister_leuba_105_viii_fin_contrat.pdf (traducción libre)

36 Favier Dubois, Eduardo. “Los contratos de gerenciamiento o management”. En: Revista
Doctrina Societaria. Buenos Aires, Editorial Errepar, febrero del 2001, N° 159, Tomo XII,
http://www.legalmania.com/derecho

37 “La constructora Fronpeca hará dos hoteles de cinco estrellas en Bogotá”. En: Portal Canarias
Siete. Canarias, 16/8/2007, http://www.canarias7.es/articulo.cfm?Id=63396

38 Favier Dubois, Eduardo. “Los contratos de gerenciamiento o management”, obra citada.

39 “Saba se adjudica la gestión del parking en el aeropuerto de Girona”. En: Portal Hispanidad.
Barcelona, 6/8/2007, http://www.hispanidad.com/noticia_ep.aspx?ID=20070806151016

40 El proyecto *Partners for Health Reformplus* (PHRplus) fue fundado por la Agencia para el
Desarrollo Internacional de Estados Unidos de América (USAID) y culminó su labor en el Perú
el 30 de septiembre del 2006. Cfr. Portal de PHRplus. Montgomery Lane,
http://www.phrplus.org/index.html (traducción libre).

41 IFA Hotel & Touristik Aktiengesellschaft. Memoria anual 2006.

42 Cfr. Tomasevich Huerta, Katuska. *Análisis del consejo de vigilancia dentro de la sociedad
anónima peruana*. Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima,
1989, Tesis de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas.

43 Cfr. Martorell, Ernesto Eduardo. *Los contratos de dominación empresarial y la solidaridad
laboral*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1996.

44 Cfr. Echaiz Moreno, Daniel. “La responsabilidad de los directores de las sociedades anónimas”.
En: Revista Actualidad Jurídica. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, noviembre del 2006, Tomo
156, ps. 269 a 277.

45 *Nota del autor.*- Este es un modelo de contrato de *management* que alude a empresas ficticias,
cuyos datos son también, en su integridad, ficticios, siendo su único propósito servir de modelo
contractual didáctico. Asimismo, conviene realizar dos precisiones: por un lado, redactar un
contrato de *management* supone, como todo contrato, analizar el caso específico y diseñar sus
cláusulas a la medida de la situación corporativa de las empresas, por lo que este modelo debe
tomarse solamente como una guía referencial, siendo indispensable la correspondiente asesoría
legal especializada; y, por otro lado, el contenido del contrato de *management* sería distinto si
contásemos con una regulación legislativa del mismo.