

DEPARTAMENT DE DRET MERCANTIL

SOBRE EL ALLANAMIENTO DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA AL INTERIOR DE LOS GRUPOS
SOCIETARIOS

CAMILO ENRIQUE CUBILLOS GARZÓN

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Servei de Publicacions

2014



VNIVERSITAT
D^{NI} VALÈNCIA

FACULTAT DE DRET

**DEPARTAMENT DE DRET MERCANTIL
"MANUEL BROSETA PONT"**

**PROGRAMA DE DOCTORADO 070 F:
CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO MERCANTIL**

**Sobre el Allanamiento de la
Personalidad Jurídica al Interior de
los Grupos Societarios**

Tesis Doctoral

Presentada para obtener el grado de doctor por:

Camilo Enrique Cubillos Garzón

Dirigida por el Dr.

D. José Miguel Embid Irujo

Valencia 2014

A mi Familia y Maestros

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

GENERALIDADES ALREDEDOR DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN MINUCIOSA DEL CONCEPTO Y DE LA DELIMITACIÓN

I. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS GRUPOS

A. El significado del fenómeno económico de los agrupamientos

B. Elementos inherentes a los grupos empresariales

1. El control

2. La unidad de propósito y dirección

II. INFLUENCIA DEL DERECHO EMPRESARIAL

A. Aspectos generales

1. Perspectivas de la corriente funcional

2. Una rezagada directriz de anomalías jurídicas

2.1. En torno a la personalidad jurídica de los grupos societarios

2.2. Con relación a la estructura de las agrupaciones empresariales

2.3. Acerca de los principios societarios en el orden del fenómeno económico de los grupos

2.3.1. El Principio de la autonomía de la voluntad y su vínculo con el profesionalismo

2.3.2. El Principio de la libertad de formas contractuales

2.3.3. El Principio de la solidaridad

2.3.4. El Principio de la unidad patrimonial

B. La ineludible apariencia económica de los grupos societarios

1. Antecedentes de la fisonomía económica

2. Consolidación de las instituciones mercantiles

CAPÍTULO II

EFFECTOS JURÍDICOS ALREDEDOR DE UN CONGLOMERADO

I. CONSECUENCIAS DE LAS SITUACIONES DE CONTROL Y DEL GRUPO DE SOCIEDADES

A. Resultados jurídicos en un grupo empresarial

1. Sobre el registro del control y la consolidación contable

1.1. La inscripción en el Registro Mercantil

1.2. La consolidación de los estados financieros

2. Respecto a las participaciones recíprocas

B. El Informe especial de los grupos empresariales

II. UNA FORMA DIFERENTE DE ENTREVER LOS RESULTADOS

A. Bajo la figura unitaria

B. Con una apreciación de pluralidad

SEGUNDA PARTE

ESPECIALIDADES DE UN GRUPO SOCIETARIO EN TORNO A LA CRISIS EMPRESARIAL

CAPÍTULO I

EN RELACIÓN CON LOS INCONVENIENTES DE LA PERSONA MORAL ALREDEDOR DE LA DESESTIMACIÓN

I. PRECISIONES DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

A. Respecto de los orígenes de la persona jurídica

B. Posición frente a la concepción de la personalidad

II. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO COMO PROBLEMA DE RELATIVIZACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

A. El umbral de la Teoría del Allanamiento

1. Concerniente a una exposición sistemática
2. Escenarios jurídicos que rodean la ruptura del hermetismo de la personalidad jurídica

2.1. Principios anglosajones del allanamiento de la personalidad

2.1.1. Respecto a la categoría del fraud

a. En relación con *The Instrumentality Doctrine*

b. Sobre *The Alter Ego Doctrine -Self Dealing Transactions-*

c. Correspondiente con *The Identity Doctrine*

2.1.2. Relativo a la naturaleza del *Equity*

2.1.3. En razón a las particularidades de la *agency*

2.2. Concerniente a una visión jurisprudencial

2.2.1. El soporte procesal del impedimento

2.2.2. Pronunciamentos que señalaron la ruptura del hermetismo de la personalidad

B. Referente a la evolución doctrinal

CAPÍTULO II

ANOMALÍAS A CONSIDERAR EN LA ÓRBITA CONCURSAL

I. DE LA CRISIS EMPRESARIAL Y DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA

A. Precisiones sobre los principios orientadores del Régimen de Insolvencia

1. La oficiosidad
2. La universalidad
3. La igualdad

B. Exigencias que rodean el fenómeno económico de la insolvencia empresarial

II. CRISIS EMPRESARIAL AL INTERIOR DE UN GRUPO DE SOCIEDADES CON LA PERSPECTIVA DEL *LIFTING OF CORPORATE VEIL*

A. Partiendo del órgano de representación

1. Al interior de la anomalía económica de la insolvencia en materia procedimental

1.1. Sucinta reseña en el ámbito concursal

1.2. Breve descripción en la órbita del allanamiento

2. Aproximación a la administración de un fenómeno económico

2.1. Generalidades

2.1.1. El órgano de administración

2.1.2. Sobre las acciones de responsabilidad

2.1.3. En torno al contrato de mandato

2.2. El grado de responsabilidad

2.3. La calidad de los sujetos encargados de la gestión

2.3.1. Vicisitudes de la administración

2.3.2. Respecto de la administración de hecho

2.3.3. Relativo a la gestión de un administrador a la sombra

B. El menoscabo del fenómeno económico del grupo en razón de una indebida administración o del abuso de una personalidad jurídica

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS UTILIZADAS

- (**AIR**) Acción Individual de Responsabilidad
- (**AktG - Aktiengesetz**) Ley Alemana de Sociedades Anónimas
- (**Art.- §**) Artículo
- (**ASR**) Acción Social de Responsabilidad
- (**BGB - Bürgerliches Gesetzbuch**) Código Civil alemán
- (**BOE**) *Boletín Oficial del Estado*
- (**C.C**) Código Civil
- (**C.Co.**) Código de Comercio
- (**CIPE - Center for Internacional Private Enterprise**)
Centro Internacional para la Empresa Privada
- (**CNUDMI**) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- (**Cfr.**) Confrontar
- (**Dec.**) Decreto
- (**H.G.B - Handelsgesetzbuch**) Código de Comercio alemán
- (**H.L. - The House of Lords**) Tribunal de Última Instancia Británico
- (**Ibíd.**) En el mismo lugar

(**Ídem.**) Lo mismo

(**L. - Law - Act - Loi**) Ley

(**LSA**) Ley de Sociedades Anónimas

(**L.S.C.**) Ley de Sociedades de Capital

(**LSRL**) Ley de sociedades de responsabilidad limitada

(**MoMig - Gesetz Zur Modernisierung des GmbH Rechts und Bekämpfung von Missbräuchen**) Ley de Modernización del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Prevención de Abusos

(**No.**) Número

(**Ob. cit.**) Obra citada

(**PubliG - Publizitätsgesetz**) Ley de Publicidad

(**RDL**) Real Decreto Legislativo

(**TIJH**) Tribunal Internacional de Justicia de la Haya

(**TJCE**) Tribunal de Justicia Europeo

(**TLC**) Tratado de Libre Comercio

(**U.E**) Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Comprender cómo una teoría jurídica societaria afecta el desarrollo de un fenómeno económico es una tarea compleja, pero si además se considera que esta anomalía se inmiscuye en otro suceso mercantil, como es el de una situación patrimonial de hecho, el asunto aparece aún más confuso; comenzando de esta manera, y a partir de tales supuestos, es un deber concretar el marco sobre el cual girará esta investigación.

Los partícipes de una economía perciben separadamente las políticas de crecimiento y los métodos de colaboración recíproca, los cuales, pueden ser considerados por sistemas jurídicos y económicos próximos, cuando no sinónimos, tal y como sucede con los regímenes español y colombiano.

Así las cosas, cuando las relaciones negociales están sujetas a cierto grado de dirección, se estará ante una condición jurídica societaria encuadrada bajo una situación de control; pero si aquel escenario jurídico está provisto de un efectivo propósito común a sus cointerésados, se configurará el fenómeno económico de los grupos societarios.

Sin embargo, al interior de estas anomalías económicas surgen diversos cuestionamientos a la hora de desarrollar su temática, y un ejemplo claro es el hecho de establecer

cómo la teoría del allanamiento de la personalidad jurídica se vislumbra al interior de los grupos en materia de responsabilidad, o cómo debe apreciarse la administración de los entes jurídicos que integran tales manifestaciones económicas.

La forma de valorar un grupo empresarial se centra alrededor de una universalidad, concebida como la demarcación del derecho empresarial en torno a los efectos jurídicos que acarrearía la constitución del mismo fenómeno, pero aclarando la factibilidad del abuso de aquel ente por parte de los integrantes, así como la responsabilidad de los administradores en razón de la indebida gestión de los miembros del grupo, no sin antes determinar la naturaleza jurídica de la persona moral ajustada como término en su descripción.

Es llamativo observar la manera como a lo largo del tiempo el Mercado ha logrado que los grupos sean entendidos como parte integrante de las políticas económico-jurídicas de los distintos Estados, sin desconocer la función económica que desempeña el propio derecho societario.

Para lograr este propósito, en cuanto a la significación del grupo, partiré de una descripción general del régimen de la insolvencia, iniciando con sus principios orientadores y requisitos, hasta alcanzar la crisis empresarial al interior del grupo societario, finalizando con la anomalía económica producto de la indebida gestión de sus miembros, entendidos como órganos.

En definitiva, se trata de determinar el abuso de la personalidad jurídica por parte del ente controlante y sus subordinadas, dando origen a la descripción de la responsabilidad a partir de la teoría del *disregard of legal entity* al interior de un grupo, o de la indebida administración del ente jurídico controlante de la matriz percibida como un director de hecho o a la sombra.

Con todo, cuando se indica una responsabilidad del grupo de sociedades, es evidente el *lapsus lingue* que se genera, por cuanto aquella expresión debe percibirse desde otra órbita, puesto que el hecho de que un término establezca una consideración no implica la constitución del ente sino de un modelo económico a seguir.

De suerte que para efectos de esta investigación se parte del concepto de abuso de la personalidad jurídica, tanto por quienes integran una sociedad matriz-controlante (*holding*), como por parte de los órganos que logran administrar a sus miembros.

PRIMERA PARTE

GENERALIDADES ALREDEDOR DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN MINUCIOSA DEL CONCEPTO Y DE LA DELIMITACIÓN

Con el fin de precisar los asuntos que constituyen el significado y alcance de los grupos de sociedades es necesario hacer referencia a otros aspectos que poseen un valor similar o igual; concretamente, se hace alusión a los factores económicos imperantes alrededor de los grupos.

Así entonces, se observará cuál es la importancia del entorno comercial dentro del ámbito jurídico, entendiendo el primero como la aplicabilidad de una corriente científica alrededor de una doctrina económica, específicamente en alusión al equilibrio de la teoría de juegos¹.

¹ Sobre el asunto de la corriente económica de la teoría de juegos y el cálculo del equilibrio de Nash (JOHN FORBES NASH -Nobel de Economía 1994-), debe concebirse que cuando se hace parte de un grupo -juego- no es posible maximizar las utilidades a través del conjunto de estrategias individuales. Ningún integrante de aquel se beneficiará utilizando un método personal, en la medida en que los

En razón del estudio económico y de la naturaleza jurídica de los miembros del grupo, puede concebirse que se está ante un juego cooperativo, o frente a un vínculo con transferencia de utilidades, en la medida en que al existir una comunicación constante entre el control y los integrantes de un grupo se logra forjar un propósito aplicable en la dirección establecida para negociar un resultado.

De forma que es la misma realidad económica la que determina la necesidad de participar de manera conjunta en un mundo de negocios, lo que perfectamente implica compartir el devenir de los riesgos, y, por tanto, contar con un instrumento jurídico de unidad que entrañe la realidad comercial, haciendo necesaria la aparición de los grupos de sociedades.

I. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS GRUPOS

A. El significado del fenómeno económico de los agrupamientos

Es indiscutible la importancia que representa el factor económico en la comprensión de un grupo, en la medida que la forma jurídica diseñada sobre la estructura societaria hace alusión a una categoría empresarial como la de la mediana y la gran empresa².

rendimientos obtenidos por cada uno de sus integrantes dependerán del actuar de todos los demás, siendo de aplicación dicha posición económica en las actuaciones como equipo con la misma intención y con un solo derrotero en su dirección.

Es evidente el valor de las consecuencias que trae el constituir un fenómeno económico, sin desconocer los presupuestos de existencia, por cuanto los efectos varían según se trate de una corriente contractualista o de un movimiento institucionalista³.

² Cabe advertir que a finales del siglo XX (1998) había en la estructura jurídica colombiana cerca de 1.510 sociedades inscritas como subordinadas y alrededor de 491 dominantes, tal y como lo confirma la propia Superintendencia de Sociedades; sin embargo, para inicios del siglo XXI estas cifras habían aumentado 4,3 y 3,2 veces, respectivamente, arrojando como resultado 4.865 sociedades inscritas como subordinadas y 2.118 controlantes. Sobre el particular se puede consultar GAITÁN ROZO, Andrés. *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades. 2011, p. 77.

³ De la teoría contractualista se desprende el requisito de la existencia de un contrato que regule el acuerdo entre el sujeto dominante y los controlados; mientras que de la corriente institucionalista se deduce la existencia del grupo cuando encuentra la subordinación aunada a la dirección unitaria, aquella situación sin la necesidad de la existencia de un contrato entre ambas partes. Ahora bien, frente al sistema contractual, cabe mencionar lo concerniente a los contratos de dominación propuestos en la Ley Alemana de Sociedades Anónimas (*Aktiengesetz -AktG-*) artículo (§) 291, y en particular lo referido en el numeral 2, donde se declara que si se carece de control, independientemente de la suscripción del contrato, y se somete a una dirección conjunta (Dirección Única-Unidad de Propósito y Dirección), no existe un contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*). Cfr. *Ley Alemana de Sociedades Anónimas*. José Miguel Embid Irujo (trad.), Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010, p. 173: "[...] Artículo 291. "Contrato de dominación. Contrato de cesión íntegra de beneficios. [...] 2. Si aquellas empresas que no dependen entre sí se someten por contrato a una

En este mismo orden, los grupos se pueden presentar como integraciones horizontales o verticales, deduciendo que las primeras se conciben como entes con características similares frente a los procesos de producción de bienes o servicios, propendiendo a la constitución de un monopolio, mientras que las segundas se refieren al contraste en la capacidad productiva de bienes o servicios⁴, lo que significaría la racionalización en los procesos de producción (*economies of scale*)⁵.

En consecuencia, al detenernos en el factor económico se establece que el grupo no es una elaboración legislativa sino un producto de ideas empresariales, o lo que se conoce como unas proyecciones económicas, un influjo del elemento negociable o un predominio del Mercado, mas no una creación del Derecho⁶.

Al participar en el mundo mercantil y, de manera conjunta, de las inseguridades del Mercado, cabe detenerse en el significado del grupo societario expuesto en el ordenamiento alemán por el § 18 AktG, en la medida que fue allí donde se definió este fenómeno económico como una reunión de varias empresas con independencia

dirección única, sin que por este hecho *una de ellas llegue a depender de la otra empresa* parte del contrato, este último *no se considera un contrato de dominación*. [...]” (cursiva fuera de texto).

⁴ MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot. 1998, pp. 86-88.

⁵ Ídem.

⁶ KÜBLER, Friedrich. *Gesellschaftsrecht -Derecho de Sociedades-*, 5.^a ed., Madrid: Editorial Fundación Cultural de Notariado, 2001, p. 573.

jurídica pero sometidas de forma duradera a una estrategia empresarial superior. No obstante el contraste existente entre la estructura jurídica societaria y el andamiaje económico, es factible considerar que la reglamentación de la *AktG* distingue dos supuestos de empresas policorporativas⁷: la de los citados grupos verticales (§ 18 I *AktG*) y la de los horizontales (§18 II *AktG*).

Sobre la distinción entre los grupos jerárquicos (verticales) y grupos paritarios (horizontales)⁸ cabe aclarar que en los primeros, además del control, se requiere de una dirección unitaria, lo que significa que los grupos por subordinación son entes ordenados en relación a su jerarquía de dependencia, fijando la matriz la unidad de dirección.

En este orden explicativo, en los grupos horizontales se estableció que a pesar de estar sometidos a una dirección conjunta, no existía una relación de dependencia (control) entre los sujetos agrupados sino que el vínculo

⁷ BÄLZ, U. *Einheit und Vielheit im Konzern, en Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser. zum 70. Tübingen: Geburtstag, 1974, pp. 287 y ss.; 320 y ss.; citado en Ídem, p. 588. Cfr. también TEUBNER, G. *Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen*, ZGR, 1991, pp. 189 y ss.; citado en EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 10, y en MANÓVIL, Rafael Mariano. *Ob. cit.*, p. 189.*

⁸ EMBID IRUJO, José Miguel. *Ob. cit.*, p. 7.

era integral entre todos⁹, convirtiéndose el contrato de organización en un simple instrumento jurídico de regularización¹⁰, de la misma forma como sucede cuando la sociedad dominante es extranjera y coordina desde allí las actividades de sus filiales¹¹.

No obstante lo señalado, pero apartándome de la presunción establecida de los grupos por coordinación, haré la siguiente reflexión: para sistemas continentales como el español y el colombiano no cabe, en principio, la presencia de los grupos sin la adecuada armonía entre la dirección unitaria y el control¹².

⁹ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de Grupos de Sociedades*. Madrid: Editorial Thomson-Civitas. 2004, pp. 97 y 98.

¹⁰ Vale anotar cómo en el ordenamiento alemán, originador del grupo organizado (*Gleichordnungskonzern*), es significativo para los grupos paritarios la carencia del elemento del control, por cuanto debe primar la relación de igualdad en las órbitas económica y jurídica, sin que comporten prácticas restrictivas o competencia desleal.

¹¹ Cabe traer a colación lo que sucede con el caso del Grupo Empresarial alemán Nestlé, expuesto por KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., p. 589.

¹² A pesar de lo sostenido sobre la presencia de los requisitos de constitución de un grupo societario, es necesario aclarar la reforma existente sobre tal concepción en el régimen colombiano, por cuanto se aprecia al grupo como una escueta unión de entes jurídicos relacionados bajo una modalidad del control. Sobre el particular, cabe detallar la errada definición facilitada en el ordenamiento colombiano por el Dec. 1749 del 26 de mayo de 2011, cuando en su artículo 2 numeral 1 precisa que tratándose de situaciones de insolvencia: “[...] el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o entes de cualquiera otra naturaleza [-Previa consideración de lo señalado dentro de los campo de las Fundaciones por cuanto se trata de entes sin ánimo de

Así fue entendido el grupo de manera doctrinal, al considerarse que dos habían de ser los elementos de existencia: por una parte, la relación jurídica del control, y por otra, la visión económica de la unidad de propósito y dirección¹³. Por tal razón, pese a no incorporarse en los citados ordenamientos la existencia de grupos por coordinación, no es absurdo comprender, *lucro, pero contemplando la posibilidad de la existencia del mismo, bajo el amparo de la Fundación en las diferentes situaciones de control, mas no concibiéndolo en un grado de subordinación (cfr. nota 44); por otra parte, cabría relacionar la figura de la Corporación, en la medida en que bajo el mismo ordenamiento colombiano (cfr. nota 40: Artículo 261. Numeral 2 Código de Comercio (C.Co.) colombiano), no resulta factible aquella viabilidad en la medida en que la figura del voto, en el ámbito de la Corporación, es personal mas no participativo. (cfr. notas 35, 36, 37 y 38)-]* que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, o porque la mayor parte de sus capitales pertenece (cfr. nota 40: Artículo 261 C.Co. colombiano - Modif. L. 222 de diciembre 20 de 1995 -L.222/95-; Artículo 27 C.Co. colombiano. *Presunciones de subordinación*) o está bajo la administración de las mismas personas jurídicas o naturales (cfr. nota 40: Artículo 261 Numeral 1 C.Co. colombiano), ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos (cfr. nota 40: artículo 261 Numeral 1 y 2 C.Co. colombiano). Así mismo, se entiende que forman parte de un grupo empresarial aquellos vinculados entre sí porque son garantes unos de otros (cfr. nota 40 artículo 261 Numeral 3 C.Co. colombiano) y las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el Régimen jurídico colombiano en el artículo 32 de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 -L.1116/06-. [...]” (resaltado en cursiva, entre paréntesis en negrilla y subrayado fuera de texto). Respecto a las orientaciones de la L.222/95 ver la descripción puntual en 12 puntos que sobre la misma se hace en el texto de HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las*

dentro de la descripción de aquel ente, cómo a través del elemento de la *dirección* unificada se hace alusión indirecta a determinada modalidad de *control*¹⁴.

Contemplando el asunto de la *dirección* unitaria, es indispensable detenerse a pensar en la importancia que representa para el mercado y la economía la conformación

Obligaciones. Concepto. Estructura, Vicisitudes, t. I, 3.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 4.

¹³ MANÓVIL, Rafael Mariano. *Evolución del Derecho de los Grupos de Sociedades*. 1.^a ed., Editorial Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires: Serie IV. Instituto de Derecho Empresarial. Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 7: “[...] Puede existir el primero (*control*) sin que se ejerza la segunda (*unidad de propósito y dirección*), pero no puede haber esta sin el control. La relevancia jurídica de uno u otro concepto depende de una decisión de política legislativa en cada ordenamiento. [...]” (cursiva entre paréntesis fuera de texto).

¹⁴ Las políticas económicas y administrativas de cada uno de los miembros que hacen parte de un grupo son gestionadas por uno o algunos sujetos, quienes adoptan la *dirección* unitaria al interior de aquel ente, pero sin considerar que con el control se detenta una posición dominante. EMBID IRUJO, José Miguel. Ob. cit., p. 9: “[...] *En la medida que el control* contiene en potencia la posibilidad de ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad, en tanto que la *dirección* unitaria actualiza o ejercita esa potencialidad [...]” (cursiva fuera de texto).

Asimismo, es factible afirmar que se está en presencia de un control, sea en sentido centralizado o, por el contrario, con aquella acepción aislada pero existente en todo momento a la hora de originarse cualquier modo de *dirección* unitaria [unidad en la multiplicidad -*Einheit in Vielheit*-], posición concebida por GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002, p. 28. De la misma forma, cabe mencionar lo planteado

de tales entes en torno al crecimiento económico¹⁵; tan evidente resulta esta visión económica que la misma Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁶ estableció las razones para ejercer el comercio por conducto de los grupos empresariales, hallándose entre sus documentos los estudios fiscales y el análisis del efecto de la circulación del dinero al interior de esos fenómenos económicos¹⁷.

por EMBID IRUJO, José Miguel. Ob. cit., pp. 10 y 11 y GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada: Editorial Comares, 2001, pp. 223 y ss., acerca de los grupos descentralizados, así como de sus contrarios.

¹⁵ Dicho valor se refleja, por ejemplo, en el mercado tributario con el significado que representa como fuente generadora de ingreso para la Hacienda, pese a la atenuación de la carga fiscal ya que el tributo se ve disminuido con las políticas fiscales de reducción.

¹⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Grupo de Trabajo V. "Régimen de la Insolvencia. Tratamiento de los Grupos de Empresas en Situaciones de Insolvencia", Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008. A/CN.9/WG.V/WP.82, p. 10. Disponible en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V08/563/36/PDF/V0856336.pdf?OpenElement>], consultada el 27 de agosto de 2013.

¹⁷ Ídem.: "[...] Se suele invocar la *incidencia fiscal* como razón de la formación y el crecimiento subsiguiente de los grupos de sociedades, [...]. Si bien el *motivo básico podría ser la imposición tributaria separada de cada entidad del grupo*, tal vez se persigan de hecho otras finalidades esenciales, como la de *proteger los ingresos gubernamentales* y la de *aligerar la carga fiscal* que de otro modo resultaría si cada empresa del grupo tuviera que pagar impuestos por separado. Entre las medidas que tienen en cuenta los vínculos entre la sociedad matriz y las filiales cabe mencionar *las exenciones fiscales* aplicables a los dividendos entre empresas del grupo; *la desgravación de que goza el grupo*; y las disposiciones destinadas a

La clasificación de los frentes económicos de integración responde a variadas motivaciones¹⁸ y puede ajustarse dentro de unos objetivos en común como, por ejemplo, la redistribución del riesgo, la conservación de la autonomía privada o el crecimiento individual de sus integrantes; no se puede, entonces, excluir la economía en la creación de un grupo, en la medida en que la persona moral¹⁹ no permanecerá en el mundo empresarial si no define las políticas aplicables en torno a la gobernabilidad de la sociedad -*corporate governance*- a través de la autorregulación, así como de la reglamentación en los ordenamientos jurídicos²⁰.

combatir la evasión fiscal. [...]. *El grupo podría beneficiarse de una desgravación conjunta cuando las empresas conexas pudieran tratarse como una unidad fiscal indivisible y presentaran cuentas unificadas. Las pérdidas de una filial pueden compensarse con los ingresos de otra o las pérdidas y ganancias pueden compensarse mutuamente entre los socios del grupo. [...]*" (cursiva fuera de texto).

¹⁸ MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, cit., pp. 89-107.

¹⁹ A pesar de su autonomía e independencia, al analizar la apreciación sobre la anquilosada concepción de la sociedad realizada por el Derecho Societario, este sujeto es entendido como una sociedad isla. EMBID IRUJO, José Miguel. Ob. cit., pp. 123 y 124, y DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 33.

²⁰ EMBID IRUJO, José Miguel. "El significado jurídico de los Grupos de Sociedades. La Corporate Governance". *Revista de Economía Vasca. Ekonomiaz*. Gobierno Vasco. Departamento de Hacienda y Finanzas. 2008, (68): 84-101. Disponible en [http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula4_c.apl?REG=919], consultada el 27 de agosto de 2013.

Las empresas por sí solas no logran poseer las ventajas que representa la conformación del grupo, tal y como sucede en materia fiscal, o respecto de la participación competitiva en los mercados a través de las reducciones de costes o de la flexibilización organizativa²¹; sin embargo, en los grupos se perciben las políticas económicas de reestructuración societaria, por cuanto los gobiernos esperan la disminución selectiva de los recursos con un aumento en la eficiencia empresarial. En este orden económico se aprecian las estrategias de recorte de gasto para mantener o aumentar el rendimiento *-retrenchment-*, así como la reducción de recursos humanos y físicos para conservar la oferta en línea con la demanda *-downscaling-*²² y la racionalización de la cartera de negocios reteniendo a los empleados catalogados como claves en los negocios principales *-downscoping* o *refocusing-*.

Hasta el momento he pretendido determinar el hecho que representa la economía en materia de grupos, y su influencia en los factores laborales y fiscales, sin

²¹ FERNÁNDEZ, Zulima et ál. *Grupos Empresariales de la Economía Social en España. Introducción a los Grupos*. Valencia: CIREC, 2000, pp. 67 y ss.

²² De igual forma, los reajustes de personal en los niveles burocráticos así como su tamaño, todo ello con el propósito de engrandecer la competencia y su producción *-downsizing-*.

adentrarme en otros asuntos jurídicos, como los del ámbito penal²³⁻²⁴ y medioambiental²⁵.

No obstante, aquellos incidentes en los que se estima al grupo en razón de la dirección unitaria, como una forma de organización empresarial, es una situación que se restringe en razón a las transformaciones que ofrece el criterio de control, siendo igualmente precaria la

²³ La responsabilidad penal de la persona moral es un punto llamativo pero controvertible y por tal razón lo dejaré para otra oportunidad; sin embargo, cabe aclarar que existen ordenamientos que no aceptan dicha responsabilidad *-societas delinquere non potest-*, como el belga o el italiano, y otros como el francés y el inglés que consideran la responsabilidad directa de estos sujetos sin tener en cuenta el principio de la culpa.

Sin embargo, existen sistemas que con el principio de la culpa como límite constitucional, la aplican directamente para asuntos de infracciones administrativas (*ordnungswidrigkeitengesetz*), tal el caso del Sistema Comunitario Penal español que considera, respecto de los delitos de manipulación genética, la aplicación de las consecuencias accesorias a las sociedades e incluso aquellas de carácter transitorio como las organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o uniones de personas. Art. 129 (Ley Orgánica 10/1995 Título V. artículo 162. Delitos relativos a la Manipulación Genética)

²⁴ Un sector de la doctrina es partidario de considerar el resarcimiento de los daños por parte de las personas jurídicas (§31 *Bürgerliches Gesetzbuch -BGB-*), al establecer que si se trata de *patrimonios heteroadministrados* es factible plantear la corresponsabilidad o la responsabilidad en aquellos patrimonios que son administrados por un gestor (*Holding*) en razón de la política de dirección unificada. AA.VV. *El Funcionalismo del Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. ¿Punibilidad de las Personas Jurídicas?*, t. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003, pp. 343 y ss.

consideración en materia mercantil al no describirse el concepto unitario de grupo²⁶.

B. Elementos inherentes a los grupos empresariales

Partiendo de un sistema como el colombiano, y exponiendo los obstáculos que se presentan en el desarrollo de un grupo empresarial basados en la realidad económica existente en los mercados oscilantes, al entrar a considerar un agrupamiento como un todo, o lo que es lo mismo, como un determinado y no amplio grupo²⁷, se está haciendo alusión a los grupos verticales y no a los

²⁵ En el sistema español, al interior del Preámbulo de la Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental (*Boletín Oficial del Estado -BOE-* n.º 255 del 24 de octubre de 2007), las personas físicas y morales (grupos) han de preservar el medio ambiente para su desarrollo y, por tanto, quienes lo quebranten deben reparar los daños ocasionados, independientemente de las sanciones penales y administrativas a que hubiere lugar; no sobrando aclarar que a través de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de abril de 2004, se entró a diseñar la posibilidad de instaurar el Régimen administrativo de responsabilidad medioambiental de naturaleza ilimitada, objetiva, y al tenor del principio de "quién contamina paga".

²⁶ EMBID IRUJO, José Miguel. "Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español". *Revista de Derecho de Sociedades*. n.º 30, Editorial Thomson Aranzadi, 2008, pp. 19-21.

²⁷ EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., p. 7.

fenómenos económicos carentes de control -grupos horizontales-²⁸.

1. El Control

Siempre que se encuentra un grupo jerárquico se está frente a un factor económico como es el del control, elemento que determina la clasificación de las figuras empresariales dominantes y subordinadas, lo cual hace necesario referirse al tema del grado de intervención existente al interior de los grupos.

Respecto de los grupos jerárquicos, el ente controlante es el encargado de realizar la la administración en desarrollo de la actividad de la agrupación, permitiendo de esta manera sentar las bases de la organización como son el aprovechamiento de los recursos y las directrices económicas a seguir. Cabe aclarar que el control es entendido como el derecho de influir de manera duradera y determinante en el comportamiento de un sujeto jurídico²⁹.

Por otra parte, la dirección o el control son calidades imputables a las personas jurídicas societarias y a quienes carecen de tal naturaleza, así como a las personas físicas, deduciéndose de este juicio que la

²⁸ Con respecto a la centralización del grupo **cfr. nota 14**; de igual forma, y en lo tocante a la interpretación sesgada, puede acudirse a lo estipulado en el sistema jurídico colombiano a través del Dec. 1749/11. Sobre el particular **cfr. nota 12**.

²⁹ FALCONI CANEPA, Julio. *Responsabilidad en los Grupos de Sociedades y Tutela de Acreedores Sociales*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005, p. 11.

función legal de toda entidad considerada matriz será la propiedad, el control o la dirección unitaria sobre cualquier tipo de empresa³⁰.

Por el contrario, los sujetos dependientes³¹ se conciben como entes jurídicos de naturaleza societaria que siendo jurídicamente autónomos se hallan sometidos a la dirección de una empresa controlante, y donde el dominio puede ser detentado por otras entidades jurídicas, en cuyo caso existe una presunción de hecho del control³²; sin embargo, y contrario a esta posición, se considera que ente controlado es cualquier tipo societario, pero sin admitir la sujeción de cierta clase de sujetos

³⁰ Merriam-Webster's. *Dictionary of Law*. Springfield, Massachusetts; Merriam-Webster's, 1996, p. 89: "[...] *holding company*: a company whose sole function is to own and control other companies. [...]" (cursiva fuera de texto).

³¹ Cabe recordar lo relativo a las empresas controladas según la *AktG*, en virtud de la cual existen como entes jurídicamente independientes pero que resultan siendo controladas de manera continua o de forma indirecta. Cfr. lo relativo a la Ley Alemana de Sociedades Anónimas. cit., p. 36: "[...] Artículo 17. *Empresas dependientes y dominantes*: Se consideran empresas dependientes aquellas jurídicamente independientes sobre las que otra empresa (*empresa dominante*) puede ejercer, directa o indirectamente, una *influencia dominante*. [...]" (cursiva fuera de texto).

³² De igual forma, debe anotarse la explicación que sobre el asunto de la "dirección unitaria", "efectiva" o de la "influencia dominante" existente al interior de un Grupo, es traída a colación por parte de la doctrina al referirse a la posición entre la matriz (*parent co.*, *holding* o *herrschendes unternehmen*) y sus filiales (*subsidiary co.*, *abhängige Gesellschaft* o *abhängige Unternehmen*). Sobre el particular cfr. lo estipulado por VICENT CHILIÁ, Francisco. Ob. cit., p. 642.

jurídicos (*konzerernresistenz*)³³ como resultarían ser las asociaciones civiles o las fundaciones, ello en razón a que no están ejerciendo una actividad económica³⁴.

Con todo, y con el argumento de la no sujeción de los *konzerernresistenz* al interior de los grupos, es también un motivo de discusión lo establecido en los sistemas argentino³⁵, español³⁶ y colombiano, en la medida en que

³³ El calificativo de *konzerernresistenz* es entendido dentro del ordenamiento alemán como la denominación para aquellas entidades que no tienen la capacidad para ser consideradas como subordinadas al interior de un grupo societario.

³⁴ No obstante, y apartándome de esta posición, el no ejercicio de una actividad económica por parte de aquellos sujetos no es un motivo para prescindir de la compatibilidad existente para con los grupos, máxime cuando es factible presumir el beneficio que representa dicha compatibilidad en el mismo patrimonio fundacional y que en otra oportunidad fue definido. Sobre el particular cfr. EMBID IRUJO, José Miguel. "Fundaciones y Derecho de Grupos". Proyecto de Investigación Actividad de Empresa y Entidades sin Ánimo de Lucro (Asociaciones y Fundaciones), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2007-62414). Investigador principal el mismo autor.

³⁵ Art. 2-º inciso 3 L. 20.337 de 15 de mayo de 1973: "[...] *Conceden un solo voto a cada asociado, cualquiera sea el número de sus cuotas sociales y no otorgan ventaja ni privilegio alguno a los iniciadores, fundadores y consejeros, ni preferencia a parte alguna del capital. [...]*" (cursiva fuera de texto). Sobre este último aspecto en particular, se puede consultar la obra de MOIRANO en lo relativo al voto, independientemente de la concepción de las cuotas sociales: MOIRANO, Armando A. *Organización de las Cooperativas*. 9.ª ed., Buenos Aires: Ghersi Editor, 1979, pp. 13-18 y 79-84.

³⁶ Se dispuso la conformación de los grupos cooperativos, con lo cual la entidad cooperativa-controlante, al emitir las instrucciones de obligatorio cumplimiento, daba pie a que se causara la propia unidad

se determinó que al interior de una *corporación*, la voluntad se ajustaba al voto personal mas no al de la participación³⁷.

En este mismo orden de ideas, el conflicto se puede presentar si se entiende que existe control (numeral 2.º artículo 261 C.Co. colombiano) cuando se tiene el derecho de emitir votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta o asamblea, e incluso por el hecho de elegir los miembros de la junta directiva; la dirección se hace expresa al suponerse un voto conjunto, puesto que si se presentan los votos por separado no puede existir tal dirección³⁸, aclarando igualmente que

de decisión. Ley 27/99 artículo 78 numeral 1. "*Grupo Cooperativo.* [...] Se entiende por *grupo cooperativo*, a los efectos de esta Ley, el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una *unidad de decisión* en el ámbito de dichas facultades. [...]" (cursiva fuera de texto).

³⁷ Sobre el particular cfr. los artículos 637 y 638 de Código Civil colombiano

³⁸ Debe anotarse que aquella excepción planteada es también de aplicación directa para el caso de sociedades colectivas, en la medida en que en su interior cada socio tiene derecho a un solo voto, ciñéndose la posibilidad del control a través de la figura del voto compartido, así como de las otras presunciones. Al respecto cfr. artículo 316. C.Co. colombiano. "Mayorías decisorias. [...] La transferencia de partes de interés, el ingreso de nuevos socios, así como cualquiera otra reforma estatutaria y la enajenación de la totalidad o de la mayor parte de los activos sociales, requerirán el voto unánime de los socios, o de sus delegados, [...] *Las demás decisiones se aprobarán por mayoría absoluta de votos, salvo estipulación en contrario. Cada socio tendrá derecho a un voto.* [...]"

el control directo de la sociedad dominante se ejercerá sobre sus controladas (filiales) y sobre aquellas otras a las que se les denominará subsidiarias, por ser controladas indirectamente por la *holding*³⁹.

En consecuencia, del citado artículo 261 C.Co. colombiano se deduce que el primer asunto de la dirección es el de la tenencia material por parte de la matriz de un porcentaje del capital social de la subordinada; en segundo término, se la posibilidad de emitir los votos para adquirir las mayorías en las juntas de socios o asambleas, así como los necesarios para elegir los miembros de las juntas directivas, y en ese mismo orden, el control, cuando se ejerce a través de actos o negocios jurídicos⁴⁰.

(cursiva fuera de texto).

³⁹ Sobre esta descripción en particular, cabe observar cómo el régimen jurídico colombiano, artículo 260 C.Co., preceptúa que: “[...] Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su *matriz o controlante*, [...] *directamente*, [...] se denominará *filial* o [...] *por intermedio* de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará *subsidiaria*. [...]” (cursiva fuera de texto).

Asimismo, en el sistema jurídico español el Real Decreto Legislativo (RDL) 1/2010, que aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (L.S.C.), prescribió en su artículo 18, lo relativo a los mismos grupos sociedades, de la siguiente forma: “[...] se considerará que existe Grupo de Sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el Art. 42 C.Co., y será *sociedad dominante* la que ostente o pueda ostentar, *directa o indirectamente*, el control de otra u otras. [...]” (cursiva fuera de texto).

Sin embargo, y sobre este asunto en particular, haré en su oportunidad los comentarios alrededor de las prohibiciones aplicables a la situación de control y que bien pueden ajustarse a los grupos, como es el caso

⁴⁰Del mismo modo, la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*. Madrid: Ministerio de Justicia. Gobierno de España, 2013, p. 362, que determinó en el Título IX *De la Uniones de Empresas*, Capítulo I *De los Grupos de Sociedades*, Sección 1ª, Subsección 1ª, en el artículo 291-1 lo concerniente a la noción del grupo, de la siguiente forma: “[...] 1. Existe grupo: a) Cuando una sociedad esté sometida al *poder de dirección* de otra o cuando varias sociedades estén sometidas al *poder de dirección unitario* de una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese poder de dirección. b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un *poder de dirección unitario y común*. 2. El grupo de sociedades carece de personalidad jurídica [...]” (cursiva fuera de texto).

Sobre el voto compartido-voto conjunto, ha de considerarse lo señalado en las **notas 37 y 38**, y lo concerniente con las **notas 34, 35 y 36**; de la misma forma debe observarse lo preceptuado en el ordenamiento colombiano, artículo 261 C.Co. Modif. L.222/95. Artículo 27. *Presunciones de subordinación*: “[...] Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del *capital* pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de estas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir *los votos* constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de *votos* necesarios para elegir

concreto de la adquisición de acciones propias en el sistema jurídico colombiano⁴¹.

Sobre las presunciones de control al interior del sistema español (art. 42 del C.Co., numeral 1º) se ha prescrito que existen dos maneras de ejercerlo, bien sea a través de los votos (literales a, c y d, e incluyendo el literal

la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere. 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un *acto o negocio* con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad. [...]” (cursiva fuera de texto).

⁴¹ Artículo 262 C.Co. colombiano: “[...] Las sociedades subordinadas *no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán ineficaces los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo.* [...]” (cursiva fuera de texto).

En ese mismo orden se puede vislumbrar lo prescrito en el ordenamiento jurídico español a través del RDL 1/2010 L.S.C., artículos 134, 135 y 136: “[...] Artículo 134. Prohibición. *En ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o suscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante.*

Artículo 135. Adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada. La adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada de participaciones propias o de participaciones o acciones de la sociedad dominante *será nula de pleno derecho.*

Artículo 136. Adquisición originaria por la sociedad anónima. 1. Las acciones suscritas infringiendo la prohibición del artículo 134 serán propiedad de la sociedad anónima suscriptor. 2. Cuando se trate de suscripción de acciones propias la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento de capital social, sobre los

b, por tratarse de una facultad de nombrar o destituir miembros de los órganos de administración) o por intermedio de actos o negocios (literal c, en estrecha relación con el control a través del voto)⁴².

No obstante, y con respecto a la reserva existente del voto por separado al tratarse de sujetos unipersonales,

administradores. 3. Cuando se trate de asunción de participaciones sociales o de suscripción de acciones de la sociedad dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los de la sociedad dominante. [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴² Artículo 42 del C.Co. español, numeral 1°. "[...] en alguna de las siguientes situaciones: a. Posea la mayoría de los *derechos de voto*. b. Tenga la *facultad de nombrar* o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c. Pueda disponer, en virtud de *acuerdos* celebrados con terceros, de la mayoría de los *derechos de voto*. d. Haya designado con sus *votos* a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. [...]" (cursiva fuera de texto).

De igual forma, se establece en la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, cit., pp. 362 y 363: "[...] Artículo 291-3. *Presunción legal de ejercicio del poder de dirección*. Salvo prueba en contrario, se presume que el poder de dirección se ejerce por quien *controle* a una o a varias sociedades.

al pertenecer el capital social a la persona jurídica subordinada, debe corresponder al sujeto dominante, descartándose así el numeral 2 del artículo 261 C.Co. colombiano; por otra parte, y dentro del mismo tema, el dominio participativo no hace alusión a la unipersonalidad de los entes jurídicos societarios, así que no existirá limitación para descalificarlos como partícipes dentro de un grupo⁴³.

Artículo 291-4. *Control de una sociedad por otra. 1. Existe situación de control en los siguientes supuestos: a) Cuando posea o pueda ejercer de forma directa, indirecta o en virtud de acuerdos con terceros, la mayoría de los derechos de voto en la junta o asamblea de una sociedad. b) Cuando tenga la facultad de nombrar o de cesar a la mayoría de los miembros del órgano de administración o, en su caso, del órgano de vigilancia. c) Cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dependiente sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dependiente por ésta. A los derechos de voto de la sociedad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la sociedad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. 2. Salvo prueba en contrario, se presume que existe situación de control en los siguientes supuestos: a) Cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo. b) Cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la pertenencia de la misma al grupo. [...]" (cursiva fuera de texto).*

⁴³ Respecto a este asunto, y apartándome de la posición doctrinal, cfr. MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado. cit.*, p. 252: "[...] Respecto de otras personas jurídicas,

Otro asunto a tratar dentro de los grupos es el acceso de entes subordinados, como, por ejemplo, las fundaciones, ya que el interés que mueve su conformación es único y no sujeto a interpretación, en la medida que toda actuación fundacional es estrictamente de interés general⁴⁴ y la constitución de su patrimonio no da lugar a la aparición de socios o accionistas.

No es racional la existencia de fundaciones en grado de subordinación, no obstante concebirse la figura de la dirección unitaria a manera de acuerdo entre los grupos horizontales, puesto que en una fundación no es admitido el control cuando la figura de la subordinación está presente en su actuación, salvo que aquella haya sido determinada por los propios asociados en sus estatutos⁴⁵.

por lo menos en principio, su propia estructura orgánica y su finalidad hacen prácticamente imposible que *un solo sujeto* ejerza sobre ellas un dominio orgánico [...]". (cursiva fuera de texto).

⁴⁴ Por la relevancia que representa en esta investigación el aspecto fundacional, traigo a colación el concepto prescrito en el ordenamiento español artículo 2. Ley 50/2002 Ley de Fundaciones. "[...] 1. Son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de *interés general*. 2. Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la Ley. [...]"

⁴⁵Par. 1º. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, *sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria*, [...]" (cursiva fuera de texto).

Sobre el particular **cf. notas 33 y 35.**

En este mismo orden, el sistema colombiano admitió la subordinación cuando la dependencia sea ejercida por una persona física o jurídica de naturaleza no societaria, bien sea directamente o con el concurso de este tipo de sujetos⁴⁶.

Por otra parte, respecto al no sometimiento fundacional de las directrices externas vinculantes, salvo que se haya estipulado en los estatutos-asociados, puede consultarse EMBID IRUJO, José Miguel. *El Contrato de Constitución del Grupo en el Derecho español*, p. 5334 citado por FUERTES, Mercedes. Ob. cit., p. 82 (cfr. nota 45).

Sobre la admisión de una fundación a un grupo, cfr. EMBID IRUJO, José Miguel. "Fundaciones y Derecho de Grupos", cit., pp. 10 a 13: "[...] Todos estos extremos, al menos en sus aspectos básicos, podrían ser objeto de consideración en distintas cláusulas del contrato de grupo, contemplado, en sus términos básicos, en otros apartados del presente libro, que la fundación podría, asimismo, concluir con la o las sociedades dominadas, integrantes del grupo. [...]" (Ídem, p. 17).

"[...] De lo que se trata, más bien, es de definir con precisión las situaciones de grupo en que puede verse envuelta la fundación y de matizar, en su caso, el modo más adecuado de ejercer el poder de dirección que le corresponde, haciendo viable la integración de su fin de interés general con el interés colectivo del grupo. [...] Para expresar todo ello de manera nítida y pública, entendemos que será especialmente idónea la conclusión de un contrato de grupo entre la fundación y las sociedades por ella controladas, en el caso de un grupo jerárquico, o entre la fundación y las restantes entidades jurídicas que puedan constituir conjuntamente un grupo paritario. [...]" (Ídem, p. 22).

No obstante lo anterior, y separándome de las consideraciones doctrinales (FUERTES, Mercedes) de aceptar el régimen fundacional cuando se trata de grupos públicos, existen vacíos jurídicos y económicos imperantes en la concepción del mismo ente en materia mercantil, *verbi gratia* cuando plantea que: "[...] no parece del todo

Finalizando con el acápite del control, y para recurrir a la presunción citada en el sistema español, es posible apreciar aquella suposición *iuris tantum* sobre la situación de control⁴⁷ evaluando lo establecido en el sistema alemán: la *AktG* definió en su momento la concepción de dirección unitaria y de esta manera se logró concluir la necesidad de recurrir a la técnica jurídica de la presunción.

adecuado iniciar su definición (de grupo) aludiendo a la *independencia de unas personificaciones* dependientes [...]” (cursiva fuera de texto) (FUERTES, Mercedes. Ob. cit., p. 72); Asimismo, y sin valorar la importancia del efecto comercial de conformar la anomalía económica del grupo, y a modo de crítica, la autora entra a señalar que: “[...] si no concurren varias *personas jurídicas*, cada una con su identidad propia, no hay posibilidad de plantear la realidad del grupo [...]”. Resaltado en Cursiva fuera de texto (Ídem, p. 73); Igualmente, considera que la concepción del grupo se reduce a una apreciación simplemente societaria, en la medida que considera su existencia (grupo contractual) a la constitución de una sociedad directora, así:

“[...] el grupo concertado, el *Konzern* alemán, en el que varias entidades acuerdan *crear* una sociedad directora de algunas de sus empresas [...]” (cursiva fuera de texto) (Ídem, p. 75).

⁴⁶ Artículo 261. C.Co. colombiano Parágrafo 1º: “[...] Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o *jurídicas de naturaleza no societaria*, [...]” (cursiva fuera de texto).

⁴⁷Sobre este punto en particular, considero que se están abriendo las puertas para entablar una controversia de tipo doctrinal respecto de lo establecido frente al voto al interior de una sociedad en comandita, así como el existente dentro de una cooperativa.

Sobre el particular **cf. notas 39 y 42.**

Así, en el régimen alemán se acudió a la noción de la presunción de derecho (*iuris et de iure*) para los supuestos de los contratos de dominación (*beherrschungsvertrag*) establecidos en el §291⁴⁸, en donde las empresas que conservaban la dirección de otras compañías a través de aquellos negocios jurídicos se comprometían a solucionar, hasta con el acuerdo de transferencia de beneficios (*gewinnabführungsvertrag*), las solicitudes o los inconvenientes de las compañías dependientes, así como para aquellos contratos de incorporación enunciados en el §319 (§18 I 2)⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. GALGANO, Francesco. *Grupo de sociedades (dirección y coordinación de sociedades)*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2007, p. 179 (cfr. nota 201).

⁴⁹ En este sentido, es admisible considerar la *iuris tantum* existente en los demás asuntos de la mera dependencia, siendo posible detenerse en la versión que sobre el AktG §18. *Konzern und Konzernunternehmen*, es traída a colación por FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. *Grupo de sociedades como forma de organización empresarial*. Madrid: Editoriales del Derecho Reunidas, 2001, pp. 52 y 53: “[...] Artículo 18. *Grupo y empresas del grupo*. 1. Si existe una empresa dominante y una o varias empresas dependientes bajo la dirección unitaria de la empresa dominante, todas ellas forman un grupo. Cada una de estas empresas se considera empresa del grupo. Aquellas empresas entre las que exista un *contrato de dominación* (art. 291) o de *incorporación* (art. 319) deberán ser consideradas bajo una dirección única. Se presume que la empresa dependiente forma grupo con la empresa dominante. 2. *Si se trata de empresas jurídicamente independientes entre las que no existe relación de dependencia, pero están bajo una dirección única, también estas formarán un grupo; las distintas empresas individuales se consideran empresas del grupo.* [...]” (cursiva fuera de texto).

Sin embargo, y en mi consideración, no sobra citar la traducción literal que sobre la AktG se realizó, en la medida que resulta ser

2. La unidad de propósito y dirección

El elemento de la dirección común es perfectamente entendido como el pilar sobre el cual se encuentra fundado el fenómeno económico de los grupos, al establecerse que cuando una *holding* (*herrschendes Unternehmen*) y sus subordinadas (*abhängige Gesellschaft* o *abhängige Unternehmen*) se hallan bajo una misma dirección

la traducción oficial que ha de emplearse. Ley Alemana de Sociedades Anónimas. cit., p. 36: "[...] Artículo 18. *Grupos y empresas del grupo*. 1. Si una empresa dominante y una o varias empresas dependientes se reúnen bajo la dirección unitaria de la empresa dominante, todas ellas forman un grupo; las empresas individuales se consideran empresas del grupo. Aquellas empresas entre las que exista un *contrato de dominación* (art. 291) o de las cuales una se haya *incorporado* a la otra (art. 319) se considerarán reunidas bajo una dirección única. De una empresa dependiente se presume que forma grupo con la empresa dominante. 2. Si *empresas jurídicamente independientes sin relación de dependencia entre ellas se reúnen bajo una dirección única, también estas forman un grupo, las empresas individuales se consideran empresas del grupo.* [...]" (cursiva fuera de texto).

que se encuentra unificada⁵⁰ se conforma un grupo de sociedades⁵¹.

Apartándose de la estructura orgánica del fenómeno económico en comento⁵², debe existir en cabeza de la *holding*, y de común acuerdo con sus controladas, una estrategia económica empresarial unificada en bien de todos pero en beneficio del consorcio, sin desconocer la independencia económica de las sociedades, pues la pérdida de la autonomía empresarial de las controladas significa, en los grupos jerárquicos, el empleo de estrategias ajustadas a los fenómenos económicos descentralizados.

⁵⁰ Cabe consultar sobre la unificación a EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., pp. 6 y ss.; GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., pp. 140 y 141; MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, cit., pp. 395 y 396; BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 11.^a ed., vol. I, Madrid: Tecnos, 2002, p. 562; KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., pp. 588 y 589; VICENT CHULIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. 18.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 642; FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. Ob. cit., p. 153; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., pp. 87 y ss.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Derecho Mercantil Internacional*. 2.^a ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 240.

⁵¹ En el ordenamiento alemán se considera la figura de los consorcios o grupos (*konzern*) cuando la dominante y sus filiales (*konzernunternehmen*) en razón de la dirección común así lo establecen (**cf. notas 33 y 49**).

⁵² Así como la estructura orgánica de las empresas policorporativas; sobre el particular cfr. KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., p. 588, y EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., p. 10.

En definitiva, la unidad de propósito y dirección es un elemento decisivo para la constitución del grupo⁵³, creando esta posición el mismo ordenamiento alemán cuando, en la AktG §17, definió a la empresa dominante partiendo de la posibilidad de ejercer una influencia de control sobre sus subordinadas, y además en el §18 preceptuó que existía grupo cuando, aparte de la aprehensión de las empresas, había, a su vez, una dirección unificada de la controlante.

Ahora bien, conjuntamente a la opinión existente de prescindir de la dirección unificada, en lo concerniente se partirá de una perspectiva alejada de tal concepción, pues la misma solo expone la posición de valorar la relevancia de la existencia de la dominación o su carencia, lo que significa malinterpretar la figura del

⁵³ Sobre este punto en particular debo aclarar que me aparto del pensamiento doctrinal que considera que la dirección unitaria no es un requisito sustancial para la conformación de grupo; al respecto cfr. DIERDORF, Josef. *Herrschaft und Abhängigkeit einer Aktiengesellschaft auf schuldverttraglicher und tatsächlicher Grundlage*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns, 1978, pp. 83-855, citado por MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, cit., pp. 396 y 418, Cfr. nota 453: “[...] Incluso se ha sostenido que *lo que importa no es el carácter unificado de la dirección, sino la dirección en sí misma*; en otras palabras, que la primera no tiene características de mayor intensidad que el hecho en sí de ejercer influencia sobre la dirección. [...] Pero creo que incluso en el derecho alemán, más allá de que, como derivación del texto expreso del §18 de su AktG, en el mismo se construya el derecho grupal sobre la base del *concepto de dirección unificada*, este elemento no debería computarse como decisivo para la configuración de un grupo. [...]” (cursiva fuera de texto).

grupo, puesto que se equipara la situación de control sin dirección unitaria a la circunstancia en que ambas existen⁵⁴.

Considero de tal envergadura el elemento de la dirección unificada que debería tener una mayor justificación, en la medida que cabría la posibilidad de considerar que al existir la dirección económica común, en ella se estaría subsumiendo en cierta forma el control, no logrando admitirla sin cierto grado de poder económico, lo que determinaría el mismo nivel de centralización del grupo⁵⁵.

En aras de una disertación, y pese a los cambios realizados⁵⁶, se entiende que, de acuerdo con la realidad económica y la posición doctrinal⁵⁷, hacen parte de los

⁵⁴ GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., p. 200 (Cfr. nota 573).

⁵⁵ Cabe aclarar el valor político de la dirección unificada, pues no es posible ignorar la importancia que representan las guías empleadas en torno a la figura del *corporate governance* al interior de un sujeto jurídico, así como la administración adoptada para enfrentar el desarrollo económico de los mercados y las empresas, junto con el empleo de aquellos gobiernos en las administraciones; todo ello incorporado como parte integral de una anomalía económica como es la de un grupo societario.

⁵⁶ Frente a la acertada posición bilateral de los elementos existentes al interior de un grupo, cabe traer a colación lo que en mi parecer resulta ser una errada posición establecida en el ordenamiento colombiano en razón de la sistematización que en cierto grado permitiría la conformación de grupos bajo el supuesto del simple control (**cfr. nota 12**).

⁵⁷ EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., p. 7: "[...] Bien es verdad que ambos (*Control y Dirección Unitaria*) distinguen al *grupo jerárquico* o por

elementos de un grupo jerárquico tanto el control como la unidad de propósito y dirección⁵⁸.

Si para ser considerado una unidad supraordenada el grupo debe entenderse como un ente independiente de cada uno de los miembros que lo componen, es requisito *sine qua non*⁵⁹

subordinación, [...] En el grupo horizontal, paritario o por coordinación, falta, como su propia denominación implica el elemento del control. Cabría hablar, por ello, de un concepto amplio del grupo, que incluiría únicamente el elemento de la dirección unitaria, y de un concepto estricto que, por comprender el control societario, sólo podría referirse a los grupos jerárquicos. [...] tomaremos como punto de referencia esencial a los grupos jerárquicos por constituir motivo habitual de regulación legislativa y producir, asimismo, el conjunto de problemas que, dentro de nuestro horizonte técnico-jurídico, se asocian con la modalidad de concentración empresarial que el grupo representa. [...]” (cursiva y entre paréntesis fuera de texto).

⁵⁸Cabe anotar que en la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, cit., p. 363., se entra a establecer el régimen jurídico aplicable a los grupos por coordinación; “[...] Artículo 291-5. Régimen jurídico. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable, en lo que proceda, a aquellos grupos en los que dos o más *sociedades independientes actúen coordinadamente* entre sí bajo un *poder de dirección unitario y común* (cursiva fuera de texto).

El calificativo empleado en la legislación colombiana para uno de los elementos del grupo, ha sido reconocido en diversos Ordenamientos con los nombres de unidad de decisión, dirección unitaria, dirección unificada o dirección económica común, entre otros (ídem., pp. 6 y 7); GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., pp. 199 y ss.; MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, cit., p. 395, y DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 198.

la presencia de una dirección grupal⁶⁰; sin embargo, la forma de percibir el fenómeno hace evidente que en los actos de gestión económica debe exhibirse de manera constante el control, lo cual significa que la fuerza de inspección y vigilancia estaría vinculada a la unidad de dirección.

La dirección económica común es un elemento que establece cuál debe ser la organización económica del grupo, el direccionamiento de los sujetos agrupados⁶¹, así como la alianza económica de las entidades jurídicas, la cual se basa en la administración central⁶²; por eso, si se omite la unidad de decisión o se interpreta de manera errada, claramente se está ante cualquier otro tipo de relación jurídica mercantil, como podrían ser las originadas en los contratos de colaboración empresarial⁶³.

⁵⁹ Sobre el particular ver también el valor político de aquella figura (**cfr. nota 55**; así como la errada posición existente sobre el particular en **nota 56**).

⁶⁰ MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, cit., p. 396.

⁶¹ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 199.

⁶² WEI, Yuwa. "Corporate Groups and Strategic Alliances: New Reform Instruments to the Chinese". *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30, Afl. 2, 2002, p. 241. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1420740>], consultada el 27 de agosto de 2013.

⁶³ Al no generar un valor considerable en los procesos de fabricación o distribución, algunos fenómenos económicos se pueden apreciar como simples métodos de eliminación de actividades; la característica de asistencia en el proceso económico se puede observar en la descripción expuesta por HINESTROSA, Fernando. *Escritos varios. La agencia comercial y figuras afines*. Bogotá: Umaña Trujillo

Respecto de este asunto contractual es conveniente determinar las subcontrataciones acaecidas en los ensambles y producciones de bienes y servicios, conocidos como filosofía *JAT*, y que son señalados como "contrato" o método *just in time*; asimismo, es importante disponer la elaboración de la manufactura a través de los *contratos de putting out system* -contratos de maquila- a fin de reducir los costos de producción.

Del mismo modo, es posible confundir la unidad de propósito y dirección con una simple práctica comercial de trasladar a otros sujetos las acciones de fabricar, comprar, administrar o proveer bienes o servicios, lo que se conoce en el mercado como contratos de *outsourcing*; siendo factible igualmente hallar otros métodos de cooperación donde varios empresarios, sin sacrificar su identidad, unen esfuerzos en su propio beneficio para el fomento, desarrollo y concreción de un único proyecto empresarial, es decir los contratos de *joint venture*⁶⁴.

Finalmente, existe otro acuerdo de voluntades que puede confundirse con la dirección común de un grupo

Impresores, ejemplar 879, 1983, p. 755: "[...] El proceso económico muestra las fases de producción, distribución y consumo de bienes y servicios, que, dentro de una economía de mercado se atienden mediante la celebración y ejecución de contratos de cambio y de contratos de asociación o de colaboración. [...]" (cursiva fuera de texto).

⁶⁴ Respecto de las razones internas y externas de cooperación, consultar MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales*, t. 2, 3.^a ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, pp. 285 y 286.

empresarial, en donde un sujeto jurídico con posición dominante en el mercado concede a otro el derecho a usar unos bienes, transmitiéndole los conocimientos técnicos necesarios para su comercialización -*franchising*-⁶⁵.

II. INFLUENCIA DEL DERECHO EMPRESARIAL

A. Aspectos generales

Para abordar este tema es necesario aclarar dos asuntos al interior del Derecho Empresarial: por una parte, aquel relativo a las ventajas existentes a la hora de trazar la temática grupal, y por otra, el planteamiento de los inconvenientes que emergen al momento de entrar una discusión jurídica a su alrededor.

No obstante, es apropiado observar la corriente doctrinal que considera que la visión señalada no es más que una

⁶⁵ Sobre el contrato de franquicia, soy partidario de considerarlo como una técnica a través de la cual se concentran las empresas, consiguiendo ser ajustadas a lo que la doctrina (CHAMPAUD) denomina Agrupaciones con Estructura Contractual; no obstante lo anterior, me distancio de lo que otra parte de la opinión jurídica considera una visión errada en razón a que la franquicia no es un método de colaboración empresarial: "[...] la franquicia comercial no encuadra en el concepto de conjunto económico, [...] la franquicia no constituye un método de integración económica; tampoco hay confusión de patrimonios ni aparece como un solo patrimonio vestido con el ropaje de diferentes personas jurídicas. [...]". Si bien es cierto la franquicia carece de aquel objeto económico, es precisamente a través de estos contratos que es posible ajustar las políticas negociables a las situaciones de control, máxime si se presentan la apariencia fraudulenta o las conductas temerarias (ídem., pp. 109 y 110).

incorrecta técnica de diferenciación de las prácticas, dadas las ventajas que representan los usos de patrones informales⁶⁶.

Ahora bien, y apartándome de tal posición crítica⁶⁷, es necesario analizar la equivalencia entre la funcionalidad y las distanciadas directrices anómalas, lo cual significa que el grupo, al estar vinculado a la oscilación del mercado, y entrar en contacto con los cambios fundados en los principios privatistas, conservaría la autonomía privada, pero cedería por voluntad propia parte de su libertad económica a una corriente general en aras del crecimiento particular.

Así las cosas, la exposición de unos métodos de valoración tanto fisiológicos como patológicos, los cuales entro a compartir, precisarían las ventajas competitivas de actuar en el comercio a través de nuevas figuras jurídicas y pautas que deben desplegarse de manera correctiva en los diferentes regímenes jurídicos,

⁶⁶ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *El Derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, 1.ª ed., Madrid: Ídem Ediciones, 1997, p. 86.

⁶⁷ *Ibíd*, p. 90: “[...] el grupo, es una ‘fisiología’, porque cumple una función del sistema económico moderno merecedora de protección jurídica. Resulta al mismo tiempo una ‘patología’, ya que consiente una transferencia de poder ‘injustificada’ desde el punto de vista de los principios privatistas. [...] la delimitación de los aspectos de fisiología (licitud) o patología (ilicitud), no solo es una vía difícil de practicar, sino que, en realidad, resulta imposible ‘en el plano teórico, por el simple hecho de que la patología, la anomalía del grupo está ínsita en su función económica originaria’ [...]” (cursiva fuera de texto).

en aras del cumplimiento de las prerrogativas existentes en los mercados relacionados con un grupo.

1. Perspectivas de la corriente funcional

El Derecho Mercantil ha sido valorado como un campo fluctuante en la medida que está edificado en la realidad económica y empresarial del Mercado, lo que significa la existencia de unos escenarios comerciales que determinan las pautas a seguir en los centros económicos a los cuales están circunscritas las actividades de los comerciantes o empresarios.

Las prácticas mercantiles de asociación promovidas por los comerciantes, en asocio con la variabilidad de la Economía y en razón de su volatilidad, fueron interpretadas por el Derecho Comercial con algún desconcierto; sin embargo, un punto positivo de la relación entre normas y números fue servir de base para hallar la validez en la construcción del fenómeno económico del grupo.

Al comenzar estas consideraciones se expuso la importancia práctica de promover una corriente científica alrededor de la doctrina económica⁶⁸, y se señaló que el éxito para lograr maximizar las utilidades de los integrantes de un grupo depende del curso en el actuar de los demás sujetos, entendidos como unidad, lo que significa concentrar esfuerzos y compartir los riesgos económicos propios del Mercado, surgiendo de esta manera

⁶⁸ Cfr. nota 1.

un grupo societario como instrumento de unidad económica⁶⁹.

Antes de adentrarme en esta corriente funcional debo aclarar que a pesar de no compartir la posición doctrinal de considerar un agrupamiento societario como un Grupo de Interés Económico (GIE)⁷⁰, considero que efectivamente es importante valorar la apreciación empleada en cuanto al desarrollo presente para estos tipos de creaciones jurídicas.

⁶⁹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 2, Madrid: Centro de Estudios Tributarios, 1977, pp. 193 y ss.

⁷⁰ No participo de tal equiparación por cuanto un GIE es una persona moral y esta condición se encuentra alejada del concepto expuesto de grupo de sociedades; sobre este particular cabe señalar los trabajos de GUYENOT, Jean-Pierre. *Los grupos de interés económico*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, pp. 31 y ss., y GUYENOT, Jean-Pierre y KLEIDERMACHER, Arnoldo. *Los agrupamientos empresarios y de colaboración*, Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1985, pp. 53 y ss. Del mismo modo, se infiere esta equiparación cuando en la explicación de GIE se hace referencia a los *Konzern* descritos de la *AktG* del ordenamiento alemán (cfr. **nota 51**). Cfr. GUYENOT, Jean-Pierre y KLEIDERMACHER, Arnoldo. Ob. cit., pp. 29 y 30.

Pese al paralelo señalado entre el *Konzern* y GIE, cabe recordar la definición que sobre el primero hace FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. Ob. cit., pp. 52 y 53, en donde se observa aquella confusión, en la medida en que al referirse al §18 *AktG* concluye que el GIE carece de personalidad jurídica, pero dicho componente se presenta antes de la matrícula en el Registro Mercantil, momento a partir del cual, interpreta la autora y de manera errada, el *Konzern* adquiriría dicha personalidad. Sobre este particular, cfr. también la descripción del grupo alemán realizada por MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado*, cit., pp. 191 y ss.

Los inconvenientes que emergen de los cambios en la Economía imposibilitan el desarrollo de aquel ente anómalo, siendo la misma realidad económica la que determina la evidencia de la figura en discusión, haciéndose quimérico el hecho de ignorar su presencia⁷¹.

Los grupos societarios, en razón de "la complejidad y la enorme cuantía del potencial económico-financiero"⁷², son instrumentos a través de los cuales las empresas se congregan con un gran número de propósitos para la explotación de sus actividades económicas. Sin embargo, estos sujetos comparten un objetivo común a todas sus intenciones, abriéndose de esta manera el campo para que cada uno de los integrantes del grupo solicite o persiga el acrecentamiento de sus utilidades.

En un inicio se discutió la trascendencia que involucra el hecho de pertenecer a un grupo o hacer parte de un juego⁷³, en la medida en que el éxito de la utilidad final de los miembros que lo integran dependerá del curso de su

⁷¹ GUYENOT, Jean-Pierre. Ob. cit., pp. 13 y 14: "[...] Los problemas económicos, jurídicos, técnicos, fiscales, incluso humanos y psicológicos que nacen de los cambios, a veces hacen perder de vista los resultados, hasta el momento en que, suficientemente demostrativos, se convierten en realidad. *Por conjunción de los fenómenos económicos que empujan a los grupos de empresas hacia un fin de eficiencia y de un fenómeno político que engendra una economía de rápida e irreversible vía de unificación, un hecho se impone: el Derecho proporcionaba los instrumentos jurídicos que las necesidades económicas exigían de manera ineludible [...]*" (cursiva fuera de texto).

⁷² BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., p. 561.

⁷³ **Cfr. nota 1.**

actuar. Ahora bien, para elegir como razón económica el incremento de los rendimientos, podría pensarse en la racionalización de la producción en masa de los servicios y de los productos industriales⁷⁴, entendida como el empleo de los medios aportados por la ciencia y la tecnología para producir más y mejor a un menor costo.

Otro de los medios para hallar la cooperación empresarial, aparte de la actuación investigadora y el aseguramiento del mercado para los productos, es velar por justificar las acciones de producción⁷⁵ (*economies of scale*)⁷⁶.

Sobre el particular, se destaca que la maximización empresarial indica el deseo expansionista de las economías (globalización económica) o el proceso de unificación de los mercados, las sociedades y las culturas en lo relativo a los asuntos nacionales, internacionales, públicos o privados, terminando por ser común a cada uno de los sectores el hecho de conseguir el mejor resultado diversificando el riesgo en la explotación u obtención de la actuación⁷⁷.

⁷⁴ URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, 28.^a ed., Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, pp. 561, 603 y 604.

⁷⁵ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, Bogotá: Temis, 1987, p. 310.

⁷⁶ KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., p. 578.

⁷⁷ BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., p. 561. Esta diferencia en la asunción del compromiso es palpable en cada uno de los integrantes del grupo, constituyendo una visión funcional el deseo de diversificar el tipo de responsabilidad en las actuaciones, y el fin de obtener una mayor seguridad en el desarrollo de la actividad.

Con el ánimo de explicar la corriente funcional de los grupos haré precisión sobre los propósitos de maximizar los beneficios y redistribuir los riesgos, en la medida en que son producto del esfuerzo al interior de un grupo, o del rendimiento perteneciente al actuar de cada uno de los integrantes en razón del equilibrio de la teoría de los juegos.

En cuanto al desarrollo de los beneficios competitivos del grupo, debe percibirse que en todo momento existirá la independencia legal por parte de los integrantes del juego societario⁷⁸, bajo la concepción de considerar que ésta puede estar acompañada de una agrupación⁷⁹.

No obstante, es acertado observar el significado de la autonomía privada estimando el hecho de la pérdida de la libertad económica de cada uno de los integrantes en beneficio del grupo, ya que la soberanía mercantil, perceptible por voluntad propia, es transferida al grupo al que pertenece el ente jurídico⁸⁰.

⁷⁸ Lo que para un sector resulta ser independencia jurídica o autonomía privada (URÍA, Rodrigo. Ob. cit., pp. 603 y ss., y BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., p. 562) para otro se reduce a ser un simple ejercicio propio y de distinta empresa (GALGANO, Francesco. *Grupo de sociedades*, cit., p. 26).

⁷⁹ GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit., p. 310: “[...] habrá que entender que la expresión uniones de empresas se refiere a aquellos supuestos en que se establecen determinados vínculos entre varias empresas, pero siempre que sus respectivos titulares mantengan una personalidad jurídica propia. [...]” (cursiva fuera de texto).

⁸⁰ Con respecto a la renuncia de la libertad económica consultar URÍA, Rodrigo. Ob. cit., pp. 603 y ss.

Ahora bien, en razón de esta transmisión es factible centralizar el poder al interior del grupo en aras del crecimiento empresarial a través de un propósito, cual es el de reducir los costes o aumentar la cobertura de productos bajo la unidad controlada, ya que se desarrollará en una sola dirección.

Así las cosas, el crecimiento en la cobertura de productos, la reducción de costes, la conservación de la autonomía privada y el incremento de los beneficios, implica igualmente un aumento en la comprensión de la noción del Derecho Societario ya que a través del grupo se demarca la estancada concepción de la sociedad isla presente en el ámbito mercantil⁸¹.

⁸¹ Dentro de la corriente fisiológica, al estimar la presencia del grupo es claro entender que cada uno de los integrantes conserva la autonomía jurídica, siendo ciertas las ventajas de la constitución, ya que la negociación de participaciones o su coordinación a través de contratos puede ser un escenario acorde para exponer los efectos del control y los de la dirección unitaria. Contrario a estas ventajas, en la coordinación de las participaciones a través de los contratos se halla el contrato de fusión o el de escisión, en razón a que en ellos se debe iniciar un trámite jurídico societario para buscar reconocer sus efectos. Respecto de las ventajas, consultar la obra de KÜBLER, con la observación de considerar que otra de las prerrogativas en la constitución del grupo es que la fusión solo se aplica para las sociedades de capital, mientras que se observa una contradicción al considerar que "la fusión se regula con carácter general para todas las formas jurídicas, haciendo la descripción de las mismas": KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., pp. 559 y 579.

2. Una rezagada directriz de anomalías jurídicas

Es el momento oportuno para entrabarme en una disquisición jurídica en torno a los detrimentos que pueden existir al hacer parte de un grupo empresarial, partiendo de la explicación de la visión del fenómeno como una unidad al interior de la oscilación de una economía, y permitiendo las correcciones constantes que significa su perfeccionamiento.

Al inicio de este acápite señalé mi separación conceptual de aquella corriente doctrinal que supone no acertada la posición bidireccional en materia de grupos⁸², y me aparto de esta concepción⁸³ toda vez que desatender tal perspectiva sería tanto como creer que la empresa no está articulada con la sociedad, convirtiéndose de esta manera en un llano propósito o en una simple cuestión⁸⁴.

⁸² MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Madrid: Real Colegio de España, 1995, pp. 146 y ss.

⁸³ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *El Derecho nuevo de los grupos de empresas*, cit., p. 86: “[...] el binomio “fisiología”/“patología”, como método para distinguir la prácticas lícitas de aquéllas (*sic*) ilícitas actuadas por los grupos, una dicotomía que no solo resulta equívoca sino que aparece como falsa, dada la utilidad de la anomalía en el sistema jurídico contemporáneo. [...]”.

⁸⁴ Sobre tal aspecto cfr. GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit., pp. 13 y ss., y POLO, Antonio. “Empresa y Sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (Relaciones e interferencias entre ambos conceptos)”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, t. I, Madrid: Tecnos, 1971, pp. 311 y ss. Asimismo, considero necesario ver lo indicado sobre la sujeción entre empresa y sociedad por parte de la doctrina italiana, para quienes existe el vínculo puesto que a

Pretender, entonces, excluir de la naturaleza propia del grupo un componente oscilante como es el de la Economía, da pie a que, a través de la visión competitiva y correctiva, se logre deshacer un asunto del Derecho Mercantil.

El Derecho Societario es un medio para edificar parte de la estructura jurídica del grupo, advirtiéndose que la sociedad es un mecanismo adecuado para soportar los inconvenientes en torno del fenómeno económico, pero sin reparar en asuntos como los de la personalidad jurídica, la complejidad estructural, o los principios societarios.

2.1. En torno a la personalidad jurídica de los grupos societarios

Ha de valorarse al grupo como una forma empresarial⁸⁵ provista de una dirección unificada bajo un control

través de la sociedad se desarrollan las actividades empresariales. Al respecto cfr. ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil (Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa)*, Barcelona: Real Colegio de España en Bolonia y Casa Editorial Bosch, 1964, p. 224: "[...] la sociedad sólo puede ser entendida bajo el aspecto de la *cotitularidad* de la empresa calificada en el art. 2.247 [...], *está necesariamente coordinada con una actividad* [...]. Con esto en substancia se quiere indicar que la *sociedad constituye una estructura para el ejercicio de la actividad autónoma* [...]" (cursiva fuera de texto).

⁸⁵ Con relación a la forma empresarial, es deber aclarar que se trata de un grupo, pues se halla frente a una integración conformada por personas morales, naturales o incluso asociaciones de sujetos como las fundaciones, corporaciones o las sociedades colectivas (sobre el particular **cfr. notas 35, 36, 37 y 44**).

directo o indirecto que refleja cierta voluntad, en el entendido de unificar la estrategia económica pero sin que ésta sea concebida como un *animus* o una *affectio societatis* perteneciente a los entes jurídicos societarios, en la medida en que la intención o el ánimo en los grupos hace alusión al deseo de maximizar las utilidades de sus integrantes siguiendo el derrotero de unificar la estrategia económica, convirtiendo aquel aspecto del interés particular en una perspectiva de interés general, protegiendo de esta manera la Economía y la empresa privada.

Por otra parte, se debe establecer en torno a la persona jurídica el fundamento de derecho del "centro unitario de imputación de derechos y deberes"⁸⁶, o bien, determinarse el instrumento técnico del Derecho Positivo⁸⁷; sin embargo, para lograr tal propósito es desgastante

⁸⁶ Con respecto al diseño jurídico de la personalidad, acudiré al empleado dentro del "contrato de arrendamiento de un inmueble", en la medida que en él se considera que la persona moral societaria es independiente de los miembros que la conforman y por tanto de sus derechos; sobre el particular cfr. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 7.^a ed., Roberto J. Vernengo (trad.), México: Editorial Porrúa, 1993, p. 184: "[...] Justamente porque esas obligaciones y derechos de alguna manera, por cierto, afectan los intereses de los hombres que constituyen el grupo, pero no son, según sostiene la teoría tradicional, obligaciones o derechos de ellos, se les interpreta como de la asociación, y esta es concebida como una persona. [...] Si ese derecho fuera lesionado, es la asociación, pero ningún miembro aislado, el que debe iniciar la acción ante el tribunal correspondiente; [...]" (cursiva fuera de texto).

⁸⁷ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Principio de Derecho Mercantil*, 11.^a ed., Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, pp. 163, 164 y 165.

describir las distintas formas de clasificación que se han presentado a lo largo de la historia del Derecho Societario⁸⁸.

Es por esta razón que me detendré de manera generalizada en las teorías de la personalidad jurídica, precisando por cuál de ellas me inclino; todo esto en aras de especificar la operatividad de la ruptura del hermetismo de la persona moral cuando integra un grupo empresarial,

⁸⁸ Considero que frente a la abundante regularización existente, iniciando por aquella expuesta sobre las personas jurídicas de derecho público y privado (VON TUHR, Andreas. *Las personas naturales y jurídicas*, Bogotá: Editorial Leyer, 2006, pp. 107 y ss.), debe centrarse el tema alrededor de los grupos societarios, aconsejando acudir a la descripciones de autores como: CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid: Tecnos, 1984, pp. 39 a 61; DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*, 2.^a ed., reimp., Madrid: Civitas, 1991, pp. 261 a 266; DE TORRES PEREA, José Manuel. *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 27 a 37; MANÓVIL, Rafael Mariano. "Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria: el artículo 54.III de la Ley de Sociedades argentina", en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Capítulo XVI, Madrid: McGraw-Hill, 2002, pp. 364 a 365; HUERTA TROLEZ, Pedro María. "Las tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el levantamiento del velo societario", *Revista Jurídica General*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid n.º 22, 3.^a época, septiembre de 2002., pp. 31 a 35; BUENO SALINAS, Santiago. *La Noción de Persona Jurídica en el Derecho Canónico*, Tesis, Barcelona: Universidad de Barcelona, 1983, pp. 285 a 295; LECHMANN, Heinrich. Parte General, vol. I. José María Navas (trad.), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 629 a 632; junto con las explicaciones entregadas por FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*, Eduardo Ovejero y Maury (trad.), Madrid: Editorial Reus, 1929, pp. 125 a 360.

logrando de esta manera encuadrarnos dentro de la relativización de la personalidad jurídica⁸⁹.

Cuando se recurre a los últimos registros de las teorías doctrinales expuestos por CAPILLA RONCERO⁹⁰, se coincide en dar un valor agregado a la concepción normativista

⁸⁹ En primer lugar se hallan las teorías expuestas por LECHMANN: 1. La Teoría de la ficción (SAVIGNY, PUCHTA, WINDSCHEID); 2. La Teoría del destinatario (JHERING, HÖLDER, BINDER); 3. La Teoría del patrimonio de destino (BRINZ, SCHWARZ), y 4. La Teoría de la personalidad real (GIERKE, BESELER): LECHMANN, Heinrich. Ob. cit., pp. 629 a 632.

En segundo término se encuentran las hipótesis determinadas por DE CASTRO Y BRAVO: 1. Las teorías sobre la realidad de la persona jurídica; 1.1. Teorías de la ficción (SAVIGNY); 1.2. Teorías de la personalidad real (GROCIO, PUFENDORF, GIERKE); 1.3. Teorías de la entequeia jurídica (FERRARA, MICHAUD, JELLINECK, KELSEN, ASCARELLI); 1.4. Teorías negativas (VAREILLES-SOMMIÈRES, LUCHAIRE); 2. Las teorías sobre la esencia de la persona jurídica; 2.1. *Desde el punto de vista de la persona jurídica como sujeto de derecho*; 2.1.a. Como voluntad; 2.1.a.1. Como voluntad independiente (ZITELMANN); 2.1.a.2. Como voluntad colectiva (DURKHEIM); 2.1.b. Como interés protegido, el de los beneficiarios de la organización (JHERING); 2.2. *Desde el punto de vista del substrato humano*; 2.2.a. Los socios (David); 2.2.b. las personas que administran, los directivos (HÖLDER, BINDER); 2.3. *Desde el punto de vista de la estructura*; 2.3.a. La misma organización (ENNECCERUS, NIPPERDEY, LEHMANN, GANGI); 2.3.b. El estatuto social (ARANGIO-RUIZ); 2.4. *Desde el punto de vista de los bienes se considera*: 2.4.a. Una propiedad colectiva (PLANIOL), y 2.4.b. Un patrimonio sin sujeto (BRINZ, SCHWARZ, ROHDE). Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., pp. 261 a 266.

Para, finalmente, apreciar los postulados declarados por CAPILLA RONCERO condensadas como: 1. Las teorías sobre la esencia de la

aventurada por KELSEN⁹¹, así como al modelo de DE CASTRO Y BRAVO relativo a las teorías sobre la realidad, existencia y esencia de la persona jurídica, partiendo de la teoría de la creación legal o de la ficción jurídica, vuelta a plantear por KELSEN así como por su sucesor ASCARELLI⁹².

persona jurídica; 1.1. Teoría de la ficción (SAVIGNY, PUCHTA); 1.2. Teoría orgánica (BESELER, GIERKE); 2. Las teorías sobre la función de la personalidad jurídica; 2.1. La concepción formalista (FERRARA, CARNELUTTI, COVEILLO); 2.2. La concepción normativa (KELSEN), y 2.3. La concepción institucional (HAURIOU, SANTI ROMANO). CAPILLA RONCERO, Francisco. Ob. cit., pp. 39 a 61.

⁹⁰ **Cfr. nota 89, tercer párrafo.**

⁹¹ Con respecto a la teoría normativista, el sujeto de derecho debe percibirse como el ente de una obligación jurídica, diferenciando la persona obligada de la que tiene el poder jurídico de reclamar mediante una acción; por tanto, en cuanto a la aplicación normativa, se le atribuye dicha facultad a la comunidad jurídica, mientras que el sujeto de poder jurídico coincide con el de un órgano de derecho, no siendo claro el término lingüístico del sujeto de derecho, lo que llevaría a plantear lo prescrito dentro de la dogmática analítica. Sobre el particular cfr. KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 178 y 179.

⁹² ASCARELLI, Tullio. "Personalità giuridica e problemi delle società", *Rivista della società*, t. I, Milano, 1957, pp. 981 y ss.

Si un grupo societario carece de personalidad jurídica⁹³ significa que los constituyentes no detentan las calidades de socios o accionistas y, por lo tanto, la intención que los impulsó a participar en la conformación de tal fenómeno económico no fue otra que la de unificar las estrategias económicas en bien de cada uno de los integrantes, pero en beneficio del mismo grupo.

De la misma forma como se expuso lo relativo a las habilidades mercantiles de la dirección unificada, el elemento hace alusión a un escenario neutro respecto de los actos o contratos que le dieron origen, y en cuanto a sus integrantes, respecto de la independencia económica de los grupos. Carecería de sentido, entonces, dotar de personalidad jurídica a una anomalía económica (como un grupo), ya que se estaría reglamentando un negocio jurídico que de antaño ha estado asociado a la oscilación del mercado bajo una concepción empresarial, y que facilita el orden económico-negociable, recordando la finalidad correctiva de la cual está provista la visión patológica del ente económico.

⁹³ Sin sacarlo de contexto, y a manera de crítica, sobre el asunto de invertir con el hermetismo de la personalidad jurídica a los grupos se terminará por dotar de ésta a la misma "empresa"; al respecto consultar los argumentos en BYDLINSKI, F. *Handelsoder Unternehmensprivatrecht als Sonderprivatrecht. Ein Modellbeispiel für die systematische und methodologische Grundlagendiskussion*, Berlin, 1990, y SCHIMDT, K. *Handelsrecht*, 3.^a ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1987, pp. 57 y ss., citados en EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, cit., p. 2, n. 2.

Emplear el instrumento técnico de la personalidad frente a una agrupación de personas⁹⁴ significa ofrecer a unos sujetos la capacidad para diferenciar las situaciones realizadas, de aquellas otras cuestiones económicas que han sido determinadas por el mercado. No obstante, la trascendencia de la personalidad moral varía dependiendo de los sistemas jurídicos y de la asociación que se pretenda establecer, pero lo que en últimas determina la existencia de tal personalidad se reduce al hecho de lograr contraer las obligaciones y adquirir sus derechos.

Acorde con lo propuesto, cabe indicar que sentaré las bases de lo que representa el abuso de la personalidad jurídica (teoría del levantamiento del velo) cuando se llega a hacer parte de un grupo empresarial y para lograr este objetivo diseñaré una posición introduciéndome en la existencia de la personalidad sin trazar una única postura sobre su naturaleza jurídica, considerando de esta manera los aspectos más acordes de la relativización con el fin de impulsar un debate jurídico al respecto.

En principio podría inclinarme por la teoría normativista de KELSEN y ASCARELLI⁹⁵, pero la idea de que la persona física y jurídica resultan ser construcciones auxiliares de la ciencia jurídica, o normas jurídicas donde por lo menos los derechos y deberes de la persona moral son los de cada uno de los individuos, es una construcción jurídica que claramente se ve resquebrajada. El agrietamiento, entonces, se observa al entender que la

⁹⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. Ob. cit., pp. 163, 164 y 165.

⁹⁵ ASCARELLI, Tullio. Ob. cit.

persona física no es el hombre en sentido biológico, sino la fusión de las normas que encierran el comportamiento del individuo, fijando de esta forma la incongruencia en la elaboración de la teoría kelseniana al pretender introducir en el mundo normativo el elemento iusnaturalista del comportamiento del individuo.

Con todo, resta determinar cuál de las teorías señaladas se entrará a seleccionar⁹⁶, reconociendo que todas y cada una de ellas han supuesto aportes jurídicos relevantes; es por esto que el actuar correcto sería lograr conjugar las diferentes posturas que explican la realidad que supone la persona jurídica.

Así las cosas, cabe determinar que la persona moral, aunque si bien participa, no es ni una realidad jurídica ni una natural, es decir, no se trata de una teoría como la de la ficción ni como la orgánica, pues lo que comporta en la realidad, y en mi consideración, es un simple y llano término o un vocablo jurídico.

Por otra parte, pero en este mismo orden de ideas, la concepción de la persona jurídica como expresión tiene sus orígenes en los aportes de ASCARELLI; sin embargo, fue a partir de tales contribuciones que se desarrolló toda una doctrina filosófico-analítica⁹⁷, considerando,

⁹⁶ **Cfr. nota 89.**

⁹⁷ Entre los mayores exponentes de esta doctrina se encuentran los profesores SCARPELLI, HART y D'ALESSANDRO; no obstante, este detalle se encuentra esbozado en mejor medida en la obra de BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, 4.^a ed., Navarra, España: Thomson Aranzadi, 2006,

como ya se expresó, que la persona moral no es otro asunto que un mero *nomen* o un símbolo lingüístico.

En mi consideración, cabe tener presente que el conflicto que se presentó con las distintas concepciones doctrinales⁹⁸ partió del hecho de pretender conservar una visión unitaria de la persona jurídica, quebrándose su definición en el método jurídico empleado para aclarar el concepto de cada una de las teorías, o en las relaciones entre persona moral y natural⁹⁹.

Una de las críticas a las teorías que cabe traer a colación a la hora de precisar el concepto de la personalidad (HART), es la de plantear su explicación partiendo de un cuestionamiento, determinando de esta forma el resultado de lo que es la persona moral¹⁰⁰.

Como consecuencia del orden de imperfección existente, hallar una noción apropiada de la persona moral es una tarea que resulta inexacta frente a su descripción, ya que al procurar encontrar una definición en el mundo real

pp. 54 a 64.

⁹⁸ **Cfr. nota 89.**

⁹⁹ Sobre el particular, consultar la concepción realizada, entre otros, por D'ALESSANDRO, F. *Personae Giuridiche e analisi del Linguaggio, Studi in memorie di Tulio Ascarelli*, vol. I, Milano, 1969, p. 250; HART, H. L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence*. Oxford, 1953. Passim; y SCARPELLI, U. "Contributo alla Semantica del Linguaggio Normativo", en *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, t. 5, parte II, n.º 2, Torino, 1959, pp. 124 y ss., citados en BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 54, n. 63.

¹⁰⁰ HART, H. L. A. *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, 1953, citado en BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 55.

(teoría de la realidad) se llegará a estar bajo un escenario económico en donde existirían entes que, con la descripción del término, no se ajustarían a la personalidad jurídica.

Sobre este orden errado, cabe traer a colación el análisis que la doctrina alemana hizo respecto de la esencia de las sociedades de un solo socio, así como del elemento esencial de la pluralidad de la persona jurídica¹⁰¹⁻¹⁰².

¹⁰¹ Cuando se trata de sociedades de un solo socio, no se describe el contrato de sociedad ni se determina la concepción de agrupar unas personas encaminadas a la obtención un fin común, en la medida en que existe una contradicción, *contradictio in terminis*. La misma discrepancia se presentaría si se pretendiera especificar el papel de los socios ocultos a través de la simulación para legalizar el fraude en la constitución o en el abuso de las personas morales; al respecto cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 38: “[...] En muchos casos, escapando a la justicia penal. El reconocimiento legal de la empresa individual de responsabilidad limitada, se parece mucho a una declaración de impunidad del alzamiento de bienes y de la quiebra fraudulenta [...]”.

¹⁰² Sin querer ahondar en el asunto de las sociedades unipersonales, es deber hablar no de aquellos entes jurídicos sino de las empresas unipersonales con personalidad jurídica, en donde no se requiere pluralidad de voluntades ya que tal exigencia se halla en la intención del propio empresario. Sobre el particular cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., pp. 37 y ss.; VICENT CHILIÁ, Francisco. Ob. cit., pp. 597 a 603; URÍA, Rodrigo. Ob. cit., pp. 575 a 580; KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., pp. 503 a 512. BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., pp. 580 a 583; de igual forma, merece examinarse a ALONSO UREBA, Alberto. “La sociedad unipersonal”, en AA.VV. *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, 1987, y GRISOLI, Angelo. *Las sociedades de un solo socio*, González Iborra (trad.),

En cuanto al orden de imperfección indicado y apartándome de la teoría de la realidad, de la visión quimérica de la ficción y de la tesis formalista, de manera indiscutible acudiré a nuevas figuras para poder exponer el concepto. No obstante, considero acertado no iniciar un debate de lo que se ajusta a la definición y el significado de la persona, sino, por el contrario, precisar cuáles son las pautas aplicables para lograr hacer uso de aquel término jurídico.

Las reglas de uso se hallan determinadas mediante métodos que son aplicados de manera errada, en la medida que se procura explicar la naturaleza de la figura acudiendo a las teorías de la personalidad y a criterios legislativos que remiten a juicios doctrinales, los cuales, a su vez, conducen hacia las teorías ya anotadas, convirtiéndose dicha actividad en un círculo vicioso.

Como consecuencia de estas de consideraciones, se propone determinar la noción de la personalidad moral contemplándola como una locución que tiene la capacidad de simplificar tanto el discurso como el razonamiento jurídico, convirtiéndola a su vez en una ventaja de economía intelectual¹⁰³.

Redefinir de esta manera la noción de la personalidad moral es una tarea que resulta siendo aplicada con el fin de no transformarla en un criterio doctrinal-legislativo,

Madrid, 1976, citados en BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 273 y 274.

¹⁰³ GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial. Las sociedades*, vol. II, Bogotá: Editorial Temis, 1999, pp. 63 a 75.

y que al final terminará abusando de su concepción, al ser contemplada como un término complejo pero a su vez natural tanto en el discurso normativo como en la percepción doctrinal¹⁰⁴.

Otro de los conflictos de la persona moral que cabe por lo menos señalar es el relativo a la diferencia con el sujeto natural, pues si se percibe a la primera (persona jurídica) como una especie del género persona, es lógico pensar que lo aplicable a la segunda (persona física) se configura también en la otra especie de la persona, hallándose cuestionamientos como si el derecho a la libertad de empresa, a la libertad económica del género persona o el propio derecho al honor, estuvieran presentes también en la especie de la persona jurídica¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Aquella consideración no da lugar a una interpretación errada ya que sería como declarar que un elemento abstracto e intangible de sentido común se transforma en un régimen normativo especial, concreto y perceptible. Así las cosas, el hecho de transformar un elemento abstracto en algo concreto se conoce como la reificación de un asunto (*verdinglichung*) o la noción griega en la que algo concreto se deriva de una concepción genérica (hipostatización); sobre el particular consultar GALGANO, Francesco. *Delle Persone Giuridiche*, en comentario del Cod. Civ., SCIALOJA y BRANCA (coords.), pp. 3 y ss., citado en Ídem, p. 66, n. 33.

¹⁰⁵ En lo que respecta a la libertad de empresa en el ordenamiento constitucional español y colombiano cfr. CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008., pp. 71 a 82; en igual medida, sobre la libertad de acceso al mercado, la libertad de instalación, la fijación de horarios, el mantenerse o retirarse del mercado, pp. 437 a 456; sobre la libertad de ejercicio y la libertad de dirección, pp. 495 a 516, y sobre la libre competencia, pp. 565 a

Sin embargo, no se trata de una relación de género-especie, pues la única noción que se encuentra provista de un verdadero significado es la de la persona natural, por cuanto solo ella logra encarnar al individuo y, a su vez, inhibirse de relacionarlo normativamente.

La persona jurídica es un sujeto de derecho, fruto de la constatación doctrinal que la disciplina positiva proporciona a la existencia de situaciones similares a aquellas que se verifican por el surgimiento de un sujeto de derecho, siendo de esta manera la subjetividad única y exclusivamente de los seres humanos¹⁰⁶.

De esta manera, la persona moral no es más que un símbolo incompleto¹⁰⁷, un *nomen iuris* legislativo que necesita de una explicación para poder determinar el sentido y alcance del mismo¹⁰⁸; así las cosas, la persona jurídica,

600.

¹⁰⁶ En la verificación doctrinal se hallan autores como GALGANO, D'ALESSANDRO y CAPILLA RONCERO, de los cuales se logra deducir la apreciación subjetiva del ser humano, mas no de la persona moral. Cfr. GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial. Las sociedades*, cit., p. 52.

¹⁰⁷ La locución "símbolo incompleto" es utilizada por D'ALESSANDRO para designar a la persona jurídica, ya que está desprovista de una definición explícita de la cual se concluya que un nombre designa a un objeto; el nombre persona jurídica es solo un sujeto gramatical y no un sujeto lógico de la norma, pues este último solo puede ser el hombre. D'ALESSANDRO, F. Ob. cit., pp. 285 y 286: "*Las normas relativas a la persona jurídica sirven exclusivamente para hacer referencia a un grupo de otras normas, relativas estas últimas sólo a la persona física*" (cursiva fuera de texto).

¹⁰⁸ CAPILLA RONCERO, Francisco. Ob. cit., pp. 75 y 76.

en mi consideración, es un término lingüístico creado por la técnica jurídica para dar cabida y capacidad en el mundo del Derecho a las uniones de personas con un fin específico.

2.2. Con relación a la estructura de las agrupaciones empresariales

Una vez desarrollada la directriz de la personalidad como criterio patológico del grupo, es prudente detenerse en otras pautas anormales como las existentes en las raíces de los ordenamientos en razón de la forma en la que se percibe la figura del grupo.

Sobre este aspecto en particular cabe recordar la diversidad de figuras que se entretajan alrededor del asunto de la percepción, aludiendo a los grupos industriales y financieros¹⁰⁹, así como a los públicos¹¹⁰ y privados, o los considerados pequeños, medianos y grandes¹¹¹; asimismo, se halla la clasificación basada en la formación del fenómeno económico como, por ejemplo, los grupos contractuales, personales o los citados

¹⁰⁹ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., pp. 99-101.

¹¹⁰ Pese a no compartir muchos de los argumentos esbozados alrededor del significado y alcance de los grupos en el ámbito mercantil, y dejando para otra oportunidad la disquisición jurídica que pudiera existir, no es motivo para desconocer la importancia que representa la figura del grupo para otra materia ajena al Derecho Comercial, cual es la del Derecho Público, cfr. FUENTES, Mercedes. *Grupos públicos de sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 72 y ss.

¹¹¹ LEMME, Giuliano. *Il Governo del Gruppo*, Pádova: Editorial Casa Editrice Dott. Antonio Milani -CEDAM-, 1997, pp. 24 y ss.

financieros¹¹², y acorde con su constitución se encuentran también los de derecho y de hecho¹¹³ e incluso los piramidales (cascada) y los radiales¹¹⁴, o los verticales y horizontales¹¹⁵.

Continuando con la descripción patológica de la reglamentación de los grupos, además de la multiplicidad de tipos que se entremezclan, la concepción de aquellos

¹¹² URÍA, Rodrigo. Ob. cit., pp. 604 y 605. Con respecto a los grupos contractuales debe anotarse lo señalado en relación con los contratos de dominación *-beherrschungsvertrag-* establecidos en el §291 numeral 2 AktG y citado en la **nota 3**, en concordancia con lo dispuesto en los grupos y las empresas de grupo *-Konzern und Konzernunternehmen-* dispuestas en el §18 numeral 1 AktG, referido en la **nota 49**, por cuanto no se concibe la existencia de un fenómeno sin la presencia de la dependencia, a pesar de existir el contrato de dirección única o de unidad de propósito y dirección. Considero conveniente sentar una posición respecto de los grupos contractuales por cuanto, y en razón de lo expuesto en la **nota 14** sobre la dirección como asunto de un control, no comparto el enfoque de que a pesar de suscribir un negocio jurídico en el que se definen con un solo propósito y en una misma dirección las políticas económicas a emplear por parte de las empresas, no se entra a concebir que con la figura de los contratos de dominación (§291 numeral 2 AktG) existe también el de las empresas de grupo (§18 numeral 1 AktG), resultando el Grupo Societario.

¹¹³ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., pp. 94-95. De igual forma, sobre los *grupos de hecho y contractuales*, cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CLAVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Ob. cit., p. 241.

¹¹⁴ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. "Los métodos de grupos de sociedades", ponencia en el VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1966, pp. 385 y ss. en Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque, Valladolid, Universidad de Valladolid. 1998. Sobre el particular, resulta prudente observar la descripción y citas de

entes varía dependiendo de la posición jurídica con la cual se pretenda abordar su estudio, o conforme a las formas de entrever el Derecho, así como a la manera de fijar la interpretación de los entes que hacen parte de él.

Variadas son las formas de abordar los grupos, bien sea desde una órbita concursal, penal, fiscal, ambiental¹¹⁶ e incluso, desde el ámbito laboral¹¹⁷; sin embargo, en todos y cada uno de los métodos empleados para percibir aquellas grupos societarios, se han de llevar aparejadas las concepciones económicas que le resultan propias al Derecho Mercantil.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CLAVO CARAVACA, Alfonso-Luis. Ob. cit., p. 242, n. 160.

¹¹⁵ Para finalizar este asunto de los modelos, hago referencia a la ordenación clásica de los grupos jerárquicos o de subordinación y a los destacados económicamente, agrupamientos paritarios o de coordinación, respectivamente. MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado*, cit., pp. 86 y 87.

¹¹⁶ Con respecto a los diversos factores jurídicos cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo. "Aproximación a la regulación de los grupos empresariales en los ámbitos fiscal, penal y ambiental", *REVISTA E-Mercatoria*; Bogotá, Universidad Externado de Colombia, vol. 7, n.º 1, 2008. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>]. consultada el 27 de agosto de 2013.

¹¹⁷ Sobre el ámbito jurídico laboral, centraré su estudio haciendo referencia a los textos de MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Granada: Editorial Comares, 2000; así como el de CASAS BAAMONDE, María Emilia y DEL REY GUANTER, Salvador. "Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, *Recensión. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 51, Madrid, 2002.

Ahora bien, sin el ánimo de ampliar aquellas citas descriptivas, me permitiré hacer una corta exposición con el fin de analizar el tratamiento utilizado para paliar los problemas suscitados en torno a la normativización de los entes empresariales¹¹⁸.

La regulación de los grupos debe valorarse partiendo, en su conformación¹¹⁹, de un análisis de los supuestos de hecho, para continuar con las consecuencias jurídicas, entendiendo la presunción como una circunstancia fáctica (*sachvewrhalt*) y normativa (*tatbestand*) que se halla al interior de estos entes. Tal suposición de hecho admite prueba en contrario de los elementos específicos del grupo¹²⁰, en primer lugar, jerárquico o vertical, sin desconocer la posición que sobre el particular conservo

¹¹⁸ Un asunto ajeno al ámbito mercantil, pero concerniente a la anomalía de la indebida regulación, es el relativo a la elusión constitucional existente en los decretos reglamentarios que modifican las leyes preexistentes; sobre el particular consultar el controvertido Dec. 1749/11 del ordenamiento colombiano y la obra de QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, 2ª ed., Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

¹¹⁹ El deseo por parte de la doctrina (EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 7 y ss.) ha sido concentrarse en los grupos jerárquicos o en el concepto estricto del fenómeno económico, sin embargo, en estas líneas uno de los objetivos es exponer la factibilidad de hacer posible la extensión de las circunstancias del control y de la dirección unitaria a las otras clases de integraciones paritarias, por coordinación u horizontales (cfr. **notas 14, 55 y 56**).

¹²⁰ EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 5 y ss.

del control en razón de la dirección y alrededor del elemento de la dirección unitaria.

Sobre el aspecto de difundir la existencia de los grupos empresariales, cabe recordar lo expuesto por el profesor BROSETA PONT cuando, al señalar la doctrina de SÁNCHEZ CALERO y PAZ-ARES, determina que a pesar de carecer de personalidad jurídica, es necesario dar a conocer la existencia a los sujetos jurídicos interesados en su percepción.

Así las cosas, el propósito publicitario hace que se considere que las cuentas consolidadas o los estados financieros consolidados permiten dar a conocer la existencia de los agrupamientos.

Ahora bien, cuando se señala la injerencia del Derecho Societario se está haciendo alusión, en cierta forma, al asunto de la responsabilidad respecto de los terceros ajenos al grupo, así como de los integrantes del mismo; es decir que se indica la obligación con los asociados minoritarios de la matriz y con los de las subordinadas, así como con la Hacienda Pública¹²¹, los acreedores de las

¹²¹ Con respecto a la tributación de los grupos de sociedades, en mi consideración es deber aclarar que a pesar de que este fenómeno está condicionado al consenso de sus integrantes, y al no existir una concepción acertada y reglamentada, bien podría subsistir una mayor probabilidad de sustraer económicamente de la Nación un pago, ya que mantiene la obligación de tributar a los participantes del grupo. Se trata, entonces, de un incentivo que permite configurar una evasión fiscal al consentir, en aras de la flexibilización societaria, que aquel ente sea obligado a dicha carga, como acontece en el ordenamiento español -Ley de Impuesto de Sociedades (antes Ley 43 de

sociedades subordinadas y con los trabajadores de los miembros del agrupamiento¹²².

Por otra parte, la manera como está organizado internamente el grupo, así como su reglamentación, se halla relacionada con la distribución de los órganos que integran la personalidad jurídica en el entorno societario, encontrándose figuras jurídicas tales como los poderes dentro de las secciones de las sociedades comerciales, bien sea los de representación, administración, fiscalización o los de dirección¹²³.

1995 artículos 78 a 96)-, encontrando cada sociedad integrante del fenómeno una vía para sustraerse a la responsabilidad fiscal mientras exista una ineficaz sistematización, lo que llevaría a compartir la misma carga, prescindiendo de tal exigencia bajo el entendido de la responsabilidad solidaria por las deudas tributarias. Apartándose de la observación anotada, cabe hacer mención de la obra de FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, 1.ª ed., Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2007, p. 71., y SANÍN BERNAL, Ignacio y SANÍN GÓMEZ, Juan Esteban. "La consolidación fiscal en los grupos empresariales como alternativa de tributación en Colombia", *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, n.º 62, 2010, pp. 69 a 114.

¹²² BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., pp. 565 a 567.

¹²³ En el sistema colombiano la factibilidad de hallar el posicionamiento de las funciones gestoras de las sociedades se realiza a través de las actuaciones de los órganos de dirección, administración, representación e, incluso, de fiscalización; al respecto cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. "Le Pouvoir dans les Sociétés. Questionnaire Relatif au Thème", I. *L'acquisition du pouvoir dans les sociétés*. Association Henri Capitant. Journées Chiliennes. 2012. Disponible en [\http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Colombie

No obstante, al tratar el asunto de la reglamentación de los grupos es de advertir la carente inclinación por sistematizarlos, acudiendo para lograr dicha percepción a la regulación expuesta en el ordenamiento colombiano, donde existió una ley de contenido concursal que reglamentó tal concepción¹²⁴, y señalando que un grupo era un asunto en el cual, a la par de la situación de control¹²⁵, florecía la consecución de un objetivo determinado por las sociedades presentes¹²⁶.

%20(Cubillos%20Garz%C3%B3n).pdf], consultada el 27 de agosto de 2013: “[...] Il convient, cependant, de préciser que la scène dans laquelle cette Puissance s’exprime le plus naturellement peut être déterminée à travers les mêmes types de dominance examinés ci-dessus, c’est-à-dire que les forums adéquats pour la prise de décisions sont les réunions organisées par les *Organes de Direction*, telles que les Assemblées des actionnaires ou les Assemblées des associés (Arts. 181, 182, 186 C.Co.); par les *Organes d’administration*, tels que les Conseils d’administration (Arts. 191, 192, 198, 403 Al. 3, 404, 434, 438 C.Co., et Arts. 45, 62 L.222/95), et en général par tous les cadres qui dirigent et prennent des dispositions, tels que le Représentant Légal lui-même (Arts. 22, 23 L.222/95); par les *Organes de représentation*, tels que, là aussi, le Représentant Légal (Arts. 163, 196, 228 C.Co.); et même par le Pouvoir conçu au sein des *Organes de Surveillance*, qui permettrait de signaler le rôle du commissaire aux comptes (Art. 181 Al. 2., 207, 225, 432 C.Co.) [...]” (cursiva fuera de texto). Aclarando que dejo para otra oportunidad la conflictiva posición del poder de fiscalización como función gestora en razón al mismo autocontrol existente.

¹²⁴ Cfr. **nota 125**.

¹²⁵ Sobre el aspecto del control, consultar el artículo 27 L.222/95, incorporado en el artículo 261 C.Co. colombiano. Cfr. **nota 40**.

¹²⁶ Artículo 28 incisos 1 y 2. L.222/95. *Grupo empresarial*. “[...] Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista

Sin embargo, el propósito del legislador no tuvo un asidero jurídico en la medida en que, a pesar de la intención plausible, debido a la insuficiente reglamentación que sobre el asunto concurrió, los escasos estudios investigativos diseñados hasta ese momento hubieron de distanciarse ante la interpretación imprecisa que sobrevino con el asunto de la expedición del Decreto 1749/11¹²⁷.

entre las entidades *unidad de propósito y dirección*. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección *cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. (...)*" (cursiva fuera de texto).

¹²⁷ Acudiendo a la labor de reglamentar el asunto de los grupos, cabe observar cómo dentro de la definición plasmada en el citado Decreto se logró descifrar no más que una sucinta situación de control, desconociendo de esta manera la misma razón económica y legal que dio origen al fenómeno económico del agrupamiento empresarial. Esta serie de formas asociativas carentes de personalidad jurídica se perciben, desde el ámbito económico-empresarial, como herramientas adecuadas y ajustables a los mercados, permitiendo que el Decreto, además de eludir el tránsito constitucional de reformar una ley, interpretara, en forma alejada de la realidad económica, al grupo como un escenario vacío de una dirección unificada y provisto únicamente de un control; no sobrando recordar la indebida interpretación que del grupo societario se desarrolla en el Decreto 1749/11 (cfr. **nota 12**).

2.3. Acerca de los principios societarios en el orden del fenómeno económico de los grupos

Una vez planteada la visión patológica tanto de la personalidad como de su reglamentación, es hora de tratar otra particularidad desigual y que termina siendo de sumo interés al interior de los aspectos generales de la influencia del Derecho Empresarial.

En definitiva, la orientación que se ha suscitado en torno al Derecho Societario alrededor de los grupos no puede ser empleada para comprender el desarrollo del fenómeno económico en comento, en la medida en que no son del todo equiparables los principios societarios a estas formas asociativas sin personalidad jurídica.

Dentro de este asunto orientativo hago alusión a la manera como se perciben las figuras societarias de los deberes de administración, así como son entendidas las acciones sociales de responsabilidad, o el propio hermetismo de la personalidad, partiendo de los supuestos filosóficos de la "autonomía de la voluntad", la "libertad de formas contractuales", la "solidaridad", el "profesionalismo" y la "unidad patrimonial".

2.3.1. El Principio de la autonomía de la voluntad y su vínculo con el profesionalismo

Antes de dar inicio al razonamiento anómalo, es deber indicar que los principios generales del Derecho han

representado los supuestos básicos de la legislación, aclarando que los mismos no se hallan legislados¹²⁸.

Ahora bien, en relación con la indicación de la autonomía de la voluntad, la posición globalizadora de la Economía y el mercado han determinado la organización económica de nuevas modalidades de empresas, situación que ha delimitado la solemnidad del contrato por escrito o ante un funcionario público.

Esta concepción subjetivista del Derecho Mercantil, considerada propia de los entes jurídicos que la ejecutan de manera ocasional, vino a variar cuando se fijó su realización a través de actos mercantiles, continuos y permanentes, por parte de los empresarios. No obstante, al valorar este enfoque no se puede ceñir aquel derecho a

¹²⁸ Es de resaltar que en el sistema colombiano no es adaptable aquella concepción, sino ajustable directamente a través de la ley, pues la mayoría de indicaciones filosóficas son impresas como normas, siendo acertado concebir la no aplicación como principio o fuente supletiva en defecto de la ley o de la costumbre-uso. En este orden de ideas, es posible encontrar la sistematización de algunos principios generales como el de la solidaridad a través del artículo 825 del C.Co., el de la libertad de formas contractuales por intermedio del artículo 826 del C.Co., o el de su sanción con la inexistencia contemplada en el artículo 898 del C.Co. Asimismo, está reglamentado el principio de la buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual revelada en el artículo 863 del C.Co.; el deber de la confianza en lo que está pactado así como lo correspondiente a su naturaleza según la ley, la costumbre y la equidad, tal y como lo señala el artículo 871 del C.Co.; en la misma medida, se hallan reglamentados otros principios consagrados en la Constitución Nacional colombiana como los de la libertad de empresa, de comercio e industria y la libre competencia.

un simple acto sino que, por el contrario, es deber valorar otro tipo de indicación comercial como la derivada del principio del profesionalismo¹²⁹.

Dentro de la autonomía de la voluntad, a pesar de obtener ganancias individuales, se encuentra la corriente socializadora del interés general (Derecho Mercantil interno) o lo que para el Derecho Societario son los criterios de maximizar la rentabilidad económica a través de la redistribución de los recursos entre sus miembros.

A pesar de lo sostenido, y por la esencia misma de los grupos, así como la de sus partícipes, la autonomía privada está inscrita en las políticas internacionales propias del Derecho Comercial Internacional pero en conflicto con el régimen del interés general.

Con todo, resulta siendo factible admitir que para proteger el interés *general* del grupo, se debe buscar la protección de la Economía así como el amparo de la empresa *privada*, entendiendo a esta última como el fin de la sociedad y no el de una moderada persona jurídica;

¹²⁹ Cabe recordar que la indicación del profesionalismo no se ajusta al otorgamiento de un título sino que involucra la labor de la diligencia debida (*due diligence*) existente en la gestión unitaria que, para el caso, comprende a los grupos; respecto de este asunto es necesario referirse al grado de especialización que debe existir tratándose de la actividad comercial y, concretamente, respecto de la gestión societaria. Cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo. "La visión técnica del acto mercantil", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 10, n.º 2, 2011 Bogotá, Universidad Externado de Colombia.. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013.

traduciéndose estos hechos en la salvaguardia en una dirección unitaria¹³⁰.

2.3.2. El Principio de la libertad de formas contractuales

Asociado con el asunto de la indicación societaria de la autonomía de la voluntad, del mismo modo se distingue el Principio de la libertad de formas contractuales¹³¹ al entenderse el contrato como un negocio jurídico de dos o más personas que procuran unos efectos de obligatorio cumplimiento, reparando en los elementos constitutivos¹³²

¹³⁰ Con respecto a la confusión entre empresa y sociedad, así como al concepto económico de empresa, cfr. **nota 84**, y OLIVENCIA RUIZ, Manuel. "Los establecimientos mercantiles y el nuevo artículo 1.413 del Código Civil", *Centenario de la Ley de Notariado*, vol. IV, Madrid: 1963, p. 175, citado en POLO, Antonio. Ob. cit., p. 317. De la misma forma, pero relativo al asunto interpretativo de la persona jurídica y la empresa al interior del grupo societario cfr. **nota 83**, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *El Derecho Nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*. Ob. cit., pp. 37 a 143 y MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado*. Ob. cit., pp. 60 a 64.

¹³¹ Sobre los variados significados jurídicos de la expresión contrato se puede acudir, por una parte, a la interpretación normativa dispuesta para explicar las normas jurídicas que lo conforman, y por otra, a la noción del documento en relación con una escritura o bien, todo ello como acto humano o negocio jurídico de naturaleza bilateral; ahora bien, sobre estos sentidos jurídicos se puede consultar a MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*, t. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, pp. 39 y ss.

¹³² Dentro de los elementos constitutivos del contrato (requisitos de validez) se hallan el consentimiento o el acuerdo de las partes

y siendo admisible percibir su concepción cuando la misma ha sido producto del ejercicio de la empresa mercantil¹³³⁻¹³⁴.

Con un fin aclaratorio, pero sin adentrarme en una disquisición jurídica más allá de determinar la importancia y trascendencia que significan los citados criterios, debe recurrirse a la distinción entre los concerniente a la incidencia del aquel, el objeto o el contenido negocial, la causa o el interés al cual se dirige el contrato, y la forma o el medio en que se manifiesta la voluntad. Cfr. BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho Civil 3. El Contrato*, 2.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 24 y 25. No obstante lo indicado, me aparto de la posición expuesta por parte de la doctrina italiana que considera que tanto el acuerdo, la causa, el objeto, así como la forma, son elementos o requisitos esenciales del contrato. Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina.; BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, 1.^a ed., t. I. vol. 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, pp. 685 y ss. De igual forma, pero aclarando que los requisitos de validez exigidos en los contratos son los mismos que los expuestos como elementos esenciales y traídos a colación por parte de la doctrina española, cfr. URÍA, Rodrigo. Ob. cit., pp. 170 y 171; además de los orígenes existentes de la consideración como requisitos de validez, es prudente basarse en la relación existente de los sistemas jurídicos que son partidarios del Derecho Romano; al respecto cfr. GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil colombiano*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1.^a ed., 2007, pp. 108 a 110.

¹³³ GARRIGUES, Joaquín. Ob. cit.

¹³⁴ No obstante lo anterior, y continuando con el orden descriptivo contractual, cabe referirse al sistema jurídico civil italiano (C.C. italiano), ya que aquel entra a calificar el contrato como un acuerdo entre dos o más partes con el fin de organizar o suprimir una relación jurídica patrimonial. Cfr. BIGLIAZZI GERI, Lina;

*contratos*¹³⁵ y su diferenciación o proximidad con los *negocios jurídicos*¹³⁶ pertenecientes a la esfera individual¹³⁷.

En resumen, la característica patológica de comprender los principios generales del Derecho societario en torno a los grupos abre las puertas para analizar que la

BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. Ob. cit., pp. 584 y ss.; asimismo, y de acuerdo con el modo como se señala tal calificación, es prudente hacer una transcripción del artículo 1321 C.C. italiano. *Concepto*. “[...] Il contratto è l'accordo di due o più parti per *costituire, regolare o estinguere* tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. [...]” (cursiva fuera de texto).

¹³⁵ Con la intención de sentar una posición crítica en cuanto a los principios generales que giran en torno a los grupos, y sin llegar a alejarme del alcance de los mismos, me aparto de la significación proporcionada a las actuaciones mercantiles prevista en el Régimen Jurídico germano. Este distanciamiento se presenta en razón a que del §343 del ordenamiento mercantil alemán (*Handelsgesetzbuch - H.G.B-*) es posible argumentar que estamos en presencia de un contrato mercantil (*Handelsgeschäfte*), cuando con aquella descripción se está limitando la exposición genérica de lo que correspondería ser el negocio jurídico comercial; sobre el particular es posible remitirse al *Código de Comercio alemán*. Alfonso Martínez-Exhevarría (trad.), Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 183: “[...] §343 *Concepto de contratos mercantiles*. (1) Son *contratos mercantiles* todos los que celebra un comerciante en el ejercicio de su actividad empresarial. [...]” (cursiva fuera de texto).

¹³⁶ Frente a la característica distintiva de algunos ordenamientos, cabe recordar la concepción que sustenta parte de la doctrina italiana. Cfr. CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Aguilar, 1956, pp. 57 y ss: “[...] *Definición del negocio jurídico*. [...] creemos que hay que *abandonar el dogma de la voluntad* y, consiguientemente, deben descartarse todas las soluciones que se basan en él. Indudablemente en nuestro Derecho positivo *no puede*

libertad de formas contractuales no es el único vehículo acorde para percibir el significado y alcance de los agrupamientos societarios.

Tal visión es posible, en la medida que no es requisito esencial que exista un contrato o acuerdo de voluntades para la configuración de un fenómeno económico, sino que el mismo puede resultar converger sin la anuencia de sus integrantes en razón del elemento del control o como consecuencia de la dirección-control¹³⁸.

verse reconocido el imperio absoluto de la voluntad, el cual, además, contrastaría con las exigencias de seguridad y de prontitud de la vida jurídica, especialmente de la moderna [...]” (cursiva fuera de texto).

¹³⁷En este estado de cosas, y sin desconocer la descripción empleada del contrato y negocio jurídico, debe advertirse la importancia que posee la circunstancia de la naturaleza o del hecho jurídico; aquel valor sería un asunto sobre el que cabría discernir en otro escenario, sin embargo, por la trascendencia que puede representar este argumento, sugiero consultar BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Granada: Editorial Comares, 2000, pp. 4 y 5.

Esta distinción entre contrato y negocio resulta significativa para el sistema jurídico colombiano en aras de la analogía, por cuanto se observa, por una parte, lo que para el régimen civil alemán significó que aquella generalidad fuera considerada como un negocio jurídico (*Bürgerliches Gesetzbuch -BGB- §§104 y ss.*), y lo que para los ordenamientos francés, italiano y el de la antigua República Democrática Alemana representó la disciplina general del contrato pero no del negocio jurídico. Al respecto, consultar BIANCA, Cesare Massimo. *Ob. cit.*, pp. 29 y 30.

¹³⁸ Cabe recordar la posición expuesta relativa a la inclusión del control al interior de la dirección unificada (cfr. **nota 55**).

2.3.3. El Principio de la solidaridad

Otro de los supuestos filosóficos societarios que cabe destacar es el relativo a la solidaridad asociada a la unidad patrimonial; tal armonía en el capital se presenta en la medida en que, de concurrir de manera subsiguiente, existe un compromiso por parte de los partícipes del ente económico de responder por las conductas que han determinado el perjuicio con ocasión de su participación.

Circunstancia ésta que no significa que los partícipes de la integración deban garantizar de manera solidaria los compromisos adquiridos por otras personas jurídicas con terceros¹³⁹, ya que la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una personalidad totalmente diferente de la de cada uno de sus integrantes.

De esta manera fue entendido por el sistema colombiano, en donde el artículo 2079 del C.C. consagró una descripción detallada de lo que debía concebirse por persona jurídica y sociedad, pese a ser posteriormente derogado en virtud del artículo 242 de la L.222/95; no obstante, el artículo 98 del C.Co. colombiano determinó aquel hermetismo de la personalidad de la siguiente manera:

¹³⁹ VICENT CHULIÁ, Francisco. Ob. cit., p. 251; no obstante lo señalado, se hace la salvedad de lo que podría acontecer en las *sociedades colectivas y comanditarias*, en donde los socios colectivos responderán de manera subsidiaria por las deudas sociales. Cfr. URÍA, Rodrigo. Ob. cit., p. 173.

(...) Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. *La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.* (...) (cursiva fuera de texto).

De la misma forma, y de una manera análoga a la explicación de la reglamentación, el C.C. español, en su artículo 35 numeral 2, estableció la *individualidad*, cuando se prescribe que se trata de personas jurídicas,

(...) asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, *independiente de la de cada uno de los asociados.* (...) (cursiva fuera de texto).

No menos claro, pero concibiendo los considerandos de la personalidad jurídica, el mismo C.Co. español determinó, concretamente en su artículo 116, que aquel hermetismo de la personalidad era propio en:

(...) El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos. (...) (cursiva fuera de texto).

Cabe señalar el significado y alcance expuesto dentro de la Ley Orgánica 1.^a de 2002, normatividad que resultó ser la reguladora del Derecho de Asociación, en la medida en que en el artículo 5.º numeral 2 se estableció que:

(...) El acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público o privado. Con el otorgamiento del acta *adquirirá la asociación su personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar*, sin perjuicio de la necesidad de su inscripción a los efectos del artículo 10. (...) (cursiva fuera de texto).

A su turno, es posible inferir el grado de *individualidad* o el de hermetismo, en la descripción establecida en el artículo 10.º numeral 4 de la anterior Ley Orgánica en razón a que declara:

(...) Sin perjuicio de la responsabilidad de la propia asociación, los promotores de asociaciones no inscritas *responderán, personal y solidariamente, de las obligaciones contraídas* con terceros. En tal caso, los asociados responderán solidariamente por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos frente a terceros, siempre que hubieran manifestado actuar en nombre de la asociación. (...) (subrayado y cursiva fuera de texto).

2.3.4. El Principio de la unidad patrimonial

He pretendido esbozar el tema del compromiso existente por parte de los promotores de la personalidad jurídica,

empero, es oportuno regresar al postulado societario de la unidad patrimonial, por cuanto se deben aclarar varios aspectos en particular.

Al estipular el ente societario debo referirme en primer lugar a la concepción del aporte¹⁴⁰, concebido como la entrega de bienes o servicios que constituyen un *fondo común*¹⁴¹; la transferencia de una parte del patrimonio de un sujeto de derecho a una persona moral constituida o por establecer¹⁴², hace necesario diferenciar la propiedad social de aquella otra considerada capital personal de cada uno de los miembros que componen el ente jurídico.

¹⁴⁰ El aporte es la facultad de contraer la obligación de dar o el deber de pagar una suma de dinero o especie valorada económicamente; de igual forma, es la obligación de hacer o pagar la participación entregándola en el lugar, la forma y el tiempo establecidos, convirtiéndose el asunto en un acto que terminaría realizándose con posterioridad al nacimiento de la obligación, ello si de sociedades por acciones se tratara.

¹⁴¹ Sobre este aspecto del fondo común cfr. GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial. Las sociedades*. cit., pp. 3 a 5, y URÍA, Rodrigo. Ob. cit., pp. 252 a 253.

¹⁴² Cfr. GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial. Las sociedades*, cit., p. 4. En este escenario el autor entra a argüir que: “[...] ‘Aportar’ bienes a la sociedad significa, precisamente, aportar esta modificación (*La destinación al desarrollo de una actividad económica entre socios*) a la condición jurídica de los bienes; conviene saber: quien los aporta no podrá ya utilizarlos *individualmente*, según la reglas propias del derecho de propiedad (C.C., art. 8312), y solo podrá utilizarlos colectivamente, según las reglas de organización propias de los diversos tipos de sociedad (lo que se suele expresar diciendo que el aporte ‘*transfiere la propiedad*’ de los bienes del socio a la sociedad) [...]” (cursiva fuera de texto).

Otro aspecto a destacar es el de la autonomía patrimonial que se asigna al hermetismo de la persona jurídica, en la medida que abarca un conjunto de bienes, derechos y obligaciones independientemente de los que corresponden a los integrantes de la personalidad moral, pese a estar compuesto por el aporte de los mismos integrantes¹⁴³.

Así las cosas, los grupos societarios están conformados por sujetos jurídicos (personas morales y físicas) que poseen su propio patrimonio, entendiendo por éste la sumatoria contable o la cantidad cancelada en la constitución del ente jurídico¹⁴⁴.

En este orden de ideas, el patrimonio de la sociedad representa la existencia de los activos con la deducción de sus pasivos, empezando por adicionar los activos

¹⁴³ URÍA, Rodrigo. Ob. cit., p. 172: “[...] La personalidad jurídica trae consecuencias muy importantes para la sociedad. [...] b) Le atribuye también *autonomía patrimonial*; la sociedad es titular de un *patrimonio propio* [...] *distinto del de los socios*, aunque inicialmente esté formado por el aporte de éstos [...]” (cursiva fuera de texto).

¹⁴⁴ En las sociedades anónimas las cantidades canceladas se conocen como capital pagado, mientras que la cuantía prometida por pagar se denomina capital suscrito, todas ellas bajo el valor nominal de las acciones previamente establecidas en los estatutos e independientemente del capital al cual se aspira a llegar o capital autorizado. De igual forma, hacen parte del capital social tanto las acciones como las reservas de ganancias (legal, estatutaria, ocasional), el superávit (prima en colocación de acciones, valorización de activos, good-will, donaciones) y las utilidades (tanto las retenidas como las del ejercicio) entendidas como las ganancias, o el trabajo de restar del total de los ingresos los gastos causados.

corrientes, los activos fijos, las inversiones permanentes y otros activos, para luego descontar los pasivos corrientes, los pasivos a largo plazo y los demás pasivos¹⁴⁵⁻¹⁴⁶.

Vale la pena concluir que el Principio de la unidad patrimonial no existe en relación con los grupos, ya que la presencia de la tenencia material del asunto de dirección por parte de la matriz, del porcentaje del

¹⁴⁵ Contablemente, dentro de la cuenta de los activos están las subcuentas de los *activos corrientes* (correspondientes al efectivo o disponible), las inversiones temporales, los deudores, los inventarios, los pagos anticipados y los bienes para la venta; así mismo, se ubican los *activos fijos* entendidos como los tangibles y los intangibles, las *inversiones permanentes*, entre las que se cuentan las acciones en compañías filiales o asociadas, los edificios para arrendamiento y los títulos valores de vencimiento a largo plazo; además, hacen parte de los *otros activos*, los activos improductivos, los gastos diferidos, los fondos con destinación específica y los préstamos a largo plazo. Ligado a lo anterior se halla la cuenta de los pasivos, y dentro de ellos los *pasivos corrientes*, concebidos como los sobregiros bancarios, los préstamos bancarios a corto plazo, los documentos por pagar, las cuentas por pagar, los impuestos por pagar, los gastos por pagar, los dividendos por pagar, los ingresos no devengables (diferidos), las cesantías por pagar, el vencimiento de obligaciones a largo plazo, las provisiones o contingencias; asimismo, la subcuenta de los *pasivos a largo plazo*, es decir, las obligaciones por pagar a más de un año, y la de *otros pasivos* conocidos como las provisiones o contingencias. Cfr. CARRILLO DE LOS ROJAS, Gladys. *Fundamentos de Contabilidad para profesionales no contadores*, 15.^a ed., Bogotá, 1995.

¹⁴⁶ Es prudente señalar que el capital forma parte del patrimonio, pero el incremento de este no implica un aumento del primero sino que envuelve un mayor valor de las participaciones en que se encuentra dividido y representado.

capital social de la subordinada¹⁴⁷, no significa la afinidad patrimonial, en razón de la autonomía y la independencia de cada uno de los integrantes del fenómeno económico, a pesar de existir el control de poseer un porcentaje del capital social.

B. La ineludible apariencia económica de los grupos societarios

1. Antecedentes de la fisonomía económica

Deteniéndonos por un momento en el carácter económico expuesto en los orígenes de las personas morales, así como en el apogeo existente en la época romana, el mercado se convirtió en el eje central del devenir de las sociedades pese al origen jurídico que representó el

¹⁴⁷ Tal como acontece al interior del sistema colombiano en el numeral 1 del artículo 261 C.Co (cfr. **nota 40**).

período medieval y a la diversidad de condiciones existentes en la conformación de un grupo¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

Conjuntamente al origen, el derecho más antiguo del hombre de pertenecer a una tribu correspondió a la posesión de un territorio, obteniendo un nombre y la facultad de designar o remover al gestor de un clan,

¹⁴⁸ A pesar del origen de la mercantilidad puede advertirse otra génesis en su concepción; hago alusión concretamente a la noción jurídica y social del obsequio (*potlatch*), en la medida en que se hizo presente en las agrupaciones de manera previa a la negociabilidad; es decir que el negocio jurídico de la ofrenda fue el primer carácter cercano al comercio, junto con el trueque, por cuanto a pesar de no ser más que un intercambio de favores de naturaleza no mercantil o no lucrativa, demostró cómo en la Era Paleolítica los individuos lograban intervenir efectivamente en los mercados y en las mismas industrias, pero no solo de fabricación para el consumo, sino de distribución-exportación. A esta posición se llegó luego de hallar algunas conchas mediterráneas y piedras semipreciosas en las aldeas de la cuenca del Danubio cerca de Oder, el Elba y el Rhin; circunstancia que, además de demostrar que dichos objetos se encontraban alejados de la realidad física, no permitía razonar que en una fase histórica industrial no se aceptara que existía un período mercantil de intercambio alejado del lugar de residencia. Sobre el aspecto negociable, mas no mercantil, consultar HARRIS, Marvin. *Introducción a la Antropología General*, Madrid, 1983, p. 210, y ÁLVAREZ VILLAR, A. *Psicología de los pueblos Primitivos*, Madrid, 1969, p. 108, citados por ALVARADO PLANAS, Javier. *El pensamiento jurídico primitivo*, España: Editorial Nueva Acrópolis, 1986, p. 202.

¹⁴⁹ Permitir la conversión del comercio en un intercambio espiritual, transformándose el Derecho Mercantil en una ciencia sagrada de ceremonias de divinidades, exigió realmente la conversión del método comercial en el intercambio voluntario de bienes, ajustando la mercantilidad al acto de dar y devolver -*potlatch*-. ALVARADO PLANAS,

fijando a su vez que el patrimonio no solo era la potestad sobre una región sino que incluía los derechos *in personam* e *in rem* sobre sus miembros¹⁵⁰.

De la misma manera que ocurrió con la génesis mercantil, el Derecho no se entendió como una ciencia aferrada al mundo de los valores espirituales sino que fue concebido como la voluntad de *dar a cada uno su derecho*¹⁵¹, partiendo del precepto de "vivir honestamente sin dañar al prójimo y dando a cada uno lo suyo"¹⁵².

Javier. *El pensamiento jurídico primitivo*, p. 203.

¹⁵⁰ Cabe aclarar que los derechos *in personam* hacen alusión a las obligaciones con la tribu y los *in rem* se refieren a las reclamaciones de aquel grupo frente a otro por los daños causados a uno de los integrantes; cercano a mi concepción de las acciones de responsabilidad cfr. MORGAN, Lewis H. *La sociedad primitiva*, Madrid, 1980, p. 169, y RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald. *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Barcelona. 1972, p. 46, citados por ALVARADO PLANAS, Javier. *El pensamiento jurídico primitivo*, p. 178.

¹⁵¹ D'ORS, Álvaro et ál. "El Digesto de Justiniano", t. I. *Constituciones Preliminares y Libros 1 a 19*, Pamplona: Aranzadi, 1968, p. 46.

¹⁵² GÓMEZ MARÍN, Manuel y GIL Y GÓMEZ, Pascual (eds.). *El Digesto del Emperador Justiniano*. RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé Agustín (trad. y publ.), Nueva ed., t. I, Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1872, p. 33: "[...] -ULPIANO, Digesto. 1, 1, 10- 10. Ulpiano, Libro I de las Reglas. -La Justicia es una voluntad firme y perpetua, de dar a cada uno lo que le pertenece -suum cuique tribuendi-. §1. Los principios del derecho son estos, vivir como se debe, no hacer daño a otro, y dar a cada uno lo que es suyo -sum cuique tributere- [...]" (sic) (cursiva fuera de texto).

Una vez planteado ese inicio económico, debe por lo menos señalarse el criterio comercial del siglo XIII, por cuanto en aquel MERCADO se apreció el profesionalismo de la rúbrica o de la situación que mostraba al Derecho Mercantil como una actividad económica constitutiva de empresa e integrada por empresarios. No obstante, esta función económica no fue entendida como acciones aisladas, concibiéndose de esta manera que el profesionalismo abarcaba la permanencia y la continuidad de los hechos comerciales.

Partiendo del hecho de que el Derecho Mercantil es una ciencia que se ajusta a la oscilación de los mercados¹⁵³, es correcto pretender que, a través de la organización profesional de la actividad económica dirigida a la producción de bienes o a la realización de servicios¹⁵⁴, se obtenga un beneficio individual fusionado al *interés general*¹⁵⁵.

Retornando al aspecto económico de los grupos, se debe indicar cómo en Europa, a finales del siglo XIX (1881),

¹⁵³ CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. "El mercado y las bases económicas de un grupo empresarial", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, 2005, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>] consultada el 27 de agosto de 2013.

¹⁵⁴ BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., p. 86.

¹⁵⁵ Sobre el particular ver lo mencionado sobre el *interés general* del Derecho Mercantil Interno y lo expuesto en contraposición por el Derecho Comercial Internacional en relación con el principio de la *autonomía privada*, pilar de la unificación del comercio internacional o el Derecho consuetudinario del *ius mercatorum* (al respecto cfr. lo relacionado con la **nota 129**).

la noción del control al interior de tales entes se vio interrumpida por cuanto el Tribunal del Reich (*Reichsgericht*) consideró que el contrato de gestión que tenía una dirección particular estaba viciado de nulidad¹⁵⁶.

Sin embargo, fue en New York, a inicios del siglo XIX (1811), donde realmente surgió una concepción similar a la gestión existente en el sistema inglés (*special charters*), situación jurídica que impidió la adquisición

¹⁵⁶ Con respecto al vicio de nulidad, cabe recordar cómo en el Estado de Rumania se reservaron el derecho a dirigir una sociedad o nombrar un integrante de un órgano de dirección, en la medida en que, a pesar de señalarse en los estatutos, no podía un órgano social autónomo e independiente hallarse sometido a la voluntad de otro ente ajeno a él, por lo que no se aceptó la figura de la dirección o del control y, por ende, tampoco la del grupo empresarial. En este Estado, y en la Inglaterra de finales del siglo XIX, el grado de complejidad existente en las uniones societarias respecto de las restricciones fue acordado bajo el sistema de concesión, para efectos de la constitución de las sociedades por acciones y como consecuencia de las políticas preventivas de conservación de las sociedades. Sobre el particular ver las consideraciones traídas por MANÓVIL, Rafael Mariano. *Evolución del Derecho de los grupos de sociedades*, cit., p. 3: “[...] Sentencia de fecha 19 de febrero de 1881. Sociedad Alemana de Ferrocarriles Rumanos vs. Estado Rumano. ‘[...] así como una persona física capaz no podría haberse sometido voluntariamente a la tutela de un tercero, tampoco la asamblea de una sociedad podía aprobar un contrato de tal tipo’ [...]” (cursiva fuera de texto).

de acciones de una sociedad en favor de otro ente jurídico¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

2. Consolidación de la instituciones mercantiles

La volatilidad de los mercados es una de las razones de la crisis económica a nivel mundial, junto con el manejo jurídico-económico suministrado por sus instituciones, advirtiendo el crecimiento de sectores económicos de países en desarrollo¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Sobre este particular, cabe traer a colación cómo en la ley de New York se prohibieron las participaciones recíprocas en las situaciones de control y por ende en el grupo, considerándose de esta manera como *ineficaz de pleno derecho* el acto de adquirir las acciones de una sociedad por parte de otra *corporation*, pero con la peculiaridad de ser el adquirente el subordinado de la *holding*.

¹⁵⁸ Por otra parte, en New Jersey, a finales del siglo XIX (1888 y 1893) se autorizó la adquisición de acciones de una sociedad a favor de otra siempre que se hubiese permitido previamente en los estatutos sociales. Al respecto cfr. MANÓVIL, Rafael Mariano. *Evolución del Derecho de los grupos de sociedades*, cit., p. 4.

¹⁵⁹ Sobre el particular, ver lo relacionado, entre otros, con el Tratado de Libre Comercio (TLC) de América del Norte (NAFTA) suscrito a finales de 1993, así como la Ronda de Uruguay del GATT de diciembre de 1994, el controvertido MERCOSUR del 26 de marzo de 1991 (Tratado de Asunción) y la Comunidad Andina de Naciones del 16 de agosto de 1996. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. *El mercado y las bases económicas de un grupo empresarial*, cit.

¹⁶⁰ En Colombia, se han ejecutado políticas que van desde la apertura económica, pasando por la propensión de la reducción de la inflación, hasta el aumento del comercio internacional; cabe recordar el TLC suscrito entre Colombia y los Estados Unidos el 10 de octubre de 2011, el realizado con Canadá el 21 de noviembre de 2008 o el de los Estados AELC (EFTA) (Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia) del 25 de noviembre de 2008; en este mismo orden, el

El auge en las negociaciones económicas ha determinado la necesidad de consolidar los ordenamientos jurídicos de las instituciones mercantiles con el fin de proteger los entes de los que se vale el propio sistema para buscar su desarrollo y crecimiento.

Un asunto como el del fenómeno del grupo debe ser considerado desde una órbita mercantil, por cuanto el crecimiento económico implica una conjunción de factores comerciales que establecen, de forma innegable, la unificación de las intenciones en un solo sentido -unidad de propósito y dirección-¹⁶¹.

Acuerdo con Perú frente a la Unión Europea (U.E.) del 15 de diciembre de 2003 y el Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico suscrito con Chile, México y Perú, del cual se firmó un Acta Constitutiva el 6 de junio de 2012, convirtiéndose en el IX bloque económico. Asimismo, existe otro tipo de negociaciones como aquellas con Corea del Sur, Israel y Turquía, entre otros, o las primeras intenciones de negociación económica trazadas con la República Popular China y la República de Singapur, convirtiéndose en una puerta de ingreso para el mercado considerado como el de los Tigres Asiáticos de Taiwán, la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China, y las ya indicadas Singapur y Corea del Sur.

¹⁶¹ Sobre este asunto, es preciso recordar cómo el Centro Internacional para la Empresa Privada -CIPE- (1995) solicitó que las agrupaciones societarias realizaran parte de las crecientes innovaciones empresariales en Latinoamérica, disponiendo mantener un equilibrio entre los sectores formales e informales, pidiendo proteger la ventajas de la información en la economía de mercado, la apertura en materia de negociación societaria y el fortalecimiento de los intereses de los grupos a nivel nacional; conservando de esta manera las redes informativas entre los fenómenos económicos y los códigos de buen gobierno corporativo. Sobre el particular cfr.

No obstante, a pesar de la perspectiva económica que se desarrolla alrededor de los grupos, es indiscutible la visión jurídica que puede emerger de la misma, y de manera concreta la posición societaria que acarrea tal integración.

El enfoque económico de la libertad de empresa, valorada como derecho subjetivo del empresario¹⁶², no es una visión ajena a la normatividad existente¹⁶³, así como acontece con el esquema del libre mercado o con el de la competitividad ajustada a una sola empresa pero provista de variadas personalidades jurídicas; por supuesto, este aspecto jurídico-económico no significa la existencia de una unidad ficticia¹⁶⁴ dotada de personalidad jurídica.

SWEENEY, John. "Nuevas funciones para grupos empresariales en Latinoamérica". Center for International Private Enterprise (CIPE). "Building democratic institutions through market-oriented reform around the globe", *Rev. Economic Reform Today*, n.º 2. Asociaciones empresariales: construyendo la democracia, 1995.

¹⁶² ARAGÓN, Manuel. "Constitución económica y libertad de empresa", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. I, Madrid: Editorial Civitas, 1996, pp. 167 y 178.

¹⁶³ Con respecto a la reglamentación de la libertad de empresa, la propiedad privada y el deber del Estado de proteger-conservar las distintas formas asociativas de la propiedad, como es un grupo, cfr. los artículos 333, 58 y 60 de la C.N. colombiana en CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. "Crisis empresarial al interior de un grupo de sociedades", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013.

¹⁶⁴ Lo que para muchos mal podría resultar ser la pretérita descripción de una de las teorías sobre la esencia de la persona

Por otra parte, en relación con la fijación de instituciones mercantiles, cabe señalar los aspectos comunitarios existentes en el *Forum Europeum*, en donde se buscó puntualizar la reglamentación ajustándola a la realidad económica, pero teniendo presente la labor diseñada en el ámbito comunitario de mantener las políticas de la apertura económica con la eliminación de las restricciones que impedían la libertad de circulación de personas¹⁶⁵ y capitales¹⁶⁶.

No obstante, es necesario concretar la definición del enfoque económico del grupo acudiendo al postulado de que, al formar parte de aquel y para maximizar las utilidades, no se debe recurrir a las estrategias individuales sino que los beneficios económicos dependerán del actuar de todos los integrantes que hacen parte del fenómeno económico¹⁶⁷.

jurídica, como es la teoría de la ficción de SAVIGNY o PUCHTA (cfr. **notas 89, 90 y 91**).

¹⁶⁵ Sobre el particular cfr. Tratado de Funcionamiento de la U.E., Tercera Parte, Título IV, Capítulo I, artículo 45 (antiguo artículo 39 TCE).

¹⁶⁶ *Ibid.*, Título II, artículo 28 (antiguo artículo 23 TCE) y artículo 29 (antiguo artículo 24 TCE).

¹⁶⁷ Sobre el interés de los individuos de un grupo debe recordarse el equilibrio de la teoría de los juegos (cfr. **nota 1**), así como las particularidades establecidas en el *Forum*, de observar la responsabilidad con el profesionalismo del *due diligence*; cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. "Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013; y "¿Profesionalización de un encargo societario?", *REVISTA E-*

Ahora bien, dentro de este ámbito económico cabe recordar cómo las estrategias comerciales de la U.E. fueron aplicables en otros escenarios mercantiles, como el de los grupos societarios, en la medida en que, al partir de la dirección unitaria como afianzamiento de las políticas empresariales de cada uno de los integrantes, así como de la solidaridad de los entes controlantes por las actuaciones causadas en las crisis empresariales¹⁶⁸, determinaron una nueva forma de entrever los mercados.

Mercatoria, vol. 9, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013. Esta visión profesional se asimila a la concepción de la gestión expuesta en el ordenamiento inglés a través de la doctrina del *wrongful trading*, donde la responsabilidad del gestor se ajusta al modelo objetivo de la diligencia del administrador, persona natural o jurídica, y no al sistema del *fraudulent trading*, entendido como la responsabilidad del gestor por una intervención que, siendo imperativa, hace con propósito fraudulento, o por el engaño ocasionado a un acreedor de cualquiera de sus subordinadas. Sobre el particular cfr. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz...*, cit., pp. 50 y 51.

¹⁶⁸ No comparto la perspectiva de delimitar el asunto de las políticas empresariales de los integrantes de un grupo a un escueto escenario como el de la crisis empresarial, por cuanto no solo se debe relacionar la responsabilidad del ente jurídico a la situación patrimonial de hecho de la insolvencia cuando se presentó de manera previa a la aplicabilidad de las políticas tendenciosas o arbitrarias, sino que también puede hallarse cuando, sin incurrir en el entorno de la iliquidez (insolvencia), se está ante un perjuicio imputado a un partícipe del agrupamiento o aquellos entes ajenos al mismo.

Con todo, tales posiciones comerciales de los grupos se vieron rodeadas del deseo de hallar una auto-reglamentación proveniente de los mismos entes jurídicos¹⁶⁹, o una sistematización de hecho presente en aquellos agrupamientos¹⁷⁰; en resumen, la visión económica puesta en conocimiento a través del estudio jurídico de los grupos sirvió de base para exteriorizar la aplicabilidad directa de la Economía en el campo societario¹⁷¹.

¹⁶⁹ Cuando se alude al tipo de auto-reglamentación de los grupos, se está haciendo mención al *corporate governance* que debe diseñarse y estar presente en aquellos fenómenos económicos; al respecto consultar EMBID IRUJO, José Miguel. "El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades", en *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno corporativo*. 1.^a ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pp. 51 a 95; RECALDE CASTELLS, Andrés. "Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de 'Buen Gobierno'", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 71, Valencia: Universitat Jaume I de Castellón, 2003, pp. 51 a 78; VÍTOLO, Daniel Roque. "'Corporate Governance' en la Nueva Dinámica Societaria a partir de la Sarbanes Oxley Act de los Estados Unidos. Difusión y reflexiones", en *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno corporativo...*, cit., pp. 11 a 49, y PAZ-ARES, Cándido. "La responsabilidad de los administradores como instrumentos de gobierno corporativo", *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Working Paper n.º 162, Barcelona. Disponible en [www.indret.com], consultada el 8 de octubre de 2003.

¹⁷⁰ Sobre la armonización de facto cfr. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., pp. 22 y 23.

¹⁷¹ Con respecto a la aplicabilidad directa de la Economía en el campo societario, es de resaltar lo ocurrido en el caso *Rosenblum*, donde la *Cour de Cassation Criminelle*, en sentencia del 4 de febrero de 1985, fijó la existencia económica del grupo si concurría el deber

CAPÍTULO II

EFFECTOS JURÍDICOS ALREDEDOR DE UN CONGLOMERADO

I. Consecuencias de las situaciones de control y del grupo de sociedades

Es el momento de dar paso a otro asunto presente en esta investigación cual es el de analizar las consecuencias jurídicas que se derivan por el hecho de hallarse frente a un fenómeno económico como el de un grupo societario.

A través de este escrito se han puesto de presente los problemas que de manera discrecional envuelve la figura de los grupos, y dentro de ellos sugería tener presente el asunto de la indebida sistematización existente en los ordenamientos.

Sin embargo, en un mercado volátil, y en razón de los alcances jurídico-económicos, se presenta la necesidad de advertir sobre la existencia de la figura del grupo a pesar de carecer de la personalidad, pero indicando la importancia en su concepción por parte a todos los partícipes, es decir, las matrices, los subordinados, los

de perseguir el interés económico del ente, o existía la obligación en un miembro de éste de reclamar una contrapartida equilibrada para la empresa que pudiera soportar la carga económica sin superar la proyección financiera de la sociedad en que se apoyaba. Sin embargo, sobre un estudio detallado de la regulación de los grupos en la Unión Europea, y respecto de la propuesta, origen, contenido y desarrollo del *Forum Europaeum*, cfr. la obra de EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 221 a 238, y GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz...*, cit., pp. 54 y 55.

trabajadores de los entes controlados e, incluso, los terceros ajenos al fenómeno económico (acreedores de los dominados)¹⁷².

A. Resultados jurídicos en un grupo empresarial

1. Sobre el registro del control y la consolidación contable

1.1. La inscripción de la situación de dominio en el Registro Mercantil

En primer lugar, en los fenómenos económicos se presentan, como consecuencias jurídicas, los deberes de los sujetos que integran el grupo o las obligaciones publicitarias existentes, en razón de las situaciones de subordinación o del control propio de la dirección unificada¹⁷³.

Cabe aclarar que la cuestión de considerar que las situaciones de control están relacionadas con los grupos societarios, en la medida en que aquellos asuntos son cuestiones que puede ser próximos entre si cuando no sinónimos, ya que no siempre que concurra el primero estaremos frente al segundo, sin embargo lo contrario

¹⁷² BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., pp. 565 a 567.

¹⁷³ Advierto mi separación de observar los elementos de existencia como situaciones soberanas, ello en razón a la inclusión aislada y comentada del componente del control al interior de la misma unidad de propósito y dirección (sobre el particular cfr. **notas 14, 55 y 56**),

resultará siendo de recibo ya que dentro de la dirección unitaria cabría el control en sí mismo considerado.

Por otra parte, ya se indicó en materia de grupos el requisito de aproximarse a los valores económicos alrededor de los mercados; sin embargo, resulta significativo entender el importe existente bajo la consideración privatista que hace alusión a la oponibilidad o a la publicidad del registro¹⁷⁴.

Los actos y hechos jurídicos que se inscriben en el Registro Mercantil en ningún momento pueden comportar situaciones constitutivas, sino que los mismos implican vicisitudes declarativas, o el asunto de dar a conocer frente a terceros la importancia y valor de su realización; esta situación, en mi consideración, es la misma tratándose de un agrupamiento, en razón del significado económico que implica.

¹⁷⁴ La necesidad de exteriorizar un fenómeno económico hace que su publicidad (*información*) sea significativa, por cuanto, en materia de Economía, la difusión tiene un valor indicador para el entorno que rodea el grupo, y qué mejor que iniciar con la comunicación de los estados financieros o las cuentas consolidadas. Respecto de este particular cfr. GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. t. III, Bogotá, Editorial Temis, 1987, pp. 60 y ss.: “[...] En su concepto más amplio, el R.m (Registro Mercantil) es un *instrumento de publicidad* cuya misión es *facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil*, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro. El R.m. es, pues, un instrumento de publicidad para la vida mercantil [...]” (cursiva y paréntesis fuera de texto).

Antes de entrabarme en otra disquisición jurídica respecto de la inscripción del grupo en el Registro Mercantil, es preciso aclarar el significado de éste último para luego explicar mi posición contraria a la perspectiva tal registro.

Sin querer caer en la monotonía de la descripción, cabe recordar que de antaño el Registro Mercantil, al referirse a la matrícula de los gremios, de las corporaciones o de los *literae oblatoriae*, fue considerado un mecanismo de difusión del comercio con el que los comerciantes salvaguardaban las actuaciones de los mismos y difundían con seguridad tanto aquellas unidades económicas como los contratos mercantiles¹⁷⁵.

¹⁷⁵ En este mismo sentido publicitario, cabe resaltar lo establecido en la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, cit., pp. 363 y 364: “[...] Artículo 291-7. Deberes de información de la pertenencia al grupo. 1. Cuando una sociedad se integre en un grupo o se separe de él, los administradores de la sociedad dominante deberán informar de estas circunstancias a los administradores de la sociedad dependiente dentro del plazo de un mes. Los administradores de la sociedad dependiente deberán informar de la integración en el grupo o de la separación de él en la primera junta que se celebre. 2. Los administradores de la sociedad dominante y los administradores de la sociedad dependiente estarán obligados a incluir en el informe de gestión tanto el hecho de la integración en el grupo como, en su caso, de la separación de él. En caso de integración, el informe deberá precisar los respectivos sectores de actividad y las relaciones de negocio entre la sociedad dominante y la dependiente y las de la sociedad dependiente con las demás del grupo, así como las fórmulas establecidas para resolver los conflictos de intereses que puedan presentarse. 3. Si la integración en el grupo o la separación de él hubieran tenido lugar después de

Fue precisamente la firmeza del tráfico mercantil la que determinó el grado de importancia en el conocimiento de estos negocios y sujetos jurídicos, afirmando que el propósito de un Registro Mercantil era el de ser un dispositivo adyacente o subsiguiente, ya que con él se transmitía la protección contigua en materia de responsabilidad y se escudaban tanto los comerciantes como los terceros¹⁷⁶.

la formulación de las cuentas anuales, pero antes de la celebración de la junta, los administradores estarán obligados a formular un informe especial con el contenido al que se refiere el apartado anterior, que entregarán a los concurrentes a la junta convocada para la aprobación de las cuentas anuales. Este informe especial se incorporará como anejo al informe de gestión (cursiva fuera de texto). Para finalizar y con respecto al informe de gestión, cabe consultar la *Propuesta de Código Mercantil*, cit., p. 376: “[...] Artículo 291-34. Informe de gestión del grupo. 1. El informe de gestión del grupo deberá contener la exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación del conjunto de las sociedades incluidas en la consolidación, así como una descripción de los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta. [...]”.

¹⁷⁶ *Propuesta de Código Mercantil*, cit. p. 65: “[...] En su concepto más amplio, el R.m (Registro Mercantil) es un *instrumento de publicidad* cuya misión es *facilitar al público ciertos datos importantes para el tráfico mercantil*, cuya investigación sería difícil o imposible sin la institución del Registro. El R.m. es, pues, un instrumento de publicidad para la vida mercantil. [...]” (cursiva fuera de texto).

Así, entonces, el Registro Mercantil¹⁷⁷ se convirtió en una exigencia para los sujetos que en razón de su interés se aproximaban a las actuaciones jurídicas de los grupos, lo que representó para el ordenamiento español (1885) la defensa del tercero, así como la seguridad jurídica en la responsabilidad (Resolución del 17 de julio de 1934) y el valor de publicidad de datos de importancia para el tráfico mercantil¹⁷⁸ (Resolución del 24 de octubre de 1945)¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Sobre la función difusora o de publicidad-noticia cabe traer a colación lo esgrimido en GALGANO, Francesco. *Grupo de sociedades*, cit., p. 105: “[...] Se trata de la denominada *publicidad-noticia*, que tiene la simple función de hacer conocidos los hechos a ella sujeta, sin influir en su eficacia u oponibilidad y sin valer como una especie de *patronage* a la generalidad, en *incertem personam*. [...]” (cursiva fuera de texto).

¹⁷⁸ En sentido significativo, el artículo 16 numeral 1 del C.Co. español señala que el objeto del registro es la inscripción de los actos, hechos o sujetos jurídicos, así como la legalización de las actuaciones de los comerciantes, junto con la “publicidad de los documentos contables y cualquier otra función que le atribuyan las Leyes”. Presumiéndose, de hecho, la validez y exactitud contenida en el Registro Mercantil (art. 20 C.Co. español) pero siendo oponibles a terceros desde su publicación, aparte de la salvedad consagrada en el numeral 2 del artículo 21 C.Co. español. De igual forma, cabe detenerse en el RDL 1/2010 (art. 32), en donde se estableció el deber de presentar para su inscripción la escritura de constitución de una de las sociedades en comento, disponiendo como un efecto inmediato la adquisición de la personalidad jurídica, en aras siempre de la responsabilidad; así como en el Régimen de la Sociedad Anónima Europea (SE) se dispuso, en su artículo 457 RDL 1/2010, el deber de inscribir y publicitar todos los actos relativos a la SE que merezcan tal apunte.

Aunado al tema de la inscripción en el Registro Mercantil, por tratarse de una modificación estatutaria se halla el deber de notificación; sobre el particular el RDL 1/2010 (art. 155) estableció que las sociedades que se hallaran en una situación de subordinación y que poseyeran más del 10% del capital de la sociedad, así como las que con posterioridad adquirieran más del 5% de aquel, tendrían el deber legal de notificar tal circunstancia tanto a la sociedad intervenida como a la interventora¹⁸⁰⁻¹⁸¹.

¹⁷⁹ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, t. III, cit., p. 66.

¹⁸⁰ Con respecto a la forma como se hallaba reglamentado en las anteriores sociedades de responsabilidad limitada LSRL (art. 41) y anónimas LSA (art. 155) cfr. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 53. En relación con el RDL 1-2010, el artículo 155 relativo a la notificación consagró: “[...] 1. La sociedad que, *por sí misma o por medio de una sociedad filial*, llegue a poseer más del diez por ciento del capital de otra sociedad deberá notificárselo de inmediato, quedando mientras tanto suspendidos los derechos correspondientes a sus participaciones. Dicha notificación habrá de repetirse para cada una de las *sucesivas adquisiciones que superen el 5 por ciento* del capital. [...]” (cursiva fuera de texto).

¹⁸¹ No obstante, y sin pretender alejarme de los sistemas jurídicos anotados (español-colombiano), cabe exponer lo que el ordenamiento italiano consideró sobre el asunto del Registro: el artículo 2497-Bis C.C. italiano prescribió que por el hecho de hacer parte de una situación de control existía el deber de notificar el asunto de la sociedad dominante, así como el compromiso de inscribirlo en el *registro delle imprese* (Registro Mercantil). Sobre el particular cfr. GALGANO, Francesco. *Grupo de sociedades*, cit., p. 105: *Artículo 2497 Bis C.C.I. Pubblicità*. “[...] - La società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, *nonché mediante*

Entender que un efecto directo de la conformación de un grupo es su inscripción en el Registro Mercantil revela un alto grado de desconocimiento económico, por cuanto el valor comercial existente en la órbita societaria y en su cinturón territorial, se presenta al conformarse la unidad empresarial con un propósito fijado por la dirección económica de sus miembros con el fin de desarrollar sus utilidades.

Entonces, es preciso reglamentar el registro del movimiento contable de los integrantes de un grupo en la medida en que la dirección unitaria, como elemento de existencia del grupo¹⁸², se halla sujeta a la inscripción de la situación de control; así las cosas, la ausencia de tal suscripción no deja de ser una simple omisión acompañada de una sanción administrativa, en la medida que se trata de un llano medio de publicidad y oponibilidad¹⁸³.

iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo. - E' istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette. [...]" (cursiva fuera de texto).

¹⁸² Previa consideración de lo establecido sobre el elemento de la unidad de propósito y dirección-control, cfr. **nota 55**.

¹⁸³ La omisión o descuido de presentar los estados financieros de todo el grupo empresarial no deja de ser en un acto provisto con una sola intención dolosa, la de ocultar unos efectos económicos en los que se circunscribe, o las consecuencias jurídico-económicas de aquel ente en el mercado. Sobre este aspecto en particular destacaré lo establecido en la *Propuesta de Código Mercantil...*, cit., pp. 364 y 365: “[...] Artículo 291-9. Incumplimiento de los deberes de

1.2. La consolidación de los estados financieros

Siendo precisos en la descripción, cuando se emprende la constitución de una sociedad y el desarrollo de una empresa a través de la persona jurídica, este hecho implica el devenir de unas obligaciones como las de llevar en debida forma la contabilidad, bajo los parámetros de cada régimen jurídico.

De esta manera fue entendido por los sistemas español y colombiano¹⁸⁴, en los que se consagran aquellos

información y de inscripción. 1. Los administradores que incumplan cualquiera de los deberes establecidos en los artículos anteriores *responderán solidariamente entre sí y con la sociedad de los perjuicios causados a los socios o a los terceros*. 2. Asimismo, el *incumplimiento del deber de presentar a inscripción* el hecho de la integración o de la separación del grupo *dará lugar a la imposición* por el Director General de los Registros y del Notariado de una multa por importe 365 de 10.000 a 100.000 euros a los administradores sobre los que recaiga ese deber (cursiva fuera de texto).

¹⁸⁴ Los artículos 25 y ss. del C.Co. español consagran la manera como ha de llevarse la contabilidad por parte de toda empresa y concretamente del comerciante, prescribiendo el primero que: “[...] *Artículo 25-1. Todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las leyes o disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas anuales y otro Diario. [...]*” (cursiva fuera de texto). Así mismo, el artículo 19 numeral 3 C.Co. colombiano consagra la obligación de emplear en sus negocios jurídicos la contabilidad de acuerdo a los preceptos legales; remitiéndose a los artículos 48 y 50 C.Co. de la siguiente

compromisos contables, acreditando las relaciones pormenorizadas de las actuaciones mercantiles como empresarios y sociedades.

El informe detallado de los actos mercantiles implica la obligación por parte de algunos sujetos jurídicos de cerrar sus cuentas al finalizar el ejercicio contable, con el fin de poner en conocimiento de las autoridades competentes, y de los integrantes de la sociedad, los estados financieros de la empresa junto con las notas respectivas¹⁸⁵.

forma: "(...) *Artículo 48. Todo comerciante conformará su contabilidad, libros, registros contables, inventarios y estados financieros en general, a las disposiciones de este código y demás normas sobre la materia. [...]. Artículo 50. La contabilidad solamente podrá llevarse en idioma castellano, por el sistema de partida doble, en libros registrados, de manera que suministre una historia clara, completa y fidedigna de los negocios del comerciante, con sujeción a las reglamentaciones que expida el gobierno. [...]*" (cursiva fuera de texto).

¹⁸⁵ Cabe aclarar que del ordenamiento colombiano citaré el artículo 34 L.222/95 relativo a la obligación de preparar y difundir estados financieros: "[...] *Al fin de cada ejercicio social y por lo menos una vez al año, el 31 de diciembre, las sociedades deberán cortar sus cuentas y preparar y difundir estados financieros de propósito general, debidamente certificados. [...]. Las entidades gubernamentales que ejerzan inspección, vigilancia o control, podrán exigir la preparación y difusión de estados financieros de períodos intermedios. (...)*" (cursiva fuera de texto).

De la misma forma se recurrirá al artículo 36 L.222/95, concerniente a las notas a los estados financieros y normas de preparación: "[...] *Los estados financieros estarán acompañados de sus notas, con las cuales conforman un todo indivisible. Los estados financieros y sus notas se prepararán y presentarán conforme a los principios de*

Ahora bien, y como resultado a destacar conjuntamente con el compromiso contable, existe el hecho de hallarse en una situación de control, evento en virtud del cual se exige al sujeto dominante (*holding*) elaborar un solo estado financiero en el que se reflejen los resultados de todas las operaciones económicas de quienes integraron el escenario de dominio¹⁸⁶.

2. Respecto a las participaciones recíprocas

Sobre los alcances jurídicos que implican las situaciones de control se deben esgrimir aquellos asuntos que ameritan su exclusión; para lograrlo orientaré el escenario hacia la circunstancia de no permitir que se realicen cierto tipo operaciones en materia de situaciones de control y, por ende, en la de los grupos¹⁸⁷.

contabilidad generalmente aceptados. [...]” (cursiva fuera de texto).

¹⁸⁶ Cabe aclarar que se trata de la presentación consolidada de un solo estado financiero; sobre este punto, y con respecto a la regulación colombiana, cfr. artículo 35 L.222/95. *Estados financieros consolidados*: “[...] *La matriz o controlante*, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, *debe preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados*, que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, *como si fuesen los de un solo ente.* (...)” (cursiva fuera de texto).

¹⁸⁷ Sobre este escenario jurídico de participación cfr. **nota 41**; de la misma forma, cabe observar lo comentado en la **nota 157** sobre el sistema jurídico anglosajón.

Ahora bien, con el fin de explicar el propósito de eliminación, partiré de la exposición de los sujetos que intervienen en el acto jurídico-económico, siendo de esta manera relacionados tanto la sociedad dominante como sus subordinadas.

Por otra parte, y empleando el factor etimológico, me remitiré al análisis del calificativo *holding*, concibiéndolo como la "entidad principal o generadora de otras"¹⁸⁸; en este mismo contexto, es posible examinar la denominación de filial, simbolizada como "lo perteneciente al hijo o al sujeto que depende de la entidad principal o de la madre"¹⁸⁹.

En este sentido, y en el ordenamiento colombiano, admitir la prohibición de que una sociedad filial posea participaciones de manera directa o indirecta en una empresa matriz resulta ser una figura jurídica y económicamente equívoca, en la medida que aquel tipo de relaciones patrimoniales no producirá efectos económicos en razón de la manipulación económica por parte de la dirección existente¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Del lat. *matrix*, -*icis*. Disponible en [<http://lema.rae.es/drae/?val=matriz>], consultada el 27 de agosto de 2013.

¹⁸⁹ Del lat. *Filiālis*. Disponible en [<http://lema.rae.es/drae/?val=filial>], consultada el 27 de agosto de 2013.

¹⁹⁰ En este estado, cabe recordar que en el ordenamiento colombiano (art. 262 del C.Co.) aquel tipo de participaciones recíprocas fueron entendidas como conductas ineficaces de pleno de derecho (cfr. **nota 41**).

No obstante lo relacionado en la sistematización colombiana, no comparto el señalamiento de hallar el modelo prohibitivo¹⁹¹ en el mismo Régimen Comercial español¹⁹² al consentir la adquisición si se trata de sociedades anónimas suscriptoras o si se estipula previamente en las sociedades de responsabilidad limitada¹⁹³.

¹⁹¹ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 66.

¹⁹² Sobre el particular cabe consultar el *RDL 1/2010 L.S.C.* en lo relativo a los artículos 134 y 151, en la medida que trata el asunto de los negocios sobre las propias acciones, y concretamente el de la obligación de *suscribir* así como la de *participar*. Al respecto cfr. **nota 41** en lo relativo a la Adquisición Originaria de acciones propias y de participaciones, “[...] *Artículo 134. Prohibición.* En ningún caso las sociedades de capital podrán asumir o *suscribir* sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante. [...]” (cursiva fuera de texto), comparada con la norma del mismo *RDL 1/2010 L.S.C.*, “[...] *Artículo 151. Participaciones recíprocas. No podrán establecerse participaciones recíprocas que excedan del diez por ciento de la cifra de capital de las sociedades participadas.* La prohibición afectará también a las participaciones circulares constituidas por medio de *sociedades filiales.* [...]” (subrayado y cursiva fuera de texto).

¹⁹³ En relación con la adquisición de acciones propias, cabe advertir cuándo la misma ha sido realizada de manera originaria para las sociedades anónimas (Sección Primera, art. 136) y cuándo derivada para las de responsabilidad limitada (Sección Segunda art. 140). *RDL 1/2010 L.S.C.*: “[...] *Artículo 136. Adquisición originaria por la sociedad anónima.* 1. Las acciones suscritas infringiendo la prohibición del artículo 134 serán propiedad de la *sociedad anónima suscriptora.* [...]”; *Artículo 140. Adquisiciones derivativas permitidas.* 1. La *sociedad de responsabilidad limitada sólo podrá adquirir sus propias participaciones, o participaciones o acciones de su sociedad dominante en los siguientes casos:* a) Cuando formen

Y no apruebo aquella situación por las razones éticas y económicas esbozadas con anterioridad¹⁹⁴, es decir, por entrar a equiparar el asunto con el simple hecho jurídico de poseer un título determinado de las partes de interés, cuotas o acciones de una sociedad dominante, así como por la misma manipulación económica expuesta por parte de la dirección.

En definitiva, el acto jurídico del Registro Mercantil, y el de las participaciones recíprocas, son consecuencias que están presentes tanto en las situaciones de control como en los grupos societarios¹⁹⁵.

parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas. b) Cuando las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general. c) Cuando las participaciones propias se adquieran en el caso previsto en el artículo 109.3. d) Cuando la adquisición haya sido *autorizada por la junta general*, se efectúe con cargo a beneficios o reservas de libre *disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido* de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o participaciones transmitidas mortis causa. [...]” (cursiva fuera de texto).

¹⁹⁴ Contrario a la concepción de no admitir la existencia de participaciones recíprocas hasta un monto determinado se halla parte de la doctrina, entre otros, PAZ-ARES, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, ALONSO UREBA, FLORES DOÑA, MONGE GIL, citados por DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 66, nota 147.

¹⁹⁵ No obstante, y sobre las sociedades en relación de participaciones recíprocas, consultar DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., pp. 60 a 75.

B. El informe especial de los grupos empresariales

Una vez tratados los alcances jurídicos de las situaciones de control, presentes por ende en los fenómenos económicos, es el momento oportuno para profundizar en otras consecuencias directas; sin desconocer la naturaleza de los mercados, y entrando en la divergencia conceptual del área jurídica-económica, considero un deber exponer las repercusiones abiertas que contable y económicamente se derivan de tal situación, pero partiendo de otro sistema continental.

El ordenamiento alemán reguló lo concerniente al deber de comunicación existente en el mercado a partir de la explicación económica de revisar o verificar las cuentas de las sociedades¹⁹⁶; así, partiendo de esta finalidad, me permitiré referenciar los actos de control existentes en

¹⁹⁶ En lo que respecta a la elaboración y obligatoriedad, los informes de gestión y las cuentas consolidadas de los grupos se hallan reglamentadas en el §290 (1) HGB, que según el ámbito de aplicación (*Anwendungsbereich*) será lo previsto en el *Código de Comercio alemán*, cit., p. 122: “[...] §290 *Obligatoriedad de su elaboración.* (1) *Si las empresas de un grupo se encuentran bajo la dirección común de una sociedad de capital (empresa matriz) con domicilio en el territorio nacional, y su participación en la o las otras empresas que se encuentran bajo su dirección común (empresas filiales) es como la descrita en el §271, párrafo 1, los representantes legales de la matriz deben formular, en los primeros cinco meses del ejercicio contable del grupo, las cuentas consolidadas y el informe de gestión consolidado, relativo al ejercicio anterior. [...]*” (cursiva fuera de texto).

la Ley de Publicidad (*Publizitätsgesetz. PubliG*)¹⁹⁷ o lo establecido en la *AKtG* en el Libro Primero (§§1 a 277), Quinta Parte (§§150 a 178 -derogado-) en las secciones *primera*, sobre el cierre de las cuentas anuales (§§150 a 161); *segunda*, relativa a la auditoría de las cuentas (§§162 a 169 derogados - 171); *tercera*, concerniente a la aprobación del cierre anual de cuentas (§§172 a 176), y *cuarta*, referente a la publicación de los estados financieros (§§177 y 178 derogados)¹⁹⁸.

Del mismo modo, y dentro de la finalidad de la revisión de las cuentas, se hallan los actos de verificación (*Prüfung*) provenientes al interior de los grupos (§§316-324 *HGB*), que establecen tanto el *deber de auditar* las cuentas anuales y los informes de gestión consolidados de las sociedades, como el *de colaborar* por parte de los representantes legales, el derecho de acceder a la *información económica*, y finalmente, la *responsabilidad del auditor de cuentas*¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Sobre la visión doctrinal de los actos de control, puede observarse lo señalado por KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., p. 443, para quien en la esfera del *Anwendungsbereich* de la ley en materia de grupos debe aplicarse el §290 *HGB*, y frente a otra formas jurídicas debe emplearse lo dispuesto en el §§11-15 *PubliG*. Asimismo, se considera que las cuentas anuales de resultados y los informes de gestión han de ser sometidos a una *auditoría* y una verificación de la contabilidad según lo que se ha determinado por el mismo ordenamiento (§§6-10 *PubliG*): ibíd, p. 444.

¹⁹⁸ *Ley Alemana de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 112 a 120.

¹⁹⁹ *Código de Comercio Alemán*, cit., pp. 141-149.

Además, mal podría desconocerse el informe de dependencia -*Abhängigkeitsbericht*- consagrado en el §312 AktG²⁰⁰, concebido como la obligación de informar por parte del órgano de dirección de la sociedad dependiente, no solo a la sociedad sino también a los accionistas externos y a los acreedores²⁰¹⁻²⁰².

Retornando a los regímenes a tratar en la investigación, cabe aclarar que en el sistema colombiano el informe

²⁰⁰ *Ley Alemana de Sociedades Anónimas*, cit., p. 185: “[...] Artículo 312. Informe de la Dirección sobre las relaciones con las empresas vinculadas. 1. Si no existe contrato de dominación, la Dirección de una sociedad dependiente elaborará [...] un informe sobre las relaciones de la sociedad con las empresas vinculadas. En el informe se enumerarán todos los negocios jurídicos que la sociedad haya concluido, durante el ejercicio pasado, con la empresa dominante o con una empresa vinculada a ella, [...] 2. El informe habrá de observar los principios de una rendición de cuentas ordenada y fiel. 3. Al final del informe, la Dirección declarará si, (...) la sociedad recibió en cada ejercicio jurídico una contraprestación adecuada y no sufrió perjuicios por el hecho de haber adoptado u omitido la medida. En caso de haber resultada perjudicada la sociedad, deberá declarar, además, si se han compensado los daños. La declaración deberá recogerse, igualmente en el informe sobre la gestión social. [...]” (cursiva fuera de texto).

²⁰¹ MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado*, cit., pp. 522 a 528.

²⁰² Acerca de este punto de información se halla el deber de comunicación del Derecho Societario en relación con los grupos, en la medida que consagra la carga de notificar cualquier movimiento del capital social a través de sus participaciones (§20 AktG, obligaciones de notificación; §21 AktG, obligaciones de notificación de la compañía, y §22 AktG, prueba de la explotaciones notificadas. Al respecto cfr. KÜBLER, Friedrich. Ob. cit., pp. 592 y 593

especial es la puesta en conocimiento por parte de los administradores de los integrantes del grupo, de las manifestaciones económicas sucedidas al interior del fenómeno económico²⁰³, siendo necesario explicar el grado económico de las relaciones entre las matrices y subordinas, si además del control se establece la dirección económica unificada²⁰⁴.

²⁰³ Sobre la descripción de la obligación de comunicación, la obligación de comunicación de la sociedad, y la prueba de las participaciones comunicadas (§20, §21 y §22, respectivamente) cfr. *Ley Alemana de Sociedades Anónimas*. Ob. cit., pp. 37 a 38. No obstante, para obtener una primera aproximación a la órbita jurídica pero no económica de los informes especiales, consultar CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. "Parámetros a seguir de los grupos empresariales. Sistemas anglosajón y continental", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 6, n.º 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013.

²⁰⁴ Artículo 29 L.222/95. *Informe especial*: "[...] En los casos en que exista grupo empresarial, tanto los administradores de las sociedades controladas, como los de la controlante, deberán presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios, en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada. Dicho informe, que se presentará en las fechas señaladas en los estatutos o la ley para las reuniones ordinarias, deberá dar cuenta, cuando menos, de los siguientes aspectos: 1. *Las operaciones de mayor importancia* concluidas durante el ejercicio respectivo, de manera directa o indirecta, entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada; 2. *Las operaciones de mayor importancia* concluidas durante el ejercicio respectivo, entre la sociedad controlada y otras entidades, por influencia o en interés de la controlante, así como las operaciones de mayor importancia concluidas durante el

Ahora bien, con el propósito de encontrar una relación estrecha entre los deberes de información, comunicación y notificación, y los integrantes del agrupamiento, es posible relacionar los códigos de gobierno corporativo, así como los informes especiales, en la medida que estos últimos se convierten en una herramienta económica que sirve para examinar la gestión empresarial de sus integrantes así como de los terceros y el propio mercado²⁰⁵.

ejercicio respectivo, entre la sociedad controlante y otras entidades, en interés de la controlada, y 3. *Las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlada haya tomado o dejado de tomar por influencia o en interés de la sociedad controlante, así como las decisiones de mayor importancia que la sociedad controlante haya tomado o dejado de tomar en interés de la sociedad controlada. La Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, podrá en cualquier tiempo, a solicitud del interesado, constatar la veracidad del contenido del informe especial y si es del caso, adoptar las medidas que fueren pertinentes. (...)*" (cursiva fuera de texto).

²⁰⁵ En el ordenamiento alemán (§161 AktG) se plantea el deber de los órganos de dirección y consejos de vigilancia de informar los códigos de gobierno corporativo seguidos por las sociedades cotizadas y las que emitan valores distintos de las acciones; de la misma forma, existen recomendaciones de la comisión gubernativa sobre el código alemán de gobierno corporativo hechas por el Ministerio Federal de Justicia. Sobre el particular, y por la importancia que representa frente a su claridad, cfr. *Ley Alemana de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 115 a 116: "[...] Artículo 161. *Declaración relativa al código de gobierno corporativo.* 1. *La Dirección y el Consejo de Vigilancia de la sociedades cotizadas declararán anualmente si se siguieron o se han seguido las recomendaciones de la "Comisión gubernativa sobre el Código alemán de gobierno corporativo" hechas públicas por el Ministerio Federal*

Sin embargo, lo anterior se alejaría de la figura del *corporate governance* ya que en el sistema colombiano es exigible la presentación del informe so pena de recibir una sanción, contrario a la naturaleza jurídica propia de los códigos, que no pasan de ser unas reglas de gestión.

La información económica de enajenar-adquirir unas participaciones o unas acciones al interior de una sociedad que hace parte integral de un grupo, es un asunto de interés, no solo entre las partes sino de atractivo para el propio mercado; bastaría entonces con incluir dentro de las políticas de buen gobierno corporativo el reflejo de unas reglas económicas de los integrantes del grupo, de las cuales se carece en la actualidad.

II. Una forma diferente de entrever los resultados

Considerable en su extensión ha sido la manera como se plantea el asunto de los efectos jurídicos alrededor de de Justicia en la parte oficial del *Boletín federal* de anuncios electrónico, o qué recomendaciones no se aplicaron o no se aplican y por qué no. La misma regla se aplicará a la Dirección y al Consejo de Vigilancia de una sociedad que haya emitido valores distintos a las acciones exclusivamente para su negociación en un Mercado organizado en el sentido del artículo 2 párrafo 5 de la Ley de negociación de valores y cuyas acciones emitidas se negocien, por criterio propio, en un sistema mercantil multilateral en el sentido del artículo 2, párrafo 3, inciso 1, número 8 de la Ley de negociación de valores. 2. *La declaración será accesible al público, con carácter duradero, en la página de Internet de la sociedad. [...]*" (cursiva fuera de texto).

un agrupamiento, sin embargo, resulta corta si de comprenderlo como un todo se trata.

A lo largo de esta investigación he venido describiendo la concepción y delimitación de los grupos, logrando apreciar su significado, y los elementos que lo conforman sin los cuales no existiría ningún tipo de anormalidad económica o degeneraría en otra variedad de institución; de igual forma, he pretendido que se perciba con mayor rigor el aspecto empresarial y económico de tales fenómenos.

Al igual que la concepción y la delimitación, se han expuesto las consecuencias jurídicas que implica el formar parte de un agrupamiento; sin embargo, es el momento oportuno para reconocer las implicaciones jurídicas existentes al entrever los grupos en facetas, como la de la unidad, así como la comprensión en el actuar de conformidad con la pluralidad.

A. Bajo la figura unitaria

Se ha apreciado al grupo como un fenómeno económico que afecta con su participación el mercado a su alrededor, el cual, a pesar de ser considerado como una unidad empresarial, no implica que se encuentre dotado de personalidad jurídica sino que *a contrario sensu*, se reconoce su importancia económica y se le asignan unos elementos que buscan maximizar los beneficios de los integrantes, así como de los terceros²⁰⁶.

²⁰⁶ A través de esta particularidad se hace necesario aclarar que de esta característica se hallan investidos otros entes jurídicos que

Dotar de personalidad jurídica a una anomalía económica trae aparejada una pérdida de percepción del entorno mercantil propio de los grupos, ya que al ajustar aquel fenómeno al hermetismo de la personalidad se está cercenando la volatilidad de las actuaciones económicas donde fluctúan las transformaciones pero no las disposiciones jurídicas societarias que impiden el desarrollo económico de las variaciones comerciales.

Se ha señalado que el grupo, bajo una perspectiva jurídica, ha de ser entendido en proporción a la participación de cada uno de los miembros, además de las implicaciones jurídicas que representa el hecho mismo de su existencia.

No obstante lo señalado, y desde un entorno económico, tal anomalía no es más que una realidad comercial, en cuanto se trata de una empresa unitaria que vigila el desarrollo o el incremento de las utilidades²⁰⁷, sin desconocer el interés de asistir a la concepción

carecen también de la personalidad jurídica, haciendo referencia concretamente a las figuras privatistas del Derecho como los patrimonios autónomos y la herencia subyacente.

²⁰⁷ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 87: “[...] La ciencia económica presta su atención al grupo en cuanto *unidad económica*, es decir, en cuanto *empresa unitaria* y se interesa por los beneficios que una planificación económica *unitaria* produce para el conjunto [...]” (cursiva fuera de texto).

deontológica y consecuencialista de juristas y economistas, respectivamente²⁰⁸⁻²⁰⁹.

Por otra parte, y desde la órbita económica-empresarial, hacen parte de un grupo tanto los sujetos jurídicos dominantes como las universalidades económicas que,

²⁰⁸ Sobre el particular ver la declaración sobre TEUBNER realizada por EMBID IRUJO, José Miguel en: RODRÍGUEZ ARTIGAS et al., Derecho de SRL, II, cit., págs. 600-601. Cfr. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., p. 87. nota 230.

²⁰⁹ Con respecto a la concepción jurídico-económica del grupo, me basaré en los argumentos empleados para describir la participación de un patrimonio autónomo al interior de un proceso concursal, bien como acreedor ora como deudor de aquel trámite cuando existen entre ellos unas relaciones crediticias; siendo evidente que también en la universalidad jurídica del grupo existe la inclinación concursal orientada en factores económicos. Sobre el particular, se puede acudir a la obra de SOTOMONTE MUJÍCA, David. "El patrimonio autónomo como deudor concursal", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 5, 11 y 13. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013: "[...] Tenemos, entonces, que el patrimonio autónomo no es otra cosa que un conjunto de bienes sin personalidad jurídica, transitorio, acéfalo, carente de titular temporal, considerado por algunos como universalidad jurídica de inmediato y exclusivo contenido económico, [...] tenemos que la inclusión de los patrimonios autónomos como destinatarios del régimen de insolvencia es una opción legislativa acertada y plausible. No sólo es el resultado de la observancia de la realidad económica y negocial, sino también la reiteración del carácter dinámico y cambiante del Derecho Concursal, mediante el reconocimiento de las modernas modalidades de participación en la economía y aquellas de creación, gestión y desarrollo empresarial. [...] De las normas en comento se desprende, unívocamente, que el patrimonio autónomo llamado a ser deudor

estando en una situación de control, se hallan atadas a una subordinación²¹⁰.

No resulta menos controvertible la posición planteada al interior de los grupos por coordinación en los que se concibe la presencia de estos cuando no existe la posición de control²¹¹, dejándose de esta manera el campo abierto para comprender que figuras o entidades de naturaleza no societaria hagan parte de las agrupaciones²¹².

Es necesario, entonces, dilucidar el sentido de los citados grupos paritarios acudiendo a la concepción de

concurral no es otro que aquel que desarrolla actividades empresariales, es decir, aquel que en su interior, mediante los elementos que lo integran, conforma una empresa, o en gracia de discusión, cuando menos hace parte integrante y fundamental de una, sin importar si dicha empresa es mercantil o no -por cuanto el legislador no calificó la actividad-. [...]" (cursiva fuera de texto).

²¹⁰ Sobre el particular existe la posición de no considerar como ente controlado aquellos sujetos jurídicos que no son económicamente admisibles en el perfeccionamiento de la anomalía, o aquellos entes que no entran a ejercer una actividad económica en la conformación de un único grupo (*konzerernresistenz*); cfr. **nota 33** en lo que respecta a los sujetos jurídicos de las asociaciones civiles o las fundaciones.

²¹¹ Sobre los grupos sin control pese a la explicación suministrada de hallarnos ante grupos empresariales jerárquicos (cfr. **nota 10**), debe observarse lo que en mi consideración es la errada concepción del grupo empleada en el ordenamiento colombiano (cfr. **nota 12**).

²¹² De la misma forma que los patrimonios autónomos y las fundaciones se hallan las cooperativas y las sociedades colectivas; sobre estos dos últimos asuntos en particular, cfr. respectivamente **notas 36 y 37**.

exponer la existencia de los mismos con la clara presencia de una unidad de propósito y dirección, y en donde esta última categoría representaría, en mi entender, cierto tipo de control²¹³.

En consecuencia, y como fenómeno económico, en presencia del grupo se está ante una universalidad jurídica o figura unitaria que interactúa en el mercado como un sujeto económico, que en ocasiones se ve como un ente jurídico comercial cuando es percibido así por las partes.

B. Con una apreciación de pluralidad

Considerada la noción económica, examinaré ahora en igual medida la pluralidad de sujetos en torno al grupo, recordando lo trazado sobre la universalidad, entendida como empresa unitaria, pero siendo de interés su crecimiento en aras de los beneficios como unidad.

Asimismo, existe la configuración de los grupos bajo la visión jurídica, donde se aprecia la intervención de cada uno de los miembros y los alcances jurídicos que comportaría la existencia del grupo, valorando la pluralidad de entes al interior de este fenómeno empresarial²¹⁴.

²¹³ En lo relativo a la integración del control al interior de la dirección unitaria cfr. **notas 55 y 56**, y respecto a la no confusión de términos dirección-control cfr. **nota 14**.

²¹⁴ Teniendo presente lo establecido frente a la diversidad de integrantes del fenómeno económico, desde los entes jurídicos que carecen de fisonomía societaria hasta las simples situaciones

Ahora bien, dentro del enfoque jurídico se encuentra el asunto de la insolvencia -Derecho Concursal- en donde la persona moral no es más que un patrimonio para los acreedores y, como tal, debe apreciarse el entorno económico de los entes que hacen parte del grupo por la garantía económica que representa la pluralidad de intervinientes.

Al analizar el aspecto jurídico-económico de la existencia de una empresa, y haciendo alusión al grupo, es preciso tener en cuenta el elemento subjetivo de la autonomía jurídica de cada una de las personas morales que están bajo la dirección unitaria, o la independencia de la pluralidad de sujetos²¹⁵.

Muchos autores han determinado los requisitos de existencia de los grupos, siendo de apreciar la independencia jurídica de sus miembros²¹⁶ o la soberanía de los órganos societarios (Derecho Societario); sin

comerciales desprovistas de personalidad jurídica.

²¹⁵ Antes de iniciar una controversia jurídica es recomendable cfr. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit. p. 200, nota 140; no comparto el concebir la pluralidad de las personas jurídicas como elemento esencial del grupo, por cuanto al ser un suceso económico, el mismo admite cualquier sujeto jurídico en su desarrollo, tal y como los carentes de la fisonomía societaria o los desprovistos de la personalidad moral, tales como los patrimonios autónomos en los procesos concursales (cfr. **nota 33**).

²¹⁶ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., pp. 87 y 88; EMBID IRUJO, José Miguel. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., pp. 8 a 14, y BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., p. 562.

embargo, esta libertad puede contraponerse a la pérdida de autonomía económica²¹⁷ soportada por el mismo fenómeno económico²¹⁸.

En definitiva, no es correcto olvidar la labor desempeñada por los integrantes de un grupo, quienes, actuando en una misma dirección, maximizan sus beneficios manteniendo la autonomía jurídico-económica, o lo señalado por la doctrina como unidad jurídica y económica²¹⁹.

²¹⁷ Sobre el particular cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto. *Os grupos de sociedades*, 2.^a ed., Coimbra: Editorial Almeida, 2002, p. 52, citado por DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit. p. 87, nota 233, y URÍA, Rodrigo. Ob. cit., p. 603.

²¹⁸ Comparto la posición doctrinal (GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, cit., p. 142) que considera superar la clasificación existente de la dependencia económica entre las sociedades al interior del grupo, ya que no es una simple subordinación económica y no siempre se verifica el agrupamiento entre sociedades, tal como fue expuesto por BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., p. 562 (y se detalla en las **notas 14, 33 y 35**). Asimismo, tomo parte de la indicación de que la dirección unificada es el elemento característico de un Grupo Societario: “[...] En nuestra opinión, es la *dirección unitaria* y lo que esta representa el centro de articulación del grupo. Por tanto, su esencia no descansa en los otros elementos citados (pluralidad de sujetos y medios o instrumentos que favorezcan la dirección unitaria), sino en la *finalidad* buscada por éstos, que no es otra que la organización bajo criterios de *unidad en la pluralidad*. [...]” (cursiva fuera de texto).

²¹⁹ Respecto de los integrantes, es clara la acción de los acreedores quienes por el pasivo generado hacen ver al ente de manera unitaria pues, como consecuencia de sus demandas, los entes que pertenecen al fenómeno no son otro asunto que un patrimonio dotado con cierta

Otro asunto a destacar es el de los *socios externos*²²⁰, entendidos como asociados de las sociedades subordinadas que no hacen parte manifiesta o reservada de la dirección de la empresa²²¹; así se interpretó en el ordenamiento alemán, cuando a través de la Exposición de Motivos de la *AktG* se afirmó aquella idea omitiendo a ciertos integrantes²²²⁻²²³.

autonomía gerencial y jurídica. Sobre el particular cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto. Ob. cit., p. 50, citado por DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit. p. 88, nota 236: “[...] los integrantes de un grupo se mantienen como células dotadas de *indivisibilidad jurídica y patrimonial* propia. [...]” (cursiva fuera de texto).

²²⁰ FUENTES NAHARRO, Mónica. “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, Archivo Institucional EPrints Complutense, 19 de abril de 2008, Madrid: Universidad Complutense, pp. 5 y ss. Disponible en [<http://www.ucm.es/eprintswww.es/BUCEM/der/10437.php>], consultada el 27 de agosto de 2013.

²²¹ *Ibid.*, p. 5, nota 2: “[...] El socio “externo” ha sido considerado tradicionalmente por legisladores y doctrina como el socio de la *sociedad dependiente que no pertenezca en modo alguno de forma directa ni indirecta al “círculo de control” del grupo* o que por otra circunstancia, no sufra la especial degradación en su posición jurídica que se vincula a la figura del socio externo. [...]” (cursiva fuera de texto).

²²²No obstante, y en relación con los socios externos, cabe destacar lo prescrito en la *Propuesta de Código Mercantil...*, cit., p. 366: “[...] Artículo 291-16. Socios externos. En las sociedades dependientes se consideran socios externos los que *no tengan participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante.* [...]” (cursiva fuera de texto).

Sin embargo, no pretendo concluir este punto de la pluralidad sin antes apreciar el esfuerzo realizado por el sistema español al preceptuar el derecho de separación y el reembolso para los accionistas (incluyendo los externos o minoritarios), en la anterior LSA así como en la LSRL, a través de sus causales legales de separación, hoy expuestas en el artículo 346 del RDL 1/2010 relativo a las mismas causales²²⁴.

Ibíd.: “[...] son accionistas externos todos los socios de la sociedad dependiente con excepción de: la *sociedad matriz*, los *accionistas cuyo patrimonio constituya una unidad con el patrimonio de la sociedad matriz*, los *accionistas cuyos rendimientos repercutan en la sociedad matriz*, los *accionistas cuyos títulos pertenezcan en su totalidad a la sociedad matriz*, los *accionistas que hayan concluido un contrato de cesión total de beneficios con la sociedad matriz* y los *terceros que contratan con la sociedad dependiente*. [...]” (cursiva fuera de texto).

²²³ En este mismo orden, se admitió la garantía existente para aquellos socios externos en los contratos de dominación respecto de las empresas vinculadas (cfr. *bundene Unternehmen*) y relativo a las estructuras de seguridad en relación con la compensación adecuada, la indemnización y la terminación del contrato (§§304 a 307). Sobre el particular cfr. *Ley Alemana de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 180 a 182.

²²⁴ Artículo 346. RDL 1/2010 L.S.C. Causas legales de separación: “[...] 1. Los *socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo*, incluidos los socios sin voto, *tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes: Sustitución del objeto social. - Prórroga de la sociedad. - Reactivación de la sociedad. - Creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos.* 2. En las *sociedades de responsabilidad limitada* tendrán, además, *derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.* 3. En

Con todo, sobre este punto se ha establecido que la pluralidad se presenta a través de los socios externos, por cuanto protegen el patrimonio de los miembros del grupo²²⁵ mediante las disposiciones de los derechos de compensación, separación e indemnización, todo ello

los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009 [...]” (cursiva fuera de texto). No obstante, y sobre el particular, vale la pena igualmente resaltar lo prescrito en la *Propuesta de Código Mercantil*, cit., p. 366 y 367: “[...] *Artículo 291-17. Derecho de separación del socio externo por integración de la sociedad en un grupo. 1. Cuando una sociedad cuyo capital no esté dividido en acciones admitidas a negociación en mercado secundario oficial se integre en un grupo, los socios externos en el momento de la integración de la sociedad en el grupo tendrán derecho a separarse de la sociedad. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de tres meses a contar desde la publicación en el Boletín Oficial del Registro mercantil de la integración de la sociedad en el grupo o desde que el socio hubiera tenido conocimiento de ella. 3. El socio que se separe tendrá derecho a obtener el valor razonable de las acciones o participaciones de que fuere titular en la sociedad dependiente a la fecha en que se hubiera producido la integración, deducidas las cantidades que a partir de ese momento hubiera percibido en concepto de dividendos o de devolución de aportaciones. [...]*” (cursiva fuera de texto).

²²⁵ Con el fin de analizar las categorías de accionistas minoritarios, pese a circunscribirse al Mercado Financiero, cfr. GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel. “El Gobierno Corporativo. el control de las empresas y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 9, III Valencia, 2003, pp. 134 a 136. Disponible en [http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n9/cola2_9.pdf],

cuando el socio decide abandonar el agrupamiento formado²²⁶ o la impugnación de los acuerdos sociales de la Junta o del Consejo Directivo²²⁷.

consultada el 27 de agosto de 2013.

²²⁶ Cabe advertir lo consagrado en el artículo 2497 *quater* del C.C. italiano expuesto en EMBID IRUJO, José Miguel. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios*, Madrid: 1987, pp. 206, 222 y ss., citado por FUENTES NAHARRO, Mónica. *Accionistas externos de grupos de sociedades...*, cit. p. 8, nota 9; de igual forma, frente a la separación y respecto de los accionistas minoritarios cfr. **nota 224 y 225**.

²²⁷ Las impugnaciones de los acuerdos pueden presentarse, en aras de la responsabilidad del administrador, por la dirección del Grupo por parte de la sociedad dominante; al respecto cfr. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz*, cit., pp. 147 y ss.; y sobre la objeción por haber faltado al deber de fidelidad de la controlante cfr. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. Ob. cit., pp. 177 a 186; o haber trasgredido el propio interés social, pp. 11 y 12.

SEGUNDA PARTE

ESPECIALIDADES DE UN GRUPO SOCIETARIO EN TORNO A LA CRISIS EMPRESARIAL

Cuando se pretende encontrar las características generales del fenómeno económico del grupo se deben observar los orígenes de tal situación, junto con las consecuencias económicas que pueden generarse en desarrollo de la manifestación comercial.

Es precisamente este asunto el que permite entrever las características económicas que originan cierto retroceso en la comprensión del grupo, así como la confusión alrededor de otra anomalía económica como la de la insolvencia, presente en el Derecho Concursal.

Para lograr este propósito partiré de la descripción de la personalidad moral, explicando además los órganos que la componen, hasta arribar a la relación entre el allanamiento de la personalidad y la visión económica de romper su hermetismo en aras de encontrar al responsable del daño ocasionado al sujeto que integra el grupo y que está en situación de insolvencia.

CAPÍTULO I

EN RELACIÓN CON LOS INCONVENIENTES DE LA PERSONA MORAL ALREDEDOR DE LA DESESTIMACIÓN

I. Precisiones de la personalidad jurídica

A. Respecto de los orígenes de la persona jurídica

En otro apartado de este estudio se expuso la importancia del Derecho Empresarial tratándose de los grupos, principiando con el debate respecto de las generalidades, continuando con la visión fisiológico-patológica, hasta concluir con el enfoque económico.

Carece de sentido que dentro del Derecho Mercantil se dote de personalidad a un grupo, ya que, considerando las teorías de la personalidad²²⁸, con ese hecho se estaría cercenando, a través de una norma, un negocio jurídico oscilante como es el de la anomalía económica; junto con este asunto, la figura del grupo puede ser objeto de maniobras fraudulentas que atenten contra variados patrimonios, incluidos los de las entidades que hacen parte de esa universalidad.

Sin querer caer en la monotonía, me permitiré citar de manera breve algunas generalidades de los inicios de la personalidad jurídica²²⁹ con el único fin de adentrarme en

²²⁸ Cfr. **notas 88 y 89**; respecto de la doctrina filosófica-analítica cfr. **nota 97**.

²²⁹ En una aproximación a los inicios de la personalidad, considero pertinente recurrir a los Principios Generales y para ello sugiero

el asunto de los grupos de sociedades y su incursión en el ámbito de la insolvencia.

La manera de lograr que el destinatario del Derecho fuera el hombre y no las formaciones que la técnica económico-jurídica edificó fue comprender, sobre todo a partir de la globalización económica, que el incremento de los beneficios no depende del actuar del sujeto jurídico interesado, sino que obedece al proceder de los demás partícipes del conjunto al que pertenecen²³⁰.

Sin embargo, fue con la dualidad romana de las colectividades de individuos (*universitas personarum* - corporaciones o asociaciones-) y de bienes destinados a

cfr. KRELLER, Hans. *Historia del Derecho Romano*, Fernando Hinestrosa (trad.), Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 77, 78 y 79.

²³⁰ Dentro del Derecho Romano esta idea es explicable bajo un contexto económico y desde un enfoque jurídico siendo, en mi consideración, susceptible aplicar la teoría económica del equilibrio de la teoría de juegos (cfr. **nota 1**).

un fin (*universitas rerum*²³¹ -fundaciones-)²³², como se generó una aproximación al fenómeno económico del grupo, percibiéndose en aquellas dualidades ciertas alianzas que, aun careciendo de la personalidad, eran acordadas en unidad por los sujetos y que, bajo una directriz, se orientaban a un propósito determinado.

²³¹ El concepto de *universitas rerum* se desarrolló en las constituciones imperiales -*leges*- donde se distinguió a la Iglesia como sujeto capacitado para ser custodio de un patrimonio (ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano, I Parte general. Derechos Reales*, 18.^a ed., Madrid: Revista de Derecho Privado 1988, pp. 101 y ss.), tal y como se hizo con la causas pías de los colegios o las ciudades (KASER, Max. *Das Römische Privatrecht, Ein Studienbuch*, 4.^a ed., Munich-Berlin, 1965, José Santa Cruz Teigeiro (trad.). 2.^a ed., Madrid: Editorial Reus, 1982, p. 86.), denominadas fundaciones fiduciarias (IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6.^a ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1972, p. 167.).

²³² Las personas jurídicas en el Derecho Romano (ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*, 13.^a ed., riveduta, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 68.) fueron observadas en la *jurisprudencia clásica*, como los organismos constituidos por la unión de hombres (corporaciones) (SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*, José Santa Cruz Teigeiro (trad.), Barcelona: Editorial Bosch, 1960, pp. 83 y ss.), mientras que a partir del *derecho justiniano* se desarrolló la figura de las fundaciones o los bienes destinados a un fin (FERRARA, Francisco. Ob. cit., pp. 35 y ss.). Sin embargo, y en lo que respecta al derecho justiniano, se aprecia cierta independencia entre una *fundación* y su creador en razón de los privilegios otorgados a las disposiciones para causas benefactoras; así que no existió una personificación en el ente fundacional como tampoco en el patrimonio destinado a un fin, ya que, y bajo la visión jurídica, no puede denominarse fundación sino *donationes sub modo* (MIQUEL, Joan. *Lecciones de Derecho Romano*,

En definitiva, las *universitas personarum* y *rerum* se clasificaron como los pilares básicos de lo que en la actualidad conocemos como la sociedad; sin embargo, el Derecho Romano no contó con el andamiaje de la persona jurídica debido a la percepción individualista del sujeto de derecho, así como a las abstracciones de la figura frente al sentido pragmático romanista²³³.

B. Posición frente a la concepción de la personalidad

Con el único fin de dotar de un soporte jurídico-económico a la visión unitaria del fenómeno de los grupos, expondré mi inclinación hacia la doctrina Barcelona: Editorial Promociones Publicaciones Universitarias, 1984, p. 43). Por otra parte, un segundo esquema jurídico fue el tocante a la *corporación*, ya que los derechos y las obligaciones de ésta no eran característicos de aquella, sino correspondientes a las partes, a pesar de existir una política individualizadora de cada uno de sus constituyentes.

²³³ Pese a los orígenes romanistas, y dando un salto en la evolución de la personalidad jurídica, fue con la Revolución Industrial que se otorgó el privilegio de la limitación, no solo a las personas físicas, sino también al nuevo comerciante (la sociedad), de los derechos y deberes similares a los suministrados a los socios individualmente considerados, surgiendo así el hermetismo de la personalidad jurídica (CAPILLA RONCERO, Francisco. Ob. cit., pp. 67 y 68), cabiendo señalar, además, que estos asuntos fueron el inicio de un debate jurídico que sugiero consultar, cfr. ibíd., pp. 68 a 71: “[...] No se precisa un exceso de imaginación para suponer los inmensos riesgos creados de resultas del triunfo de semejante concepción. Curiosamente la voz de alarma se dio por vez primera en el ámbito de las relaciones internacionales, antes que en el propio del Derecho civil. [...]” (cursiva fuera de texto).

filosófico-analítica²³⁴ de la personalidad²³⁵, con el fin de evaluar la importancia de abusar de una persona moral en detrimento del fenómeno económico al que pertenece.

Las posiciones sobre la naturaleza de la persona moral²³⁶, principiando con las ideas de la ficción, pasando por las de la realidad y hasta las del positivismo²³⁷, han determinado que todas estas teorías sean conciliadas en un estricto concepto jurídico²³⁸ pues, mientras solo el hombre haya sido admitido como sujeto de derecho, la persona jurídica debe entenderse como el "modo ser" de las cosas y no como una cosa en sí misma considerada²³⁹.

²³⁴ Cfr. **nota 96**.

²³⁵ Sin alejarme del tema central, considero preciso recordar la aclaración hecha en este acápite introductorio respecto de la equiparación entre la personalidad y la persona jurídica; esta perspectiva fue esbozada por GEORG JELLINEK a pesar de la visión crítica de FRANCESCO FERRARA.

²³⁶ Cabe precisar que las consideraciones de aquel ente jurídico proceden de la *definición*, ya que esta encauza la respuesta con la existencia real de la personalidad, pasando por un *método jurídico*, en la medida que resuelve los interrogantes de la naturaleza jurídica, hasta concluir con una *proximidad con otras significaciones* tal y como sucedía con el asunto de la persona natural o la unilateralidad. Sobre este asunto en particular cfr. BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 55 a 59.

²³⁷ Acerca de los planteamientos de FRANCESCO FERRARA (teoría de la ficción), HEINRICH LECHMANN (hipótesis de la realidad) y sobre el positivismo, cfr. SCARPELLI, HART y D'ALESSANDRO (doctrina filosófico-analítica) (cfr. **nota 97**).

²³⁸ Se hace alusión al concepto jurídico de la teoría dogmática visto por FERRARA, Francisco. Ob. cit., pp. 313 y ss.

²³⁹ Ídem, p. 342: "[...] *La personalidad jurídica es una forma jurídica, no un ente en sí. [...] La persona jurídica no es una cosa, sino un*

Alrededor de esta noción, y con ánimo de precisar lo expuesto en otra oportunidad²⁴⁰, debe igualmente valorarse a la persona jurídica con cierta naturalidad ya que no existe reparo alguno para que el ordenamiento le otorgue la personalidad a entidades distintas del hombre²⁴¹.

Ahora bien, esta interpretación está sujeta a otra valoración en la medida en que el escenario en el cual se introduce la concepción formalista corresponde al más

modo de ser de las cosas [...] La personalidad jurídica es la vestidura orgánica, con la que ciertos grupos de hombres o establecimientos se presentan en la vida del derecho, es la configuración legal que asumen para participar en el comercio. La personalidad es un sello jurídico que viene de fuera a sobreponerse a estos fenómenos de asociación y de ordenación social; que puede faltar, variar, cambiar: pero el substrato, la materia sujeta a este sello jurídico es siempre una colectividad o una organización social. Por esto no hay ninguna diferencia sustancial entre corporaciones o asociaciones no reconocidas: en ambas el substrato es idéntico, y el reconocimiento de personalidad no tiene otro valor que conceder a estas pluralidades variables de individuos la forma más adecuada de unidad jurídica. [...]" (cursiva fuera de texto).

²⁴⁰ Cfr. **notas 88, 89 y 91**, distanciando la concepción filosófica-analítica expuesta en la **nota 97**.

²⁴¹ Cuando el sistema jurídico confiere la particularidad de la personalidad lo que está haciendo es reglando el comportamiento de quienes forman la entidad, ajustando los límites definidos a fin de adaptar un ente diverso al propio ser, lo cual, articulado con los demás asociados, conforma el querer de la persona jurídica. Sobre el particular cfr. FERRARA, Francisco. Ob. cit., p. 359: "[...] Las personas jurídicas pueden definirse como asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin y reconocidas por la ordenación jurídica como sujetos de derecho. [...]" (cursiva fuera de texto).

absoluto conceptualismo jurídico, aplicándose a la par de los preceptos que regulan las personas jurídicas²⁴².

Pese a lo señalado, cuando se aprecia la persona moral como una realidad y no como una fantasía, o bien, se deduce que no existe ninguna traba para que los ordenamientos provean de personalidad a entidades diferentes del ser humano (sociedades, fundaciones y corporaciones), no con ello se está admitiendo que se dote de personalidad a un fenómeno económico como un grupo, sino que se está, simplemente, discutiendo sobre el "modo de ser" de los asuntos que rodean las anomalía²⁴³.

²⁴² Sobre estas observaciones cabe examinar lo manifestado por CAPILLA RONCERO, Francisco. Ob. cit., p. 55: "[...] la *concepción formalista* de la personalidad jurídica se inserta, con todos sus logros pero también con todos sus defectos, en el movimiento del llamado *conceptualismo jurídico, que usa y abusa del conocido como método de la inversión dogmática*. [...]" (cursiva fuera de texto).

²⁴³ De manera concluyente, deben apreciarse tanto los supuestos del uso técnico, mas no cotidiano, del término, como los elementos que lo conforman, junto con las consecuencias jurídicas de los asuntos que han rodeado el hecho; todo ello con el fin de valorar la existencia de las reglas jurídicas para dotarlo de personalidad, de la cual carecen los grupos. Sobre el significado semántico del término persona jurídica, y la visión del nuevo positivismo jurídico de fijar las afirmaciones sobre los hechos expresando las órdenes o la aplicación de éstas, sugiero detenerse en la corriente doctrinal de ALFF ROOS a fin de comprender la implicación terminológica del uso de la palabra "persona jurídica". El escenario jurídico gira alrededor del tema de los términos, especialmente los empleados por la tribu Aisat-naf de las islas Noisuli, bajo los cuales el pensamiento de las locuciones, el derecho subjetivo o las facultades inherentes al hombre emanadas de una norma, eran simples

Sobre el lenguaje jurídico de la persona moral cabe aclarar su escasa limitación²⁴⁴, pues las reglas existentes no están dirigidas a las personas o a los asuntos en particular sino a las clases y pautas aplicables a las situaciones que se contemplan; no sobra precisar que tampoco conducen estas reglas a las cuestiones imprevistas en el momento en que se establecieron, tal y como sucedió con los grupos²⁴⁵.

Las reglas internas de comportamiento, incluyendo las normas, son para el pensamiento jurídico actos que otorgan sentido a los hechos, a la realidad²⁴⁶, acompañados de la distinción entre los puntos de vista interno y externo²⁴⁷.

Así las cosas el enfoque filosófico-analítico de la persona jurídica²⁴⁸ determina el significado lingüístico de la naturaleza de la personalidad moral a partir de la

instrumentos para la técnica de presentación con fines sistemáticos o técnicos. Sobre el particular cfr. ROSS, Alff Niels Christian. Tû-Tû, Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, pp. 9,10 y 42.

²⁴⁴ Sobre el asunto restrictivo se sugiere consultar HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961; Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

²⁴⁵ RODRÍGUEZ, Cesar. *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Editorial Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 1998, pp. 32 y 33.

²⁴⁶ Al respecto cfr. SACRAPELLI, Uberto. *Quèst-ce que le positivisme juridique?*, Colette Clavreul (trad. de l'italien), Paris, Bruylant L.G.D.J, 1996, p. 38.

²⁴⁷ Ídem, p. 42.

²⁴⁸ Cfr. **nota 97**.

investigación del positivismo jurídico, mientras que el significado gramatical no es menos que la expresión de un símbolo incompleto²⁴⁹ que indica la realidad existente desprovista de la correspondencia fáctica inmediata²⁵⁰.

II. El levantamiento del velo como problema de relativización de la persona jurídica

A. El umbral de la Teoría del allanamiento

Los ordenamientos han consagrado mecanismos de amparo frente a los intereses de los hombres, mostrando cómo el derecho objetivo asigna cierto tipo de protecciones para los derechos subjetivos; de donde resulta comprensible que la persona jurídica, al ser entendida como un sujeto de derecho distinto de los miembros que la componen, tenga la capacidad de contraer obligaciones y a su vez la facultad de adquirir derechos, invistiendo con el manto tutelar del derecho objetivo los derechos subjetivos que entra a adquirir.

Así mismo, los regímenes jurídicos han señalado mecanismos de amparo frente a los intereses de los hombres, determinando que el²⁹¹ Derecho Objetivo, al entrar a fijar la defensa de los derechos subjetivos que se adquieren, y percibir al ente jurídico como un sujeto de derecho distinto de los miembros que lo componen,

²⁴⁹ D'ALESSANDRO, Floriano. *Persone Giuridiche e Analisi del Linguaggio. Studi in Memoria di Tulio Ascarelli*, vol. I, Milano, 1969, citado en BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 61.

²⁵⁰ Ídem.

claramente logra deducir que tienen la capacidad para contraer obligaciones y adquirir derechos²⁵¹.

De manera conjunta con la limitación de la responsabilidad por parte de los integrantes de la persona moral, su control se ve restringido al querer de unos pocos miembros que, en razón de su participación²⁵², alcanzan a ejercer una posición dominante al interior de la misma.

Este poder en manos de pocos puede generar cierta desviación del propósito del ente jurídico, pudiendo ser empleado de manera abusiva por las personas que lo constituyen o son miembros²⁵³; es necesaria, entonces, la

²⁵¹ Sobre la percepción de la persona jurídica como un "sujeto de derecho" cfr. GALGANO, Francesco. *Derecho Comercial. Las sociedades*, cit., p. 66.

²⁵² La participación dentro de un ente no se reduce a la intervención en el capital, sino que puede establecerse a través de votos o por intermedio de actos o negocios jurídicos; todo ello en relación con la distinción entre los miembros que componen una colectividad y esta. Ahora bien, aquello ha de vislumbrarse bajo el principio de alteridad y respecto del abuso de la persona moral; sobre el particular cfr. VERRUCOLI, Piero. Ob. cit., citado en BIGLIAZZI GERI, Lina., BRECCIA, Umberto., BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica*, 1.^a ed., t. I, vol. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992, pp. 105 a 108.

²⁵³ Cuando se levanta el velo de una persona moral se hace alusión a los actos ilícitos o a las acciones ejercidas por los socios, mas no a los hechos jurídicos acaecidos como consecuencia del comportamiento de sus órganos o sus administradores, ya que para tales comportamientos existe otro tipo de acciones jurídicas. Sobre esta particularidad cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. "La doctrina de

participación de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo, en lo que respecta a la reglamentación.

A pesar de que en las normas existe la protección de la personalidad jurídica²⁵⁴, se presentan, sin embargo, circunstancias en las que esas configuraciones se ven transgredidas no solo por el desconocimiento del Derecho, sino también por el uso indebido de la persona moral, o lo que resulta siendo lo mismo, el abuso de la personificación jurídica²⁵⁵.

la penetración de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los administradores y de los grupos económicos en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo”, *Abuso de la Personalidad Societaria, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2008-3, 1.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, pp. 525 y ss.

²⁵⁴ No apruebo la reglamentación existente en materia de grupos en el ordenamiento colombiano, ya que no concibo levantar el velo de la personalidad en razón de los actos abusivos del administrador de la empresa; sobre el particular cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. “La manipulación constitucional y los errores en la reglamentación de las normas mercantiles”, *REVIST@ E-Mercatoria*, vol. 11, n.º 1, 2012, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013.

²⁵⁵ En definitiva, dos son las posiciones frente a la transgresión de la personalidad: por una parte la posibilidad de alterar la estructura interna de una persona moral por parte del juzgador, generando así cierta inseguridad jurídica para todos los integrantes de la misma, y por otra, la actuación resulta necesaria como consecuencia de la violación de los parámetros jurídicos en razón a que la buena fe debe rodear la conducta del hombre, pues es necesaria en todo momento en un mercado y debe estar presente en su calidad de asociado.

1. Concerniente a una exposición sistemática

Para explicar lo relativo al abuso de la persona moral debo referirme en principio al agravio sucedido al propio Derecho, y para ello me detendré por un instante en la Roma antigua, en donde existía la creencia de que quien hiciera uso de un derecho subjetivo y ocasionara un daño, no se hacía responsable por los perjuicios causados²⁵⁶ porque no existía razón alguna para justificar la presencia de los derechos²⁵⁷.

Aquella máxima se concibió como un hecho en el que los derechos subjetivos (derecho de propiedad o derecho del acreedor sobre la deuda) eran admitidos como factores que superaban los elementos de la igualdad o de la razón de

²⁵⁶ JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, versión de Carlos Valencia Estrada, Bogotá: Editorial Temis, 1982, p. 3: “[...] *Feci sed jure feci*; he ocasionado un perjuicio, pero tenía derecho de hacerlo; *neminem laedit qui jure suo utitur*; no se compromete la responsabilidad cuando se ejerce un derecho, y de lo contrario no valdría la pena tener derechos. [...]”.

²⁵⁷ Sobre la particularidad de no hacerse responsable cfr. *Digesto* 50.17.151 citado en GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte. Digesto*, t. III, (*Digestorum D. Iustiniani Libri L. Ad fidem codicis florentini Atque Editionis Taurellianae* -Según el texto del código Florentino y de la edición Taureliana-) Barcelona, 1897, p. 956: “[...] 151. [193.] PAULO; *Comentarios al Edicto, Libro LXIV. No hace daño nadie, sino el que hizo lo que no tiene derecho de hacer*. (*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet*. [...])” (subrayado y cursiva fuera de texto).

la sociedad, pero apreciando el Derecho con honestidad y justicia²⁵⁸⁻²⁵⁹.

Con el pasar del tiempo esta idea se transformó, fijándose en la ejecución del titular el poder jurídico subjetivo a través del dolo-fraude pero sin confirmar el perjuicio causado de forma intencional. De esta manera nació la teoría del abuso de derecho y terminó por ocupar un estado definitivo en la evolución de los sistemas jurídicos.

A finales del siglo XIX y principios del XX se estableció la posibilidad de admitir el abuso de los derechos (teoría de la relatividad), entendido como una situación en la cual, si el Derecho se hallaba basado en una sociedad, su titular no podía desviarlo en la medida en que cada una de las facultades tenía sus fines²⁶⁰.

²⁵⁸ Cabe observar las anotaciones apuntadas por JOSSEERAND, Louis. Ob. cit., pp. 4 y 5: “[...] *Ciceron. De Officiis. 1.10.33 [...] Summum ius, summa iniuria. [...] el supremo derecho es la suprema injusticia [...], Gayo 1.53 [...] GAYO decía ya que no debemos abusar de nuestros derechos; male enim nostro iure uti non debemus [...]*” (cursiva fuera de texto).

²⁵⁹ No obstante estimarse la justicia y honestidad en el Derecho, no se explicaron los resultados *anfimos* de la legalidad y la ilicitud: ídem, p. 5.

²⁶⁰ Igualmente, tal enfoque crítico fue puesto en conocimiento por otro sector de la doctrina; sobre el particular cfr. STARCK, Boris. *Obligations. Responsabilité delictuelle*, t I, 4.^a ed. Paris, Editorial Librairie de la Cour de Cassation, 1991, p. 185, citado por RENGIFO GARCIA, Ernesto. *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, 1.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 48.

Ahora bien, esta posición de la relatividad fue controvertida por cuanto se aceptó que un juez instituyera a su voluntad el nivel del abuso, confiriéndoselo de tal forma un excesivo y peligroso poder, a pesar de que inicialmente ejerciera el papel de examinador y se le encargara simplemente *apreciar las conductas* en un proceso²⁶¹ desde una órbita tradicional o conservadora.

En definitiva, no puede existir el abuso del Derecho por cuanto la ciencia finaliza cuando comienza el exceso, por lo que un acto no puede ser al mismo tiempo conforme y contrario a Derecho; sin embargo, el abuso comprendía efectivamente tanto el conjunto de la juridicidad (Derecho Objetivo) como una prerrogativa (Derecho Subjetivo)²⁶².

"(...) El acto abusivo es el que, cumplido en virtud de un derecho determinado, de un *derecho subjetivo*, como la propiedad, es sin embargo *contrario al derecho considerado en conjunto*, a la juridicidad; podemos tener a favor nuestro, a nuestra disposición, determinado derecho, y sin embargo tener en contra nuestra al derecho integro, del mismo modo que con armas lícitas se pueden cometer delitos, y hasta crímenes. *Una cosa es el*

²⁶¹ Sobre el punto de la *apreciación de las conductas* cabe aclarar que los comportamientos abusivos que contrarían el espíritu del Derecho pueden ir desde la colusión, el concierto fraudulento, el fraude a la ley, y la intención nociva o de perjudicar, hasta la situación de buscar un interés personal cuando el mismo derecho subjetivo tiene como finalidad la satisfacción propia y no el beneficio generalizado. JOSSERAND, Louis. Ob. cit., p. 6.

²⁶² *Ibid.*, pp. 4, y 23 a 25.

*medio, otra la finalidad; una cosa el acto, otra el móvil que lo inspira y el fin a que responde; y esta oposición es la que traduce, desde hace siglos, la antigua máxima *Summum ius, summa injuria*: al utilizar un derecho se puede cometer una falta, hasta una infamia. (...)"²⁶³ (cursiva fuera de texto).*

De esta forma, no solo las personas naturales llegan a transgredir la norma, pues también las personas morales, al ser titulares de derechos subjetivos, pueden incurrir en desviaciones en la implementación de sus derechos y obligaciones; es por esto que, en mi consideración, la reglamentación no ha logrado distinguir lo relativo a la legitimidad del causante del quebrantamiento y su resarcimiento.

Es acertado ahora hacer una pausa con el fin de exponer uno de los aspectos determinantes en la edificación de la posible arbitrariedad de la personalidad jurídica dentro de la teoría del levantamiento del velo corporativo, todo ello en aras de encontrar la verdad material del abuso de la personalidad.

Mal podría desconocer que parte del abuso del derecho, vinculado con los derechos de las personas naturales, proviene de las conductas del propio ente jurídico, pero no es acertado suponer lo mismo cuando el atropello procede de los asociados de la persona jurídica, por

²⁶³ Ídem, p. 25. De la misma forma, y en lo que respecta a la consideración que el supremo derecho es la suprema injusticia, cfr. **notas 258 y 302.**

cuanto que se trataría de un abuso de la personalidad jurídica por parte de uno o varios de sus asociados.

De esta manera, daré inicio al desarrollo del mecanismo de la sanción al asociado, autor material o intelectual de un abuso, que ha transgredido a una persona moral, no permitiendo de esta forma que el sujeto pueda escudarse en el hermetismo propio de la personalidad moral.

2. Escenarios jurídicos que rodean la ruptura del hermetismo de la personalidad jurídica

Para resaltar los entornos que han señalado la aplicabilidad de la doctrina del *disregard of legal entity*, iniciaré fijándolos en los negocios realizados por el socio dominante quien emplea a la sociedad para cumplir los objetivos personales (*self dealing transactions*); de la misma forma señalaré la violación de los requisitos legales y estatutarios (*breakdown of procedures*), así como la confusión entre activos y negocios que impiden distinguir entre el patrimonio de la sociedad y el personal de los socios (*commingling of assets and business*), y finalizaré con el empleo de la figura jurídica anglosajona del fraude (*fraud*)²⁶⁴.

Así las cosas, tales entornos se manifiestan en el ámbito jurisprudencial anglosajón, en el cual se resuelve

²⁶⁴ Para un estudio más detallado sobre los supuestos que sientan las bases para la construcción del andamiaje jurídico de la doctrina del *disregard of legal entity*, sugiero remitirse a la obra de THOMPSON, Robert B. "Piercing the Corporate Veil. An Empirical Study, *Cornell Law Review*, vol. 76:1036, pp. 1038 a 1063.

ajustar la solución señalada de romper el hermetismo de la personalidad por el atropello del ente jurídico²⁶⁵.

(...) cuando la noción de persona jurídica sea utilizada para atacar los intereses generales, justificar un daño, proteger el fraude o defender la comisión de un delito, la ley considerará a la sociedad anónima (*corporation*) como una asociación de personas. (...)” (cursiva y subrayado fuera de texto).

Juntamente con lo establecido, cabe aclarar que en el sistema anglosajón las *corporations* estaban influenciadas por la *teoría de la ficción*, en la medida en que la personalidad era otorgada por el Estado, pero las *partnerships* (sociedades de responsabilidad limitada) se hallaban mediadas por la *teoría de la realidad* en razón del acuerdo entre las partes, y la intervención del Estado se sujetaba al registro de lo que ya existía²⁶⁶.

²⁶⁵ Sobre el particular cfr. el caso *U.S vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 2d. 247, 255, CCED, Wis. 1905.), citado en DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho privado)*, 2.ª ed., Buenos Aires: Editorial Depalma, 1991, p. 9, nota 6; y BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 128. Ahora bien, en aquel pronunciamiento se relacionaron, en otros, los fallos judiciales de *Krivo Industrial Supply Co. vs. National Distillers & Chemical Corp.*, 483 F. 2d. 1098; *Walcowsky vs. Carlton*, 18 NY. 2d. 414, 276 NYS 2d. 585, 223 NE 2d. 6, y *House of Koscot Develop. Corp. vs. American Line Cosmetics, Inc.*, 486 F. 2d. 64; mencionados todo ellos en COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 43; citado igualmente por DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 9.

²⁶⁶ La expresión *legal entity* fue concebida como la capacidad de una persona de ser sujeto de derecho-obligación a pesar de que los jueces no compartieran esta concepción, cabiendo apreciar el trato

2.1. Principios anglosajones del allanamiento de la personalidad

Los cimientos sobre los que se estructuró todo el andamiaje jurídico del levantamiento en el sistema anglosajón (*fraud, equity y agency*) no permiten realizar un manejo análogo en el régimen continental, puesto que sus pilares, aunque coinciden, divergen en ciertos aspectos en particular.

2.1.1. Respecto a la categoría del *fraud*

Sobre el particular, no encuentro en el sistema continental una noción que permita percibir el tema, en la medida que el *fraud*²⁶⁷ implica una calificación genérica, la cual, al ser delimitada, envuelve un nuevo

dado a la *partnership* y la *corporation*. Así las cosas, mientras la sociedad de responsabilidad limitada era depositaria del *legal entity* al existir una responsabilidad limitada, la segunda se veía como una simple agrupación, sin existir una separación del ente con los socios (*simple aggregate theory*) pese a concluir la admisión de su calidad de ente jurídico. En lo que respecta a la reglamentación (*The Uniform Partnership Act*), no se entró a señalar en la misma situación alguna respecto de las *legal entity*, aunque efectivamente abrió la posibilidad para su posterior consideración. Al respecto observar los comentarios de CRANE, Judson A. y BROMBERG, Alan R. *Law of Partnership*, West, Minn., Estados Unidos, 1968, p. 16. citado por ídem, p. 13.

²⁶⁷ A manera introductoria en el análisis de la falsedad cfr. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, Bogotá: Doctrina y Ley, 1996, pp. 85 y ss.; Íd. *Derecho Societario en Estados Unidos*, 3.ª ed. Bogotá: Editorial Legis, 2006, p. 181 y ss.; y en particular cfr. DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 139 a 180.

concepto de fraude distinto de la definición habitual²⁶⁸; es por esto que los Tribunales optaron por elaborar unas reglas en las cuales delimitaron cuándo se está frente a esta conducta y cuándo se está ausente de la misma²⁶⁹.

Así las cosas, existen actos que crean en la mente de una persona una impresión distinta de la realidad capaz de

²⁶⁸ Desde la órbita jurisprudencial cfr. los pronunciamientos de *American Laundry Machinery vs. Skinner*, 225 NC. 285; 34 SE. 2d. 190; *Medrom vs. Meldrum*, 15 Colo. 478, 24. P. 1083; *Singleton vs. Le Park*, OKLA. 425 P. 2d. 974; *New York Life Insurance Co. vs. Nashville Trust Co.*, 200 Tenn. 513; 292 SW 2d. 749; 59 ALR 2d. 1086, citados en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 140.

²⁶⁹ Respecto de una descripción conceptual del *fraud* cfr. los siguientes casos, citados todos en DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 140 y 141: toda negociación injusta (*Daniel vs. Post*, 181 SC 468, 187, SE 91); todo acto positivo del que resulte una intención de engañar (*Smith vs. Pincer*, 68 ARIZ. 115, 201 P. 2d. 741); el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio (*Salter vs. Aviation Salvage Co.*, 129 MISS. 217, 91 So. 340, 26 ALR 987); un acto voluntario y malintencionado, dirigido a cometer un daño a los derechos de los terceros (*Sioux City vs. Western Asphalt Paving Corp.*, 223 IWOA 279, 271 NW 624, 109 ALR 608); las prácticas engañosas tendientes a privar o que efectivamente priven a otro de sus derechos por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de la honestidad común (*Hall vs. Geiger Jones Co.*, 242 US 539; 61 L. Edit. 480, 37 S.Ct. 217); el hacer aparentar un estado de cosas a una persona con quien se halla al momento presente o se hallará en el futuro en negociaciones, como si fuera la situación real, mientras se tiene conocimiento de que el verdadero estado de cosas es otro (*Swift vs. Rounds.*, 19 RI 527; 35 A 45); y cualquier hecho destinado a engañar, incluyendo en este concepto todos los actos, omisiones y ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un

inducirla a actuar en determinado sentido -*false representations* o falsas manifestaciones⁻²⁷⁰, o afirmaciones que hacen aparecer un hecho como verdadero cuando en realidad carece de autenticidad-*misrepresentations* o tergiversaciones⁻²⁷¹, o actos que permiten acceder a la propiedad (bienes) de un tercero a través de artificios o engaños -*false pretenses* o actos fraudulentos- o falsas expresiones en cuanto a la solvencia personal o, incluso, la compra de mercancías sin la intención de pagar el precio -*imposture* o suposiciones⁻²⁷².

El empleo de una sociedad por parte de cualquiera de los socios para realizar algún tipo de operación fraudulenta no solo perjudica el patrimonio de un tercero sino que afecta también el de los socios²⁷³ o el del propio Estado,

perjuicio a un tercero (*Fuller vs. Scarborough*, 239 ALA. 681, 196 So. 875).

²⁷⁰ Estos actos que distorsionan la realidad pueden ser ejecutados directamente por el interesado y terceros o por sujetos indeterminados; al respecto cabe consultar el pronunciamiento *Pohill vs. Walter, Barron & Arnold Election Cases*, 114, 110 ENG. Reprint 43, citado en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 143.

²⁷¹ Al respecto ver el pronunciamiento *Lomerson vs. Johnston* 47 NJ Eq. 312; 20 A 675, citado en DOBSON, Juan M. Ob. cit.

²⁷² Consúltese sobre estos dos últimos grados el caso *Stewart vs. Wyoming Cattle Ranch Co.* 128 US 383, 32 L. Edit. 439, 9 S. Ct. 101, citado en DOBSON, Juan M. Ob. cit.

²⁷³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, cit., p. 77; e Íd. *Derecho societario en Estados Unidos*, cit., p. 174. “[...] la teoría ha servido no sólo para defender a los acreedores de la sociedad, sino también, en ocasiones, para proteger a los mismos socios. [...]” (cursiva fuera de texto).

cuando se trata de la Hacienda Pública y es entendido contrario a un tercero.

En este mismo orden de clasificación, la ordenación del *fraud* que más se ha acomodado al sistema angloamericano es la dispuesta en el asunto *Chesterfield vs. Janssen*, la cual relaciona la siguiente distribución:

- Fraude activo (engaño sin intención) o actual (engaño intencional -dolo-);
- Fraude que surge con evidencia de la naturaleza intrínseca del negocio;
- Fraude presumido por las circunstancias y condiciones de los contratantes;
- Engaño practicado por una tercera persona por medio de un negocio celebrado entre otras personas, y
- Fraude realizado sobre herederos futuros, u otros con derechos en expectativa, tendiente a captar su voluntad para disponer de los bienes a adquirir en el futuro²⁷⁴.

Para finalizar este punto, debo aclarar que dentro de la figura del *fraud* se subsumen varios conceptos propios del sistema continental como son los *actos fraudulentos*, el *dolo* y la *simulación*; no obstante, en variados pronunciamientos aparecen establecidos de otra manera

²⁷⁴ *Chesterfield vs. Janssen*. 1 Atk. 301; 26 Reprint 191, 18 ERC 289, 2 Ves. 125, 28 Reprint 82. Pronunciamiento citado de manera magistral por DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 144.

(*instrumentality, alter ego, identity, sham, shell, adjunct, pocket, puppet o tool*)²⁷⁵, fundamentando de esta manera tres indicaciones, a saber: *The Instrumentality Doctrine, The Alter Ego Doctrine* y *The Identity Doctrine*.

a. En relación con *The Instrumentality Doctrine*

Con ánimo simplemente descriptivo, a pesar de no existir una diferencia efectiva entre las variantes antes citadas, los Tribunales las han empleado sin mayor distinción, describiendo los casos en que existe una unidad entre los intereses de los socios y el ente jurídico²⁷⁶.

De este modo, los elementos que se deben apreciar para la aplicación de la doctrina son el *excesivo control* concerniente a la falta de autonomía de la sociedad subordinada frente a la controlante²⁷⁷, la *conducta*

²⁷⁵ Sobre esta diversidad de vocablos consultar LATTY, E. *Subsidiaries and Affiliated Corporations*, Boston-Toronto, 1936, p. 157; HENN, H. *Handbook of the Law of Corporations and Other Business Enterprises*, St. Paul, 1983, citados en BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 92 y 93, nota 33.

²⁷⁶ Respecto de estos asuntos cabe mencionar los casos de *House Of Koscot Development Corp. vs. American Line Cosmetics Inc.* 468, F 2d 64; *Delchamps Inc. vs. Borokin* 429 F 2d. 417; *Fontainebleau Hotel Corp. vs. Crossman* 323 F. 2d. 937; *Haberman Farms Inc. vs. United States* 305 F. 2d. 787, citados en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 164 y BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 94, nota 36.

²⁷⁷ En razón de la importancia que significa el control al interior de los grupos, cabe recordar que los Tribunales se hallan divididos en razón a determinar si se está frente a un control excesivo, por cuanto esta situación se presenta cuando la injerencia en la toma de

fraudulenta devenida de aquellos actos realizados empleando a la entidad para perpetrar el fraude al evitar el cumplimiento de las obligaciones, y el *nexo de causalidad*²⁷⁸ o la relación entre el control excesivo y el daño ocasionado (*unjust loss*).

b. Sobre *The Alter Ego Doctrine -Self Dealing Transactions-*

De manera sucinta, y continuando con el ánimo explicativo, la aplicación de *The Alter Ego Doctrine* (negociaciones con el socio dominante o mayoritario)²⁷⁹ significa el deber legal de allanar la personalidad jurídica cuando exista una afinidad en los intereses de

decisiones es necesaria para quebrantar la existencia separada. El hecho de que la matriz tome decisiones sobre la controlada es un asunto que indica un sujeto investido del control, pero evidenciándose la presencia de un nexo causal seguido de una conducta fraudulenta e injusta. En este tema probatorio, y en asuntos de responsabilidad contractual y extracontractual, se determinó la responsabilidad del ente controlante acreditando el control excesivo; al respecto cfr. BLUMBERG, Phillip I. *The Law of Corporate Groups* (Procedural Law; Bankruptcy Law; Substantive Law, General, Specific and State Statutory law; Enterprise Liability in Commercial Relationships), vol. IV, Boston, 1987, p. 115, citado por BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 94, nota 40.

²⁷⁸ El nexo de causalidad ha sido un punto tratado por un sector jurisprudencial, en razón a estar presente en variados asuntos de una crisis económica como la insolvencia (situación patrimonial de hecho-iliquidez). Al respecto consultar la relación jurisprudencial traída por BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 95, nota 43.

²⁷⁹ En una descripción generalizada sobre la adaptación de la teoría cfr. **nota 267**, en lo tocante con las obras de REYES VILLAMIZAR.

las sociedades integrantes de un grupo, en la medida que al pretender separar aquella inclinación unitaria, el mismo proceder degenera en un tipo de fraude.

Como consecuencia de este hecho, los elementos de la doctrina del *Alter Ego* son los mismos que los de su predecesora, *Instrumentality*, salvo que el control excesivo no es motivo suficiente para romper el hermetismo, por cuanto es esencial aunar al control la conducta fraudulenta o dolosa de los partícipes del comportamiento.

c. Correspondiente con *The Identity Doctrine*

Para finalizar, y frente a esta primera tendencia de *Identity*, no existe un mayor aporte en la medida en que expone lo ya presentado en las otras dos corrientes doctrinales; sin embargo, no resulta motivo suficiente para desconocer que aquella disciplina fue pilar para reglamentar los factores económicos de los grupos empresarial así como una plataforma para graduar los principios mismos del Derecho de la Empresa.

Cabiendo aclarar que la materia probatoria del Derecho anglosajón se halla fundada en el esquema del indicio, y que quien pretenda probar el *fraud* debe apelar a los mismos signos, sin que solo uno sea suficiente para determinar el daño y el allanamiento de la personalidad jurídica.

El listado de señales que la doctrina y la jurisprudencia americanas denominan *test*, no resulta ser un enunciado

taxativo sino que, por el contrario, es una manifestación indefinida o abierta; me permitiré sintetizar tales señales de la siguiente manera:

- Cuando existe una sociedad con un solo socio (*unipersonal*);
- Cuando se trata de una *infracapitalización*;
- Cuando hay *incumplimiento de las formalidades* en la sociedad;
- Cuando se *confunden los patrimonios* entre socios y sociedad;
- Cuando *no existe una contabilidad*; o
- Cuando existe una *emisión de acciones*, entre otros²⁸⁰.

2.1.2. Relativo a la naturaleza del *equity*

Además del fraud, el segundo pilar sobre el cual se erige el andamiaje anglosajón es el relativo a la *equity*; sin embargo, entrar a detallar esta situación puede convertirse en una tarea compleja pues su descripción sería incompleta, general y sin valor alguno; por ello,

²⁸⁰ Sobre el particular cfr. el listado de las dieciséis señales que trae el profesor BLUMBERG, Phillip I. *The Law of Corporate Groups*, cit., p. 138, citado por BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 97, nota 56.

el análisis de su significado se destaca bajo determinadas particularidades históricas²⁸¹.

Actualmente el *common law* y la *equity* se hallan integrados en un solo cuerpo normativo²⁸², el cual, no obstante mantener unas características propias, se convierte en una técnica supletoria de otro compuesto de normas jurídicas que resultan ser estrictas.

En ese sentido, deben valorarse las medidas de competencia de las Cortes para conocer de los casos de equidad, determinando la existencia del daño irreparable cuando no se ofrece amparo alguno, o no se adecúa la tutela a la injusticia o a la inexistencia de un patrón pecuniario para deducirlo, todo ello sin considerar la

²⁸¹ Sobre el desarrollo histórico de la figura de la *equity* en el sistema inglés y norteamericano consultar DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 99 a 124.

²⁸² Cada uno de los sistemas (*common law*, *equity*) estaba en contravía, salvo algunas excepciones como la del caso de *Lumley (L.) vs. Gye*, en virtud del cual *L.* demandó a *Gye* por su complicidad con *Johanna Wagner (J. W.)* en el actuar doloso que llevó al incumplimiento de un contrato; la demanda se instauró en los Tribunales del *common law*, los cuales fallaron a favor del demandante condenando a la otra parte a la indemnización. No obstante, *L.* demandó también ante los Tribunales del *equity*, pretendiendo prohibir que *J. W.* cantara en el teatro *Covent Garden* de *Mr. Gye*, ante lo cual el Tribunal falló ordenando a *J. W.* que en caso de cantar en cualquier otro lugar que no fuera el teatro *Mayfair*, se le condenaría por desobediencia, siendo detenida y sancionada por aquel delito. Al respecto consultar DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 119 y 120.

semejanza entre el perjuicio irreparable y la compensación incorrecta²⁸³.

Muchas teorías del *common law* fueron abandonadas, fijándose en los Tribunales de Derecho las decisiones adoptadas por las Cortes de equidad; esta unión de procedimiento-juez²⁸⁴ determinó la imposición de fallos de segunda instancia siempre que los Tribunales eligieran las reglas de la *equity*.

No obstante, tal proceder no significó que estas pautas perdieran la individualidad o se convirtieran en normas, ya que la alianza no fue de fondo sino de forma; así las cosas, algunas particularidades de la *equity* se ajustaron, como sucedió con los criterios de razón y

²⁸³ En distintos fallos se han reflejado estos conceptos; basta analizar en ellos la existencia del daño irreparable (*Philadelphia Co. vs. Stimson*, 223 US 605; 56 L.Edit. 570; 32 S. Ct. 340), la no existencia de una protección (*Foster vs. Mansfield*, 146 US 88; 36 L. Edit. 899; 13 S. Ct. 28.) o cuando la defensa resulta impropia (*Thompson vs. Smith*, 155 Va 367; 154 SE 579; 71 A.L.R. 604.), citados por DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 121.

²⁸⁴ Ha de recordarse que el movimiento de unificación en Estados Unidos se inició en el Estado de New York con el artículo 69 del Código de Procedimientos de 1848, y en Inglaterra se dictaron la Ley de Procedimientos del *Common Law* de 1854, la *Cairn Act* de 1858 y la *Judicature Acts* de 1873-1875, a través de las cuales se unificaron los Tribunales de *Common Law* y *equity*, manteniéndose una superioridad expresa de esta última. DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 124 y 125: “[...] “En todos los casos no mencionados anteriormente en particular, en los cuales exista algún conflicto o *diversidad de soluciones entre las Reglas de Equidad y las Reglas del Common Law*, en referencia a la misma situación, *prevalecerán las Reglas de Equidad*”. [...]” (cursiva fuera de texto).

conciencia, la reivindicación, los usos, la cancelación de documentos endosables, el cumplimiento de contratos o los asuntos del propio fraude.

Frente al poder discrecional de los Tribunales de equidad en relación con la competencia, cabe observar las reglas de justicia, el fin transformador²⁸⁵, la justicia y la equidad (*fairness and equity*)²⁸⁶.

2.1.3. En razón de las particularidades de la *agency*

Junto al *fraud* y la *equity*, la doctrina de la *agency* constituyó otro cimiento del sistema jurídico del *lifting of the corporate veil*, pero no solo como fundamento de la teoría sino como concepto de laboriosa precisión; no es apropiado emplear el vocablo agencia como sinónimo de representación, a pesar de que etimológicamente la expresión proviene del latín *agere* (actuar).

²⁸⁵ En conexión con las pautas de los Tribunales de equidad - competencia- cfr. DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 125 a 135: la equidad actúa *intuito persona* (*equity acts in personam*); la equidad asiste al diligente y no al indolente (*equity aids the vigilant, not the indolent*); la equidad considera más la intención que la forma (*equity looks to the intent rather than to the form*); la equidad no tolera ningún agravio sin reparación (*equity suffers not a right without a remedy*); los retrasos anulan la equidad (*delay defeats equity*); quien acude a la equidad debe tener la conciencia tranquila (*he who comes in equity must come with clean hands*).

²⁸⁶ Respecto a las reglas señaladas, cabe recordar que las mismas fueron codificadas en el Estado de Montana de los Estados Unidos; cfr. DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 136 a 138.

Así, entonces, debe emplearse la terminología de quienes intervinieron en el negocio jurídico²⁸⁷, aclarando su definición²⁸⁸, y valorando la reglamentación de las normas jurídicas derivadas de la jurisprudencia -*Restatements of the Law*²⁸⁹ así como lo contemplado en ella²⁹⁰.

Por otra parte, pero en lo tocante con la órbita laboral, deben precisarse igualmente las funciones de los

²⁸⁷ Sobre las normas de la recapitulación jurisprudencial de la agencia (*Restatement [Second] of Agency* de 1958 Secc. 1) se infiere que los partícipes de una *agency* son, de una parte, el ente *principal*, quien es el sujeto por quien la actuación se realiza, y por otra, el *agente*, que es el ente que realiza la actuación, así como el *master*, entendido como el principal que utiliza los servicios del agente en sus negocios verificando dicha conducta, junto con el *sirviente* visto como el agente empleado y controlado por un *master*, para, finalmente, encontrar al *contratista independiente*, quien es la persona que acuerda con otra realizar un acto por ella pero sin que exista un dominio sobre esta. En conclusión, la organización jurisprudencial de la agencia clasifica a las personas que intervienen en *principal revelado*, *parcialmente revelado* y *no revelado*, así como cataloga al agente en *general*, *especial* y *universal*; sobre el particular cfr. DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 182 a 185.

²⁸⁸ La *agency* es entendida como la relación consensual fiduciaria entre una persona que manifiesta su conformidad en actuar por y bajo la dirección de otro, y establece todos los actos mediante los cuales la persona encarga realizar determinada actividad, material o física, consistente en acciones u omisiones, incluyendo el desempeño de los empleados, así como los realizados por sociedades en beneficio de una persona (*corporate officers*). Cfr. el trabajo de ROSCOE T, Steffen. *Agency-Partnership*, St. Paul, Minn, West, 1977, p. 3, citado por DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 183, nota 3.

²⁸⁹ Con respecto a la recapitulación jurisprudencial o del Derecho, a pesar de los *restatements* no ser entendidos como ley, son

empleados bajo las indicaciones de la doctrina de la *agency*, ya que esta situación justifica la responsabilidad civil del empleador por los hechos de sus trabajadores, que en razón de la *culpa in eligendo* y la solidaridad en la carga, no es motivo suficiente para exonerar al empresario el hecho de demostrar la simple diligencia en la elección o la debida preparación del personal.

Ahora bien, puede ser que la relación de la agencia se halle bajo el rango de gratuidad y no necesariamente al interior de un contrato, *verbi gratia*, cuando no existe la *consideration*²⁹¹ o no se requiere de una capacidad para considerados por la jurisprudencia norteamericana como tal, por cuanto están incluidos en innumerables fallos judiciales que pueden distorsionar la manera de ver y entender el derecho norteamericano.

²⁹⁰ DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 182, y BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 98, nota 58. “[...] ‘La relación *fiduciaria* que resulta de la manifestación del consentimiento de una persona hacia otra, para que esta actúe en su interés y con sujeción a su control, y el consentimiento de la otra en actuar de esa manera’. [...]” (cursiva fuera de texto).

²⁹¹ La *consideration* es la *contraprestación* o la *prestación contractual* concebida como un acto, abstención o promesa entendida como un deber preexistente pese a no existir un contrato, por cuanto cabría una recuperación (*quantum meruit* -cuasi-contrato-), o ideada como la *promesa generadora de acción o abstención* por parte de otra persona con la expectativa de obtener un beneficio del promitente (*promissory estoppel*). Con respecto a la definición de *consideration* cfr. RAMÍREZ, Antonio. “Diccionario Jurídico Español-Inglés Inglés-Español”. Disponible en [Gestión2000.com]. Barcelona, 2003, pp. 263 y 410 y MERRIAM-WEBSTER’S. Dictionary of Law. Ob. cit., pp. 97 y 98: “[...] *consideration*: something (as an *act* or *forbearance* or *the promise thereof*) done or given by one party for the act or promise

contratar; no obstante, es un requisito solicitar que la agencia no se realice en interés propio sino en beneficio del principal o en un sentido ajeno²⁹².

Juntamente con lo señalado, y a pesar de lo anotado sobre la *consideration*, es posible²⁹³ concebir que la *agency* es una relación extracontractual en la medida en que se

of another. [...]” (cursiva fuera de texto).

²⁹² Distintos son los fallos donde se ha manejado la concepción laboral de explicar el deber del empleador por las acciones de sus trabajadores; sobre el particular cfr. el caso *Jones vs. Hart, Holt* K. B. 642, 90 Eng. Rep. 1255; así como el de la *culpa in eligendo* del asunto *Dansey vs. Richardson* (1854) 3 E.L. B.L. 144, 161; el relacionado con la gratuidad del vínculo en el fallo *Malloy vs. Fong* (1951), 37 Cal. 2d. 356, 378, 232 P., 2d., 241, 254; sin embargo, frente a la capacidad para contratar cfr. HENN, Harry G. *Agency-partnership and other unincorporated business enterprises*, St. Paul. Minn., West. 1972, p. 19, citados todos en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 186, notas 15, 16, 18 y 13, de manera respectiva.

²⁹³ En relación con esta viabilidad, el vínculo que une a un administrador con un sujeto jurídico no es el de un ligamen contractual (mandato o agencia), sino el de un cargo o posición que existe en la propia entidad, correspondiendo a un órgano de administración del sujeto jurídico. Por otra parte, y con la visión de órgano y no contrato, cabría la posibilidad de entender la figura del administrador oculto, o el que está a la sombra tanto del sujeto como del grupo, percibiendo los elementos de la responsabilidad del daño, la culpa y el dolo. HINESTROSA, Fernando. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*, citado por HENAO, Juan Carlos. *El Daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 36: “[...] el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. [...]” (cursiva fuera de texto).

acude al principio de *respondeat superior*²⁹⁴, en donde el sujeto principal responde por los actos de su agente. Sin embargo, esta relación puede ser también contractual en el evento en que el agente no ha manifestado la condición de tal o no da a conocer quién es el principal en la celebración del contrato (principal oculto-*undisclosed principal*), hallándose así facultado el afectado (tercero) para ejercer una acción directa contra el principal o contra el agente²⁹⁵.

2.2. Concerniente a una visión jurisprudencial

Con el fin de hallar la responsabilidad del sujeto principal oculto es preciso revisar ciertas exigencias como las de aplicar las doctrinas del *alter ego* o de *instrumentality* para los grupos, indicando la existencia del *excesivo control*, la *conducta fraudulenta* y el *nexo de causalidad*²⁹⁶.

²⁹⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que para determinar si se debía o no extender la responsabilidad para tomar los bienes no pertenecientes a una sociedad anónima, debían valorarse las reglas generales de la *agency*, donde si un sujeto empleaba aquella entidad, más en interés propio que del mismo ente, tenía que responder de manera personal por los actos de la sociedad bajo el principio de *respondeat superior*; al respecto cfr. la sentencia de *Berkey vs. Tirad Avenue Railway Co.* 244 NY 84, 95, 155 NE 58, 61, 5 A.L.R. 599 (A), citada en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 210; y sobre el *respondeat superior* y *undisclosed principal* cfr. BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 98 y 99.

²⁹⁵ Tal y como se aplicaba la teoría del *alter ego* a casos de sociedades dominadas, específicamente a grupos, lo mismo ha de predicarse de la figura del *undisclosed principal*.

En ese sentido, no se pueden exigir actuaciones dolosas para hacer efectiva la responsabilidad del principal por las deudas del agente, sino que serán precisas para casos como el de *undisclosed principal*, en la medida en que la acción directa del tercero no reside en el fraude sino en la responsabilidad "refleja"²⁹⁷.

A propósito del *fraud* como criterio usado para delimitar el campo de actuación de la *agency*, cabe recordar la implicación jurídica que llegó a señalársele, para lo cual acudo al asunto *Walcowsky (W.) vs. Carlton (C.)*, cuyos hechos se sintetizan en un accidente de tránsito

²⁹⁶ En orden jurisprudencial, es posible percibir el control desproporcionado a través de "reglas de instrumentalidad" en el asunto *Jackson vs. General Electric Co.*, 514 P. 2d. 1170; respecto de la presencia del fraude, bien se pueden ver los casos de *Fan Fan vs. Berwind Corp.*, 362 F. supp. 793; *Whayne vs. Transportation Management Service, Inc.*, 252 F Supp 573; *Mc. Donough Corp. vs. Connolly*, 313 Mass. 62, 46 NE 2d. 576; *Rena-Ware Distributors, Inc. vs. State*, 77 Wash. 2d. 514, 463 P2d. 622 (132); y respecto de la relación de causalidad existente cfr. *Berger vs. Columbia Broadcasting System, Inc.* 453 F 2d. 991, citados todos ellos por DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 205, 204 y 203, notas 63, 62, 60 y 56, respectivamente. No obstante, y nuevamente sobre los asuntos *Jackson vs. General Electric Co.*, *Fan Fan vs. Berwind Corp.* y *Whayne vs. Transportation Management Service, Inc.*, cfr. BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 99 y 100, notas 64 y 65, de forma análoga.

²⁹⁷ DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 206.

sufrido por W. por haber sido atropellado por un servicio de servicio público (taxi) de la ciudad de New York²⁹⁸⁻²⁹⁹.

Otro pronunciamiento a destacar es el del caso *Minton vs. Cavaney (C.)*, por cuanto se trata del infortunio sufrido por los padres de una menor que falleció en una piscina pública, situación que llevó a demandar a la sociedad *Seminole Hot Springs Corporation* como consecuencia del

²⁹⁸ W., al demandar a la compañía de transporte (Seon Cab Corporation), encontró que C., socio controlante de la compañía de taxis, había constituido diez sociedades de transporte diferentes, cada una con dos taxis como capital y amparados con el seguro obligatorio de accidentes mínimo que cubría hasta un monto de US\$10 mil. W. accionó contra el conductor, la compañía propietaria, y contra C. por el hecho de considerar haber "organizado, conducido, dominado y controlado" a una sociedad que se hallaba fragmentada. Al respecto cfr. DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 654 y 655; BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 142, nota 243; y REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, cit., pp. 88 a 90; e Íd. *Derecho Societario en Estados Unidos*, cit., pp. 183 a 185.

²⁹⁹ El fallo del Tribunal Supremo de New York, al poner de presente los parámetros sobre los cuales debería girar la doctrina de la *agency*, aclaró que cuando un sujeto controla y emplea a una *corporation* en interés propio más que en el de la sociedad, debe responder por los actos de la misma institución bajo el principio del *respondeat superior*. Cabe establecer que a pesar de haber sido desestimada la demanda y no hallarse en autos aquellos argumentos, fue más relevante el salvamento de voto, del cual aún hoy en día se aplica su concepción; sobre el particular cfr. DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 655: "[...] las varias sociedades *no habían sido dotadas de capital suficiente (infracapitalización-undercapitalization)* como para responder a la responsabilidad emergente de los hechos que normalmente se producen como resultado de la explotación de una gran flota de taxímetros. [...]" (cursiva y entre paréntesis fuera de texto).

provecho por el uso de aquella y de su posición como arrendataria del predio, hallándose como accionista mayoritario el propio señor C ³⁰⁰ .

2.2.1. El soporte procesal del impedimento

Los pilares jurídicos sobre los cuales está cimentada la teoría del *disregard of legal entity* pueden ser condensados en el *fraude*, la *equidad* y la *agencia*, con sus respectivas salvedades; sin embargo, es necesario realizar otra observación en cuanto a los soportes procesales de la teoría, aludiendo de esta manera a la doctrina del *estoppel* (impedimento).

Esta corriente del *estoppel*, de manera teleológica, señala la figura procesal de no permitir que se aporten pruebas que mantengan hechos afirmativos-negativos o reglas procedimentales negativas que impidan negar o

³⁰⁰ El fallo del Tribunal Supremo del Estado de California debe apreciarse por cuanto se estableció que una doctrina basada en el *alter ego* era aplicable tanto a las obligaciones nacidas de los contratos, como a las presentes en hechos ilícitos. Los socios deben responder con su patrimonio personal cuando actúan con los bienes de la sociedad "como si fueran de ellos mismos", o cuando no se hallan provistos de un capital suficiente para responder por las deudas sociales. No obstante, y al igual que el anterior fallo, esta demanda se desestimó, por cuanto C nunca fue llamado a hacer parte del juicio principal contra la sociedad, en la medida en que los demandantes se limitaron a extender los efectos de la demanda a su director; cfr. al respecto DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 657; BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 142, nota 244; y REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, cit., pp. 91 y 92; e Íd. *Derecho Societario en Estados Unidos*, cit., p. 186.

afirmar un hecho³⁰¹; convirtiéndose de tal manera las acciones relevante en asuntos inadmisibles por haberse originado en la misma parte que pretendía su producción³⁰².

Por otra parte, la aplicación directa de la corriente del *estoppel* se halla soportada en la *agency*, donde el sujeto principal puede estar impedido si llega a contrariar la autoridad del agente a través de actos u omisiones que

³⁰¹ En la concepción del *estoppel* quien se beneficia con la complicación puede afirmar que el hecho aparentado es verdadero; pero quien fingió y desmintió el mismo debe soportar como probado el hecho aparentado aunque no haya sido real; sobre aquella limitación de la apariencia cfr. fallo de *May vs. City of Kearney* 145 Neb. 475, 17 NW 2d. 448, 458, citado por DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 266, nota 3. Asimismo, en el asunto *Greenwood (G.) vs. Martins Bank (M.B.) Ltd.*, G se dio cuenta de que su mujer había falsificado su firma para el cobro de unos cheques, sin embargo, no denunció este hecho ante el M. B.; se resolvió dentro del fallo que G se hallaba impedido para dirigir una acción contra el M. B. alegando la falsificación de sus cheques. Finalmente, en el caso *Dixon vs. Kennaway* una sociedad certificó que una persona era titular de partes sociales de esa misma persona jurídica, resolviendo el Tribunal que la sociedad se hallaba impedida para probar que el beneficiario de aquella afirmación no era realmente el titular de las partes sociales frente a la petición de un tercero. Con respecto a estos asuntos cfr. *Greenwood vs. Martins Bank Ltd.* 1993, A.C. 5 y *Dixon vs. Kennaway* 1900, I Chancery 833; cfr., igualmente, DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 266 y 267, notas 4 y 5 respectivamente.

³⁰² RAMÍREZ, Antonio. Ob. cit., p. 300. Sobre este particular el *estoppel* ha de concebirse como: “[...] (1) Producción de *invocar defensa en contradicción con actos, inactividad o declaraciones anteriores* (cuando estas inducen a otra persona a actuar de cierta manera y crean expectativas de pago a su favor); o bien (2) excepción de *cosa juzgada*. [...]” (cursiva fuera de texto).

alcancen a ser intencionales o negligentes; sin embargo, se requiere la existencia del perjuicio del tercero y la actuación bajo el principio de buena fe en la apariencia de la autoridad³⁰³.

En definitiva, el *estoppel* no establece derechos ni facultades a quien se imposibilita, conservando como ciertas las afirmaciones y prohibiendo negar la responsabilidad por el hecho de escudarse en la inexistencia de la agencia, siendo contrario otorgar una acción por falsa manifestación o por el constreñimiento a un fraude³⁰⁴.

³⁰³ Sobre este particular cfr. HENN, Harry G. *Agency-Partnership and Other Unincorporated Business Enterprises*, Minn. West. St. Paul, 1972, p. 19, citado en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 190, nota 26.

³⁰⁴ Cabe recordar un asunto en el cual se sostuvo que en razón de que el encargo y pago de unos bienes por parte de unos clientes a un impostor en un establecimiento de comercio, no fue motivo suficiente para escudarse en la simple formalidad de la inexistencia del encargo. Cfr. *Hoddeson vs. Koos Bros*, 47 N.J. Super, 224, 135 A 2d. 702 (1957), citado en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 191, nota 27: “[...] cuando el *propietario* de un negocio *por su negligencia permite a una persona que no es su agente, actuar como si lo fuera, y efectuar las transacciones propias del negocio con un cliente, las apariencias son de tal manera como para inducir a una persona de prudencia normal a creer que el impostor era en realidad un agente del propietario del negocio*. En estas circunstancias, entonces, el derecho no ha de permitir al propietario utilizar como defensa la falta de autoridad del impostor y así evadir la responsabilidad por las pérdidas consecuentemente sufridas por el cliente. [...]” (cursiva fuera de texto). Igualmente, está el fallo en el que dos sociedades anónimas conectadas compartían los trabajadores-directivos y empleados, registrando la misma actividad económica como si se tratara de una sola empresa, el cual fue resuelto con fundamento en

2.2.2. Pronunciamentos que señalaron la ruptura del hermetismo de la personalidad

No podría pasar por alto uno de los fallos que en mi concepto marcó el devenir de la ruptura del hermetismo de la personalidad jurídica, y que me permito traer a colación, máxime si de hacer parte de un grupo empresarial se trata; concretamente hago alusión al dictamen inglés de finales del siglo XIX, conocido como el caso *Salomon (S.) vs. Salomon & Co. Ltda. (S. Ltda.)*.

En aquel asunto el señor S., además de ser comerciante de pieles y dueño de una empresa manufacturera dedicada a ellas, constituyó una sociedad *S. Ltda.* compuesta por su esposa y cinco de los hijos, indicando que los seis integrantes poseían una acción cada uno, mientras que el otro 94% estaba representado en acciones de S. así como en *obligaciones privilegiadas*³⁰⁵.

En algún momento se determinó transferir el negocio de pieles a la sociedad *S. Ltda.* a través de un contrato de

que las sociedades estaban en situación de *estoppel* en afirmar la existencia de una separación, determinando de esta manera que los entes jurídicos serían responsabilizados por la apariencia creada. Al respecto observar el asunto *Stauffer vs. Isaly Dairy Co.* 4 Ohio App. 2d. 15, 211 NE. 2d. 72, citado en DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 272 y nota 24.

³⁰⁵ Sobre las obligaciones privilegiadas (*mortgages debentures* o *debentures forming a floating security* -deuda general hipotecaria sobre el negocio) cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 219, nota 257.

*trust*³⁰⁶, donde se nombraron como administradores dos de los hijos de S y el propio señor Salomon; sin embargo, el liquidador en el proceso concursal de la sociedad S. Ltda. señaló que, además del contrato de *trust*, había existido una simulación en la medida en que el negocio de pieles continuaba perteneciendo a S. y el ente jurídico era una simple ficción empleada para limitar la responsabilidad³⁰⁷.

³⁰⁶ El contrato de *fiducia* en la Europa continental tiene marcadas diferencias con el *trust* anglosajón, convirtiéndose este último en el antecedente directo de la *fiducia mercantil* y transformándose en una institución propia del sistema anglosajón en la medida en que su origen no se halla en el *common law* sino en el *equity law*. Para comprender el significado de los deberes fiduciarios de los administradores (deber de diligencia -*duty of diligence*- y el deber de lealtad -*duty of loyalty*-), cabe mencionar que en el Régimen inglés no existe una relación contractual entre el constituyente y el fiduciario (tercero o *trustee*), sino un acto jurídico unilateral. Así las cosas, la independencia del acto se refleja en la "aceptación del *trustee*", en donde la entidad fiduciaria adquiere deberes frente al beneficiario y sus facultades residen en ser derechos reales y personales, concebidos estos últimos como las acciones de responsabilidad frente al fiduciario por incumplimiento de las obligaciones derivadas del acto constitutivo (deberes fiduciarios) y concluyendo que el constituyente, al no ser propietario de los bienes, ni existir relación contractual con el *trustee*, no tiene acciones contra aquel, ni puede dar órdenes o directrices en la ejecución de la *fiducia*.

³⁰⁷ La sociedad se liquidó previo pago de las *obligaciones privilegiadas*, quedándose S con todo el activo en perjuicio de los verdaderos acreedores, quienes consideraron que aquel tipo de obligaciones eran ineficaces, ya que S era el único y verdadero propietario de la empresa. Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 219.

Continuando con la ruptura del hermetismo, el Juez de Primera Instancia, seguido por el del Tribunal de Apelaciones, consideraron que S. había abusado de la personalidad jurídica de la sociedad *S. Ltda.*, convirtiendo a sus familiares en simples *strohmann* (testaferros) y empleando un propósito contrario a la ley en el instante de constituir la sociedad³⁰⁸.

El Tribunal de última instancia británico (*The House of Lords -H.L.-*) consideró que si *S. Ltda.* era una entidad jurídica (*body corporate*), el negocio le pertenecía a ella y no a S., ya que al ser aquella una persona diferente de los accionistas, no eran los socios los responsables de dichas obligaciones, concibiéndose el *body coporate* como un establecimiento autónomo e independiente de los socios³⁰⁹.

A inicios del siglo XIX se produjo en los Estados Unidos el primer pronunciamiento judicial sobre la extensión de

³⁰⁸ BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 42, nota 22, y pp. 101 a 104: "[...] los suscriptores del negocio fundacional distintos a Salomon eran meros *testaferros*, y que el solo propósito de Salomon al formar la sociedad fue usarla como un 'agente' que hiciera negocios por él. [...]" (cursiva fuera de texto).

³⁰⁹ Cabe aclarar que frente al *agent*, el *H.L.* consideró que la ley no señalaba el interés que tenían los socios al constituir la compañía, así como tampoco la independencia entre ellos o la voluntad propia. Sobre los seguidores del pronunciamiento del *H.L.*, cfr. LEVY. *Private Corporation and their control*. s.f. 1.^a ed., II, 1950, pp. 833 y ss.; y WORTLEY. *Droit Anglais*, en *Publicaciones del Institut de Droit français de L'Université de Paris. La personnalité morales et ses limites*, 1960, p. 66, citados por DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 220.

la responsabilidad de los asociados en una *corporation*; precedente jurisprudencial que sirvió de base para el desarrollo de la teoría por parte de los Tribunales de Justicia³¹⁰.

En la misma órbita, y con ocasión de la Primera Guerra Mundial, se adoptaron medidas de control sobre los bienes de los nacionales, impidiendo que los extranjeros - enemigos- se hicieran con aquellos capitales, pero produciéndose el inconveniente con las sociedades de nacionalidad propia que eran controladas por los contrarios.

La solución adoptada fue considerar que la sociedad en discusión era adversaria, rompiéndose de esta manera el hermetismo de la personalidad y declarándose la condición del substrato personal, representando de esta manera que los intereses sociales ya no pertenecían a la sociedad sino directamente a los accionistas³¹¹.

³¹⁰ Cfr. al respecto el fallo del *Bank of the United States vs. Deveaux* (US. 1809) 5 Chanch 61, citado por BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 124 y 125, nota 170; asimismo, es posible señalar cómo, a inicios del siglo XX, se recogieron algunos criterios sobre esta doctrina, los cuales establecieron las reglas generales de considerar a la *corporation* como persona jurídica hasta que surgieran razones que observaran lo contrario, como las de emplear la persona moral para atacar los intereses generales, justificar un daño, proteger el fraude o defender la comisión de un delito. Cfr. el caso *U.S vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, referido en la **nota 265**.

³¹¹ Sobre el asunto bélico descrito cfr. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. Ob. cit., p. 271.

Otro de los asuntos a destacar fue el del caso *Daimler Co. Ltd. vs. Continental Tyler & Rubber Co.*³¹², en el que una sociedad constituida en Inglaterra, pero cuyas acciones eran de propiedad de los alemanes -enemigos-, salvo uno de los títulos, involucró la autorización de la Corona para ser demandada.

En resumen, el Alto Tribunal consideró que el concepto de la nacionalidad británica debía ceder, desconociendo su origen (Inglaterra) y consintiendo que la posesión del control de la sociedad y sus activos fuera de los alemanes³¹³.

Para concluir, y de manera sucinta con las observaciones en materia jurisprudencial, contemplaré uno de los casos de mayor significación: se trata del asunto *Barcelona Traction, Light (BTL) & Power Company Limited (Estado de Bélgica) vs. Estado de España*³¹⁴ -*Barcelona Traction*

³¹² Sobre el particular, observar el asunto *Daimler Co. Ltd. vs. Continental Tyler & Rubber Co. Ltd.*, 1K.B. 893; 1916, 2. AC. 307, en cita realizada por DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 57 y 58, nota 32; y BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 123, nota 168.

³¹³ DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 57 y 58: "[...] *La persona artificial, legal, llamada sociedad anónima no tiene existencia física. Existe sólo a la vista de la ley. No tiene cuerpo, miembros, ni pasiones. No puede utilizar armas ni tampoco prestar servicios guerreros. No puede ser ni leal ni desleal. No puede cometer actos de traición. No puede ser ni amiga, ni enemiga, no puede tener deseos, pensamientos o intenciones distintas de aquellos de los miembros que la componen [...]*". (cursiva fuera de texto).

³¹⁴ Con un ánimo narrativo, iniciaré esta reseña con el fallecimiento del fundador de una compañía (BTL) en 1911, pasando por la crisis económica de la Segunda Guerra Mundial, la adquisición del ente por

(B.T.)- donde una *holding* canadiense (B.T.), propietaria de una red de energía eléctrica para los tranvías en Barcelona y el consumo doméstico de electricidad en Catalunya, propuso un acuerdo de reestructuración; el Gobierno español nunca admitió la salida de divisas y por lo tanto era necesario un permiso especial.

En su defensa y en la de B.T. el Gobierno de Bélgica demandó ante el TIJH al Gobierno de España por daños y perjuicios derivados de los actos ilícitos causados por órganos del Estado español a una sociedad de nacionales canadienses y cuyos socios eran belgas.

El TIJH manifestó que el procedimiento de levantar el velo de una persona jurídica establecido en el Derecho Interno era semejante al que se hallaba determinado en el

parte de capital belga, la insolvencia de la sociedad en 1948 y la venta en pública subasta junto con su adquisición por parte de la empresa FECSA en 1952. Dentro de este asunto se halla la intervención diplomática de los Estados Unidos, Canadá y Reino Unido, junto con la demanda contenciosa impetrada por el Estado de Bélgica ante el Tribunal Internacional de Justicia de la Haya (TIJH); asimismo, existen dos demandas interpuestas por Bélgica, una oposición de España a la segunda demanda con cuatro excepciones; hasta llegar al fallo en 1970 por parte del TIJH en el que se desestimaron los argumentos belgas y se aprobaron la tercera y cuarta excepción del Gobierno español, fundándose estas decisiones en la no legitimación de Bélgica y el agotamiento de los recursos internos en España. Sobre el particular, cfr. el trabajo de NIEVA FENOLL, Jordi. "Estudio introductorio", en CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Estudios e informes en materia concursal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 11 y 35; asimismo cfr. DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 10, 15 y 16, notas 8 y 13.

Derecho Internacional³¹⁵, y dispuso aceptar la tercera y cuarta excepciones del Gobierno de España, dado que el Gobierno de Bélgica no demostró su condición de parte (*ius standi*) para defender los intereses de la compañía canadiense, así como tampoco logró explicar la falta de agotamiento de los recursos internos.

B. Referente a la evolución doctrinal

Muchos de los pronunciamientos han llevado a la doctrina a realizar un análisis concienzudo sobre el asunto del allanamiento, siendo distintas las denominaciones adoptadas para la figura del levantamiento, entre otras, desestimación, desenmascaramiento, penetración, perforación, redhibición o ruptura del hermetismo, así como la de *piercing the corporate veil*, *disregard of legal entity* o *lifting of the corporate veil*.

Sin embargo, una concepción real desarrollada con el ánimo de penetrar en el hermetismo de la persona moral se debe en gran medida al tratadista alemán Rudolf Serick³¹⁶, quien en su obra estructuró y sistematizó tal doctrina³¹⁷,

³¹⁵ NIEVA FENOLL, Jordi. Ob. cit., pp. 30 y 31. Igualmente, es prudente consultar lo atinente a la jurisprudencia inglesa y norteamericana en DOBSON, Juan M. Ob. cit., Capítulos II y IV, pp. 35 a 60 y 97 a 136, así como recurrir al trabajo realizado por BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., Capítulo II, pp. 85 a 174.

³¹⁶ LEDESMA URIBE, Bernardo. *El abuso de la personalidad jurídica*, México, p. 488.

³¹⁷ SERICK, Rudolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del Derecho por medio de la personalidad jurídica*, Puig Brutau (trad.), Prólogo Polo, Barcelona: Ed, Ariel, 1958.

siendo esta particularidad la que presentaré en la investigación de los grupos.

El autor dividió su trabajo en tres libros³¹⁸, conteniendo el último de ellos cuatro proposiciones que se presentan a continuación como criterios fundamentales para dar respuesta a la cuestión del allanamiento de la personalidad al interior de un grupo empresarial.

En *primer* lugar, la regla fundamental de considerar que si la persona jurídica se empleó de modo abusivo, el juez podría separarla para que fracasara el resultado contrario a Derecho que se perseguía, prescindiendo de la pauta de distanciar la sociedad de los socios.

En *segundo* término, la estipulación de transgredir una disposición legal o contractual perjudicando a un tercero al utilizar una persona moral³¹⁹, caso en el cual se debe denunciar la violación del principio de la buena fe de las relaciones emergentes de la personalidad (*treu und*

³¹⁸ *Libro I.* Medidas eficaces en caso de hacerse mal uso de la forma que en Derecho pueden revestir las personas jurídicas. 1. Importancia del problema en la jurisprudencia y en la doctrina alemana; 2. La doctrina americana llamada *disregard of legal entity*, y 3. Problemas especiales que plantean las reglas del Derecho de Sociedades (SERICK, Rudolf. Ob. cit., pp. 31 y ss.); *Libro II.* Selección de problemas concretos sobre la relación de la norma con la persona jurídica. 1. Problemas de aplicación de la norma; y 2. Problemas de interpretación (ibíd., pp. 153 y ss.); *Libro III.* Recapitulación de los resultados (contiene las cuatro proposiciones). (ibíd., pp. 241 y ss.).

³¹⁹ SERICK, Rudolf. Ob. cit., p. 242.

glauben)³²⁰ y, también, indicar la inobservancia de las normas que aseguran el cumplimiento de las funciones de la personalidad; así las cosas, si no se levanta el velo de la personalidad no es posible lograr la finalidad de la norma o el negocio jurídico, siendo la eficacia de una norma societaria, sin obstáculos, la regla general que debe ser una excepción³²¹.

La *tercera* proposición hace relación a las normas fundadas en valores humanos siendo de aplicación a las personas si el fin es el de la entidad; claro está, no se debe olvidar que al encontrarse ante esa condición es preciso examinar a los hombres detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de la norma³²².

³²⁰ *Ibíd.*, pp. 119, 123 y 124.

³²¹ Dentro de los grupos, las prohibiciones establecidas por la ley no requieren para su aplicación de otra prueba que la vulneración de la propia ley. SERICK, Rudolf. *Ob. cit.*, pp. 246, 248 y 249.

³²² “[...] Aunque *la persona jurídica dependiente puede hacer efectiva la cantidad todavía no desembolsada*, ha de tenerse en cuenta que desde el punto de vista económico ello sucederá, por completo o de manera decisiva, a base del patrimonio de la sociedad dominante *cuando esta posea todas o casi todas las participaciones de la sociedad dependiente*. Pero este resultado es, precisamente, lo que debe ser evitado a tenor del §33I de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En semejante caso *esta finalidad de la ley podrá lograrse a base de identificar a la persona dominante con la dependiente*, de manera que el §33I de la ley de sociedades de responsabilidad limitada es directamente aplicable. [...]” (cursiva fuera de texto).

Las normas sobre valores humanos aplicables a las personas físicas pueden atribuírsele también a las jurídicas cuando coincidan con la finalidad propia de la norma y del ente, tal como sucede en un

Finalmente, la *cuarta* estipulación se refiere a la desestimación cuando se ha empleado la figura con intención de ocultar la identidad entre los sujetos y el ente jurídico, siempre que la norma a aplicar presuponga que la diversidad de los sujetos es no solo nominal sino efectiva.

Así las cosas, esta relación doctrinal abarca los casos en que la persona moral puede ser desestimada cuando se persiguen propósitos ilícitos o se logra tal fin aplicando e interpretando normas³²³ a través de la utilización de la personalidad jurídica³²⁴; así como, y en atención a la existencia de casos como en el de los grupos³²⁵, respecto de la identificación de sujetos vinculados, o testaferros de una dominante³²⁶⁻³²⁷.

conflicto de intereses, por ejemplo, en el caso de la prohibición de contratar entre el tutor y su pupilo, o la del juez de fallar en un asunto propio, entre otras. SERICK, Rudolf, Ob. cit., pp. 251 y ss.

³²³ SERICK, Rudolf, Ob. cit., pp. 153 a 227

³²⁴ El abuso de la persona jurídica abarca escenarios como los de fraude de ley, fraude o violación de contrato y daño fraudulento causado a terceros, siendo acogido por diversos ordenamientos jurídicos dentro de los que se destacan, además de los correspondientes a esta investigación, el del ordenamiento austral.

³²⁵ SERICK, Rudolf, Ob. cit., pp. 136 a 152.

³²⁶ Sobre el asunto de los grupos de sociedades se profundizará más adelante, teniendo presente los parámetros esbozados por MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, cit.

³²⁷ Cuando dentro de una persona moral que haga parte de un grupo o de una situación de control existe un socio controlador, tal personaje tendrá una responsabilidad ilimitada frente a los terceros en razón de los actos ilícitos de dicho sujeto, y entendiendo por ilicitud

Sobre este aspecto de la identificación (vinculados y testaferros) debe valorarse, por un parte, el desconocimiento de la calidad de sujeto de derecho de una sociedad como consecuencia de la ilicitud del objeto social o por intermedio de la simulación absoluta de la misma empresa; por otra, la ineficacia del ente jurídico frente a ciertos acreedores, como los que ejercen acciones revocatorias, por cuanto no pueden los socios oponerse a la limitación de la responsabilidad frente al común de los acreedores; para, finalmente, describir los que se localizan en situaciones de subordinación frente a otro sujeto de derecho.

Adentrándome un poco más en el tema de los grupos, y en el reconocimiento de los vinculados y testaferros, es preciso tener en cuenta que cuando se alude a la subordinación se está señalando el asunto de los procesos concursales debido al manejo unitario proveído por su holding³²⁸, y así como se aplica para asuntos societarios, los actos contrarios al orden público, las buenas costumbres o la buena fe. Partiendo de esta cuestión, los actos ilegales son imputables al socio controlador, siendo atribuibles cuando subsista la relación causal (nexo causal) directa e inmediata entre el ilícito causante del injusto y el poder de control del socio sobre la sociedad. Cfr. LEDESMA URIBE, Bernardo. Ob. cit., pp. 494 y ss.

³²⁸ En el orden explicativo propuesto, pero en el Régimen austral, en cumplimiento de los preceptos legales, artículos 164 y 165 de la Ley de Concursos 19.551, el juez deberá llamar a la sociedad dominante para que responda por las acreencias de la subordinada, aplicándose directamente este supuesto en el caso de los socios mayoritarios que manejan los destinos de una empresa. Sobre el control en la Ley de Concursos Argentina 19.551 (Ley 22.917), observar lo preceptuado por DOBSON, Juan M. Ob. cit., pp. 393 a 397.

de igual manera cabe ajustarlo al fenómeno económico de las integraciones empresariales.

Mal podría finalizar este apartado doctrinal sin antes comentar lo sucedido con el asunto de la situación concursal del grupo austral Deltec³²⁹, en el que a través de un pronunciamiento judicial se rechazó el concordato preventivo presentado por la concursada (Sociedad Cia. Swift de la Plata S.A. -Swift-) la cual se declaró "en quiebra", haciendo de esta manera partícipe de la insolvencia a otras compañías del mismo agrupamiento a la que pertenecía.

Y esto, a pesar de que los órganos de administración de Swift se hallaban subordinados a la sociedad extranjera - *Deltec International*-, y que la propuesta de concordato preventivo fue votada por otras empresas del grupo que contrataron con Swift en condiciones ventajosas para ellas, afectándose así el orden público y el derecho de los auténticos acreedores sobre el patrimonio de la concursada, sin que existiera una individualización de la personalidad entre todas las empresas que integraban el grupo, por cuanto estas respondían a una voluntad común³³⁰.

³²⁹ La expresión *en situación concursal del grupo*, parte de que aquella anomalía económica no es una persona jurídica y, por tanto, es "al interior de los fenómenos económicos empresariales" donde se analizará el estado de los integrantes del grupo que están en situaciones de insolvencia en razón del actuar del controlante.

³³⁰ Mientras la Cámara de Apelaciones en lo Comercial confirmó la no homologación del concordato, junto con la declaración de la nulidad de la extensión de la "quiebra" a las otras sociedades del grupo por no haber sido citadas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación

CAPÍTULO II

ANOMALÍAS A CONSIDERAR EN LA ÓRBITA CONCURSAL

Así como corresponde a los grupos mantener una visión conjunta de la Economía y del Derecho Societario, es adecuado valorar el significado de la crisis económica en el Derecho Concursal, por cuanto debe apreciarse como un área próxima al Derecho Mercantil mas no sinónima de aquel, lo que significa estar en presencia de otro fenómeno económico (insolvencia) conexo con el Derecho Comercial.

declaró extensible a la controlante la "quiebra" dispuesta para la controlada, ampliándola a las otras subsidiarias de la matriz, sin previa excusión de los bienes de la sociedad controlada. No obstante el fallo señalado, cabe destacar la declaración del Tribunal Supremo de Justicia que consideró contraria esta decisión y que es apreciada por parte de la doctrina; sobre el particular cfr. WALLACE GORDON, Michael. *Deltec Update. Lawyer of the Americas*, p. 43, citado por DOBSON, Juan M. Ob. cit., p. 8, nota 5, quien señaló: "[...] El fallo de la compañía Swift de 1973 *ilustra el sentido de frustración de los gobiernos del tercer mundo en entender y regular a las sociedades multinacionales. A falta de soporte legal, o lo que pudiera ser aceptado como derecho consuetudinario, la decisión de la Corte Suprema creó el concepto de unidad económica en un fallo que debe ser considerado como derecho judicial (...)*" (cursiva fuera de texto). Sin embargo, esta posición doctrinal es igualmente reprochada por otra parte de la doctrina (DOBSON), a la cual me uno y considero en los siguientes términos: "[...] Si esas conclusiones pueden obtenerse solamente de la vaguedad del lenguaje utilizado, entonces lo mismo podría concluirse de la mayor parte de los fallos que se dictan en esta materia en el país del crítico, profesor de la Universidad de la Florida. [...]" (cursiva fuera de texto).

I. De la crisis empresarial y del régimen de insolvencia

Un concurso gobierna todas las relaciones jurídicas patrimoniales de los deudores, concibiendo también las que llegan a suceder en los ámbitos fiscales, parafiscales o las ocurridas bajo el tenor del sector financiero.

En este sentido, se garantizan los asuntos sobrevenidos con ocasión de un vínculo legal existente con distintos sujetos jurídicos, como, por ejemplo, proveedores, trabajadores, clientes, entidades financieras, parafiscales y Hacienda Pública, entre otros.

Sin embargo, es clara la división entre la insolvencia empresarial y el Derecho Mercantil, por cuanto la primera se refiere no solo a las relaciones comerciales sino a cualquier tipo de nexo jurídico; de la misma forma, es evidente que cuando las fuentes del trabajo y la riqueza dejaron de ser los fundamentos de las sociedades mercantiles se abrieron las puertas para proporcionar cierto tipo de beneficios económicos a diversas entidades comerciales³³¹.

³³¹ Sobre una reseña de la situación económica de la insolvencia, es oportuno observar la definición traída por SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 27: “[...] una situación patrimonial de hecho (fenómeno económico) que imposibilita al deudor para cumplir con sus obligaciones, bien sea transitoria o permanentemente, pudiendo conducirlo a cesar en sus pagos (situación que activaría los mecanismos concursales de conversación o

Respecto de las ventajas de los distintos sujetos jurídicos debe señalarse el asunto de las fundaciones, corporaciones y *otras unidades económicas*, que según el sistema colombiano³³² (patrimonios autónomos o derechos fiduciarios)³³³ deben pasar a formar parte de la masa a liquidar dentro del Derecho Concursal.

liquidación del patrimonio según el caso) o a *temer llegar a hacerlo* (situación que le permitiría al deudor solicitar la iniciación de un concurso) [...]” (cursiva fuera de texto). No obstante, y relativo al asunto de *temer llegar a hacerlo*, parte de la doctrina (austral) consideró que siendo la insolvencia una cesación de pagos, debe entenderse como una situación de hecho económica que puede tener otro tipo de indicios aparte del incumplimiento de la obligación, en la medida en que el asunto no siempre significa insolvencia, así como la *cesación en los pagos no necesariamente representa un incumplimiento*. BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. *Concursos y quiebra*, 3.^a ed., 2.^a reimp., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 33.

³³² L.1116/06 artículo 3. Personas excluidas: “[...] No están sujetas al régimen de insolvencia previsto en la presente ley: [...] Parágrafo. Las empresas desarrolladas mediante contratos que no tengan como efecto la personificación jurídica, *salvo en los patrimonios autónomos que desarrollen actividades empresariales*, no pueden ser objeto del proceso de insolvencia en forma separada o independiente del respectivo o respectivos deudores. [...]” (cursiva fuera de texto).

³³³ No obstante la situación jurídica anotada, y dentro del contexto de la obligatoriedad de la disposición legal, me he de apartar de esta posición en la medida en que dicha separación es en su forma pero no en el fondo; así fue establecido en los sistemas alemán y anglosajón, ya que en ellos se comparte la idea del *fuero de atracción* para los eventos de los que están revestidos los funcionarios y el juez, con el fin de decidir sobre la insolvencia de un ente jurídico ajeno al de las sociedades y no al contrario,

En este sentido, cabe resaltar que en el sistema alemán, mediante la Ley de Modernización del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada y Prevención de Abusos del 1.º de noviembre de 2008 (*Gesetz Zur Modernisierung des GmbH Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen -MoMig-*) se dispuso que para gestionar la masa patrimonial del deudor el Juez del Concurso podía nombrar a un administrador provisional, e incluso determinar si con los activos menos los pasivos del deudor era suficiente para cubrir los gastos³³⁴.

En materia de designaciones, además del nombramiento de un administrador temporal y la determinación de la masa concursal, es válido (art. 21.II.1 y 2 *MoMig*) ordenar la suspensión de las medidas de ejecución forzosa, inhibición de bienes (art. 21.II.2 y 3 *MoMig*), así como el acatamiento directo del deudor a las decisiones del juez o la del propio arresto de aquel (art. 21.III *MoMig*), alrededor de la masa de la insolvencia (art. 35 *MoMig*) y la masa pasiva de la misma (art. 38 *MoMig*).

como sucede con el régimen colombiano.

³³⁴ Sobre la *MoMig* cfr. la obra de DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal comparado*, t. I, Bogotá, Legis, 2009, pp. 14 y 15. Por otra parte, valdría la pena exponer lo sucedido en el ordenamiento concursal brasileño (Ley 11.101 de 2005) en virtud del cual, y bajo el *fuero de atracción* expuesto, se estableció la facultad por parte del administrador judicial de determinar, contando con los sujetos especializados en materia contable, la existencia de los créditos de la masa patrimonial (arts. 7.º; 7§2; 52§1; 99 y 8.º). Cfr. Ídem, p. 226.

Ahora bien, alejándome del sistema continental y acercándome al anglosajón, en el ordenamiento de Estados Unidos (*Bankruptcy Act* del 11 de octubre de 1979) se logra percibir el fuero de atracción al considerar que el síndico es un funcionario designado por el Tribunal para gestionar la verificación del pasivo y el control del activo del deudor concursado (fiduciario), disponiendo que el patrimonio de la empresa está conformado por los intereses legales y las participaciones del deudor en propiedades que no estén "no exentas" (Capítulo Quinto).

Entonces, se determinó que hacían parte del patrimonio de la concursada los bienes adquiridos dentro de los seis meses posteriores al inicio del pedido, junto con las propiedades que el *trustee* consiguiese recuperar en razón del fuero de atracción³³⁵.

En el Derecho Concursal el término deudor ha sido sustituido por el de empresa y se ha concebido como una estructura diferente del soporte que la organiza; en otras palabras, se entiende como una actividad económicamente organizada mientras que la sociedad es un

³³⁵ Ídem, p. 645: "[...] Finalmente el patrimonio abarca las propiedades que el fiduciario o síndico recupera bajo sus poderes: como acreedor embargante; para evitar preferencias indebidas; para evitar transferencias fraudulentas; y, para evitar embargos legales. [...]" (cursiva y subrayado fuera de texto). Cabe aclarar que dentro de las propiedades que el fideicomisario reintegra a la masa patrimonial a liquidar se hallan los derechos fiduciarios de los patrimonios autónomos sin que este hecho signifique una reglamentación, tal y como sucede en el sistema colombiano.

elemento orgánico que instituye a la empresa dejándola continuar a pesar que el ente jurídico haya cumplido sus objetivos.

En definitiva, el Estado diseña unos mecanismos de rehabilitación que resultan únicos y exclusivos, surtiéndose unas normas especiales que impiden la aplicabilidad de reglas generales, como las que buscan proteger a los acreedores amparándolos en procesos ejecutivos en los que solicitan la satisfacción de sus créditos.

En conclusión, la crisis empresarial significa más que un problema económico, pues comprende a los acreedores directos de la empresa así como a quienes están en conexión con el acreedor concursal de manera directa, o con el deudor (empresa en crisis) de forma indirecta, como ocurre con el caso de los administradores de hecho (de facto director), ocultos o los que se encuentran a la sombra (*shadow director*).

Para finalizar, es posible concebir que los sujetos jurídicos³³⁶ causen aquella contingencia como resultado de

³³⁶ Las entidades jurídicas no necesariamente han de ser nacionales sino que logran tornarse en un ámbito internacional; en lo relativo a la materia transfronteriza cfr. SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia transfronteriza...*, cit.; por otra parte, pero con el único fin de adentrarse en el asunto de los grupos, cabe examinar la ponencia presentada por COOPER, Neil. "Corporate Groups & Insolvency", en *Seminario Internacional de Insolvencia. Insolvencia transfronteriza y contratación pública*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2006, pp. 101 a 105. No obstante, pero en el mismo sentido, debe traerse a colación la concepción doctrinal de la

unos hechos ligados a unas consecuencias económicas conocidas como el *efecto dominó*, todo ello en la medida en que los asuntos de unos se reflejan o “llevan a la caída” de otros actores del mismo grupo³³⁷; bajo esta situación, cabe indicar que el asunto es análogo al tema del equilibrio de la teoría de los juegos³³⁸, por cuanto un factor económico determina la dirección unitaria al interior del fenómeno del grupo.

A. Precisiones sobre los principios orientadores del régimen de insolvencia

Es de advertir que la cuestión del grupo alrededor del Derecho Concursal trae consigo la fijación de unas políticas jurídicas, dentro de las que cabe destacar las de apreciar la difusión de las cuestiones societarias en y a un agrupamiento, junto con la sujeción de las herramientas de protección adquiridas por el sujeto insolvente, así como los aspectos procesales que surgen

aplicación del principio de la universalidad -insolvencia-, cuando de asuntos transfronterizos se trata; cfr. al respecto PAULUS, Christoph G. “Groups Insolvencies. Some Thoughts About New Approaches”, *Texas International Law Journal*, vol. 42:819. n.º 3. 2007, p. 821. Disponible en [<http://law-journals-books.vlex.com/vid/group-insolvencies-thoughts-approaches-64084360>], consultada el 27 de agosto de 2013.

³³⁷ PAULUS, Christoph G. Ob. cit.: “[...] It is generally well known that the insolvency of a company, which is a member of a group of companies, will often initiate a *domino effect*, leading to the *subsequent downfall of the other group members*. [...]” (cursiva fuera de texto).

³³⁸ Cfr. **nota 1**.

con la aparición de la situación de crisis económica de uno de los integrantes de la anomalía³³⁹.

Es el momento oportuno para definir los principios que orientan el ámbito concursal con el fin de concebir las implicaciones jurídicas de la situación patrimonial de hecho, acaecidas en otra anomalía económica como es la de los grupos empresariales; para lograr este objetivo partiré de una explicación sucinta de las reglas que gobiernan los asuntos accidentales concursales como fuente generadora del mismo grupo.

De esta manera, dentro del fenómeno económico de la insolvencia es factible distinguir, en los procesos recuperatorios y en los asuntos liquidatarios, la presencia de unos fundamentos como los de la oficiosidad, la universalidad y la igualdad³⁴⁰.

³³⁹ Sobre la crisis económica de uno de los integrantes de la anomalía económica de los grupos cfr. EMBID IRUJO, José Miguel et ál. *Grupos de sociedades y derecho concursal. Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 1885 a 1908.

³⁴⁰ Sin entrar a desconocer los demás principios que han orientado el desarrollo del régimen de insolvencia y que se hallan descritos a continuación, considero que, en razón del tema objeto de análisis, en las indicaciones anotadas de oficiosidad, universalidad e igualdad existe una mejor visualización del fenómeno del grupo; de la misma forma, haré una simple especificación sobre los principios de eficiencia, información, negociabilidad, reciprocidad y gobernabilidad económica. Al respecto cfr. la obra de RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. *Nuevo Régimen de Insolvencia*, 1.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 67 a 74. De los principios de control del país de origen, unidad, coordinación,

1. La oficiosidad

Los ordenamientos jurídicos han sido los encargados de facultar, al interior del Derecho Concursal, al juez o funcionario en la provocación oficiosa del concurso, siendo manifiesta cuando se determinan la apertura y el desarrollo del mismo sin que medie petición alguna de las partes³⁴¹.

Sin embargo, escapan a la aplicabilidad del principio de la oficiosidad tanto el ordenamiento español³⁴² como el publicidad y universalidad en lo concerniente al sector asegurador - ámbito concursal- cfr. la obra de ARROYO, E.; BENACCHIO, G. A., PASA, B. y VIÑAS, R. *Repertorio de Derecho Civil y Mercantil Comunitario*, 1.ª ed., Barcelona: Editorial Bosch, 2005, p. 985.

³⁴¹ Así ha sido entendida la necesidad existente en el trámite concursal (impulso procesal de oficio); al respecto cfr. BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Ob. cit., p. 55.

³⁴² Sobre el particular cfr. la Ley 22 del 9 de julio de 2003 (Ley 22/03) en vigor desde el 1.º de septiembre de 2005 -reformada por el Decreto Legislativo 3 del 27 de marzo de 2009 (DL 3/09)- y redactada por la Ley 38 del 10 de octubre de 2011 (Ley 38/11). DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., pp. 497 a 498 y 533 a 535: "[...] Ley 22/03 artículo 3º. Legitimación. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores. Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el *órgano de administración* o de *liquidación*. [...] 3. [...] están también legitimados los *socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables*, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella. [...] Artículo 5º. Deber de solicitar la declaración de concurso. El *deudor deberá solicitar la declaración de concurso* dentro de los dos meses (*Ampliado a tres meses según las condiciones de comunicación del deudor al Juez del concurso según lo expuesto en el propio DL 3/09*) siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. [...] Artículo 7º.

alemán, en la medida que en ellos solo existe la posibilidad de dar apertura al procedimiento por petición expresa de los acreedores y del deudor³⁴³; sin embargo, existe la posibilidad (régimen alemán) de realizar la petición de la reestructuración económica por parte de todos los miembros de los órganos de representación de los entes que no han estado provistos de una personalidad jurídica³⁴⁴.

Dentro de este tema concursal es prudente aclarar que en la normatividad germana se tolera la insolvencia de una "asociación que carece de personalidad jurídica", evento

Solicitud del acreedor y de los demás legitimados. El acreedor que inste la declaración de concurso deberá expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, de que acompañará documento acreditativo. [...]" (cursiva y entre paréntesis fuera de texto).

³⁴³ Cfr. lo relativo a *Konkursordnung -1877-, Vergleichsordnung -1935-*, y el *Insolvenzordnung -1994* vigente desde 1999- DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., p. 13: "[...] Sólo están legitimados para la apertura del procedimiento de insolvencia los acreedores y el deudor. No procede de oficio. Cuando se trata de una *persona jurídica o sociedad sin personalidad jurídica*, (sic) la legitimación corresponde, además de los acreedores, a todos los miembros del órgano de representación, y en caso de una sociedad sin personalidad jurídica o sociedades en comandita por acciones, a los socios personalmente responsables (art 15.I) *socios gestores [...]"* (cursiva fuera de texto).

³⁴⁴ Sin que medie la petición y declaración del acreedor y/o deudor, como lo señalan los ordenamientos español y alemán, se halla en cierto modo un grado de oficiosidad en la regulación colombiana en donde la norma, pese a no estar consagrada como principio, efectivamente dispone la iniciación oficiosa del mismo. Cfr. sobre el particular RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. Ob. cit., pp. 73 y 74.

que narra la situación patrimonial de hecho de un grupo en cuanto a la *consolidación de su patrimonio*³⁴⁵ ya que estaría afecto a las observaciones de las que se encuentra provisto el patrimonio de una persona moral³⁴⁶.

Por otra parte, al existir el *efecto dominó* al interior de una empresa cuando fue desorganizada por una

³⁴⁵ Con respecto a la *consolidación patrimonial* se puede colegir que el ordenamiento colombiano, a pesar de la oficiosidad existente y las críticas sobre la reglamentación, efectivamente considera el patrimonio de un grupo similar al existente en una persona jurídica; sobre el particular cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. *La manipulación constitucional y los errores en la reglamentación de las normas mercantiles*, cit.; y de la misma forma, considerar en el sistema colombiano el artículo 25 del Dec. 1749/11: “[...] *Consolidación patrimonial. Los procesos de insolvencia de los partícipes de un Grupo de Empresas deberán respetar la identidad jurídica propia de cada partícipe, salvo en el caso de una liquidación judicial en donde en relación con los deudores vinculados, el juez del concurso en ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 5 numeral 11 de la Ley 1116 de 2006 y para el logro de la finalidad del proceso, ordene una consolidación patrimonial, siempre y cuando el solicitante acredite al menos una de las siguientes situaciones: 1. Que el activo y el pasivo del Grupo de Empresas en liquidación judicial, están de tal forma entremezclados que no podría deslindarse la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados. 2. Que el insolvente partícipe del Grupo de Empresas practicó alguna actividad fraudulenta o ejecutó algún negocio sin legitimidad patrimonial alguna, que impidan el objeto del proceso y que la consolidación patrimonial sea esencial para enderezar dichas actividades o negocios. [...]” (cursiva fuera de texto).*

³⁴⁶ Con respecto al modo de considerar el patrimonio consolidado de un grupo, puede principiar desde el enfoque de una *asociación sin*

insolvencia (iliquidez), el asunto económico entra a perjudicar tanto a los trabajadores, como a los proveedores, los recursos fiscales y demás acreedores internos o externos; el resultado en *caída libre* se hace igualmente evidente cuando se está en presencia de un grupo empresarial como consecuencia de la dirección unificada existente y cuando ésta, en razón del *efecto dominó*, se entiende como el factor económico del equilibrio de la teoría de los juegos.

Aunado a lo anterior, es evidente que la oficiosidad existente en los ordenamientos jurídicos no puede producirse sin las herramientas apropiadas para los entes encargados de dictarla; en consecuencia, la aplicación del principio se relaciona con el “deber de la información” o la obligación que permite al funcionario proveerse con la mejor solución³⁴⁷, estableciendo así la

personalidad jurídica, tal y como se halla consagrado en el ordenamiento alemán. Sobre el particular cfr. DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., p. 45: “[...] Artículo 11. Admisibilidad del procedimiento de insolvencia (*InsO Zulässigkeit des Insolvenzverfahrens*). I. Un procedimiento de insolvencia puede abrirse sobre el patrimonio de toda persona natural o jurídica. La asociación sin personalidad jurídica tiene, en este punto, la misma consideración que una persona jurídica. II. El procedimiento puede además ser abierto: 1) Sobre el patrimonio de una sociedad sin personalidad jurídica (sociedad colectiva, sociedad comanditaria, sociedad civil, copropiedad, agrupación europea de interés económico). [...]” (cursiva y subrayado fuera de texto).

³⁴⁷ El “deber de la información” se puede apreciar en un sentido próximo cuando no sinónimo con el “deber de información” propio del *due diligence* tratándose de los administradores; sobre el particular consultar CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. *Deberes en los actos de*

eficiencia en la gestión de recursos, ceñida a la negociabilidad de los bienes y la relación de las deudas no litigiosas que comportan la reciprocidad, aclarando si se trata de asuntos extranjeros.

2. La universalidad

Otro de los principios del fenómeno de la iliquidez es el que se presenta cuando se está frente a la *totalidad* de los bienes del deudor así como ante la *integridad* de sus acreedores, sujetos vinculados a partir de la iniciación del trámite concursal; aquella situación patrimonial y subjetiva es conocida como el principio de la universalidad³⁴⁸.

Evidentemente, al describir la situación económica de la dirección unitaria se hace alusión a que el sujeto que realiza una tarea la está garantizando con su patrimonio gestión al interior de una persona jurídica. Ob. cit.

³⁴⁸ A manera de ejemplo, en el ordenamiento español la Ley 22/03 (en vigor desde el 2005), junto con el Real Decreto Legislativo (DL) 3/09, aprobaron el enfoque de la universalidad cuando consagraron un único procedimiento concursal (fijando los trámites concursales civiles y mercantiles) y disponiendo de un método conservativo y liquidatario. Sobre el particular cfr. DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., pp. 494 y 498. Del mismo modo, el principio de la universalidad fue entendido en el orden asegurador y comunitario a través de la Directiva 2001/17/CE. Al respecto observar el trabajo presentado por ARROYO, E.; BENACCHIO, G.A.; PASA, B. y VIÑAS, R. Ob. cit., pp. 984 y 985: “[...] Los procedimientos liquidatarios surtirán efectos en todos los países de la Comunidad y deberán gozar de reconocimiento en todos ellos, teniendo en cuenta los elementos del activo y del pasivo de la empresa aseguradora en cuestión (*principio de universalidad*). [...]” (cursiva fuera de texto).

negocial; sin embargo, al ser unificada la dirección, la actuación se empieza a apreciar con el respaldo de la integridad del grupo (universalidad), "acercándose a las complejidades de la insolvencia del grupo desde la perspectiva del aumento de la eficiencia"³⁴⁹.

Así las cosas, la *totalidad* es la circunstancia que se predica de los activos que forman parte del patrimonio del deudor (universalidad objetiva), entendiéndolos como bienes presentes y futuros³⁵⁰, previa ratificación efectuada con el objeto de que sean de conocimiento de los acreedores y con la posibilidad de cuestionar los actos ejecutados en período de sospecha.

³⁴⁹ PAULUS, Christoph G. Ob. cit.: "[...] Like the parallel set of intricacies in the field of cross-border insolvency law where the *universality principle* is gaining more and more ground internationally due to its greater efficiency prospect, *one should approach the intricacies of a group insolvency law, too, from the perspective of increased efficiency* [...]" (cursiva fuera de texto).

³⁵⁰ La universalidad objetiva incorpora en el patrimonio del deudor cada uno de los activos existentes, incluidos los que salieron de él y que fueron apreciados como causantes de la situación de la crisis económica; asimismo, esta generalidad implica la apreciación de los bienes pertenecientes a la sociedad y a los que correspondan al grupo en razón de la dirección unificada. En el ordenamiento de Colombia, el patrimonio y los bienes se observan en el artículo 2488 C.C. colombiano relativo a los Derechos de Prenda General, que preceptúa el mismo sentido de la universalidad objetiva: "[...] *Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677. [...]*" (cursiva y subrayado fuera de texto).

Mientras que la *integridad* se estima en el hecho de involucrar a todos los acreedores del deudor insolvente en el trámite concursal (universalidad subjetiva), bastando observar que en la mayoría de sistemas donde opera el contexto del *equity* y el fuero de atracción³⁵¹ se admite que *todos* los acreedores de un deudor insolvente sean partícipes del proceso concursal, recibiendo de esta manera el mismo trato y siguiendo las condiciones de todo crédito³⁵².

Sin embargo, es posible mantener las condiciones de preferencia o excepción en la órbita de las acreencias cuando son entendidas como las exenciones del principio de la universalidad subjetiva, *verbi gratia*, en las condiciones de prelación de créditos expuestas en los lineamientos del C.C. colombiano³⁵³.

³⁵¹ Cfr. **notas 281 a 286 y 333**, respectivamente.

³⁵² Relacionado con la universalidad subjetiva está el principio de la igualdad cuando se refiere a la *par conditio creditorum*. Cfr. RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. Ob. cit., pp. 69 y 70.

³⁵³ En lo tocante a la prelación de créditos cfr. **nota 350**.

Por su parte, en el sistema español³⁵⁴ se vislumbra la forma de establecer tal preferencia para el caso de los acreedores que posean una *garantía real*, por cuanto no necesitan hacerse partícipes del trámite concursal, siempre que el bien no se encuentre relacionado con la actividad profesional o que hallándose, la ejecución se suspenda por un período de tiempo³⁵⁵.

³⁵⁴ SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia transfronteriza:...*, cit., pp. 44 y 45: “[...] 1. Los acreedores con garantía real, [...] pueden optar por no participar en el trámite concursal y proceder a la ejecución del deudor ante la justicia ordinaria cuando el bien sobre el que recae la garantía no se encuentra afecto a la actividad profesional del concursado, o bien, de estar ligado el bien a la actividad profesional del concursado, el derecho de ejecución individual del acreedor se suspende simplemente por un lapso de tiempo (un año desde la declaratoria del concurso); [...]” (cursiva y subrayado fuera de texto).

³⁵⁵ Sobre la reglamentación citada, y partiendo de estas medidas, cfr. lo preceptuado en el ordenamiento español a través de la Ley 22/03 facilitada por **DASSO, Ariel Ángel**. Ob. cit., pp. 554 y 555: “[...] Ley 22/03 Artículo 56. Paralización de ejecuciones de garantías reales (Redacción según Ley 38/11). 1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Tampoco podrán ejercitarse durante ese tiempo: a. Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles. b. Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad. c. Las acciones

En este orden irregular de privilegio volveré a acudir a lo regulado en el sistema colombiano donde, en algunos casos, es posible encontrar tal preferencia para los acreedores de créditos tributarios (Hacienda), quienes pueden entorpecer el trámite recuperatorio arrastrando a una liquidación o, incluso, hacerlo a través de pronunciamientos judiciales³⁵⁶ que desconocen los fines

tendientes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución. 2. Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho. Sólo se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. 3. Durante la paralización de las acciones o la suspensión de las actuaciones y cualquiera que sea el estado de tramitación del concurso, la administración concursal podrá ejercitar la opción prevista en el apartado 2 de artículo 155. 4. La declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de esta. 5. A los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. [...]” (cursiva, subrayado y entre paréntesis fuera de texto).

³⁵⁶ SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia transfronteriza:...*, cit., pp. 45 y 46 y nota 47.

del trámite concursal³⁵⁷.

3. La igualdad

Para finalizar, el principio de la igualdad es concebido como el trato paralelo entre y para los acreedores, entendiendo dicho equilibrio como el hecho de soportar las mismas pérdidas o ganancias si se trata de una categoría análoga³⁵⁸. De la misma forma, es necesario determinar el carácter temporal en el que se causó la obligación del deudor concursal, sin importar las medidas cautelares de los bienes o las fechas previas a la apertura del concurso³⁵⁹.

Cabe precisar que no se señaló un trato uniforme entre

³⁵⁷ Sobre los fallos judiciales del sistema colombiano que desconocen el trámite concursal de no permitir el acceso al concurso a ciertos acreedores, como los pensionados, cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. "Casuística: comentarios a las sentencias de la Corte Constitucional Nos: SU-1023-01 y SU-636-03, *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 3, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 27 de agosto de 2013.

³⁵⁸ Sobre la regla de la igualdad cfr. BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. Ob. cit., p. 48.

³⁵⁹ El principio de la igualdad se puede simplificar con el enunciado "igual forma, el mismo derecho y obligación"; sobre esta directriz el ordenamiento alemán, frente al plan de insolvencia - *Insolvenzplan*- previsto en los artículos 217 y ss., Título VI (*Sechster Teil insolvenzplan*) de la Ley modificada de *Insolvenzordnung* -1994-, trae a colación la posibilidad de integrar grupos de acreedores con intereses homogéneos, en donde impere la concepción de emplearse *con justicia* (art. 222.II). Al respecto cfr. **DASSO, Ariel Ángel**. Ob. cit., pp. 20 y 89:

los acreedores por cuanto ya se había sugerido el asunto de las preferencias o excepciones³⁶⁰ y, además, era válido considerar la renuncia a la igualdad en el trato.

Lo que en verdad es significativo, es el hecho de que al existir varios acreedores dentro de un nivel o grado análogo, deberán al unísono ser consignatarios de una "moneda de quiebra semejante" o, lo que es lo mismo, un pago concursal homogéneo.

Ahora bien, con respecto al asunto de una "moneda de quiebra semejante" debe considerarse que el trato igualitario en el fenómeno económico de la situación patrimonial de hecho hace alusión a la igualdad en el modo, así como al tiempo en que se extinguen las obligaciones, de conformidad con la prelación de los créditos.

La prelación "debida", o de créditos, puede convertirse en una prelación "de vida" si, conforme con los *acuerdos de insolvencia*³⁶¹, se valora un contexto diferente al

³⁶⁰ [...] Artículo 222. Formación de Grupos (*InsO Bildung von Gruppen*). [...] II. Entre los acreedores con idéntica situación jurídica pueden formarse grupos en los que sean reunidos (sic) acreedores con intereses económicos homogéneos. Los grupos deben delimitarse unos de otros *con justicia*. Los criterios para la delimitación deben indicarse en el plan. [...]" (cursiva fuera de texto).

Sobre el particular cfr. **notas 350 y 353 a 355**.

³⁶¹ Sobre los acuerdos de insolvencia, el sistema español (DL 3/09) dispuso, respecto de los *acuerdos de refinanciación*, lo que era relativo a la prelación "de vida", advirtiendo en todo momento la configuración de la novación objetiva. DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., pp. 501: "[...] Quizá uno de los aspectos más importantes resulta del

pecuniario, haciéndose responsable de las acreencias de los trabajadores de la empresa seguida por la de los proveedores y dejando para otra oportunidad la de los créditos parafiscales, entidades financieras, servicios públicos, vigilancia, arrendamiento y/o la de los "agiotistas".

Esta forma de concebir la prelación de créditos al interior de los acuerdos de insolvencia resulta ser perfectamente aplicable al fenómeno económico del grupo a través de la explicación de la misma dirección unificada.

B. Exigencias que rodean el fenómeno económico de la insolvencia empresarial

contenido de estos contratos individuales, los cuales no queden atrapados por la regla de la "par conditio" ni quedan limitados a la sola ampliación de la refinanciación o crédito disponible *sino que también puede constituir su materia la modificación de las obligaciones (créditos)*, sustituyéndolas por otras, lo que configura una verdadera *novación objetiva* [...] (cursiva y subrayado fuera de texto). Asimismo, cabe recordar de los mencionados acuerdos de refinanciación el artículo 8 (3 del DL 3/09) al introducir en la disposición adicional cuarta de la Ley 22/03 el numeral 1, la siguiente observación: "[...] 1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la *modificación de sus obligaciones (créditos)*, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, *bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas.* [...]" (cursiva y entre paréntesis fuera de texto).

Al estar frente a una insolvencia que obstruye la observancia de los deberes económicos a través de la prevención o la suspensión en su pago³⁶², ciertamente nos hallamos ante un sujeto jurídico que debe reunir unas condiciones para lograr acceder al mecanismo de recuperación o al proceso de reorganización.

En Colombia una sociedad que se ha retrasado o que está próxima al aplazamiento del pago de sus deudas³⁶³ sin haberse vencido el plazo de ley, debe alcanzar las medidas de corrección para invalidar las causales de disolución. De la misma forma, debe estimar el monto de las pensiones partiendo de un *cálculo actuarial* al día

³⁶² Respecto de la situación patrimonial de hecho cfr., **nota 331**.

³⁶³ Con un ánimo simplemente ilustrativo, de acuerdo con el ordenamiento alemán descrito por parte de la doctrina, el presupuesto para la apertura a la insolvencia (*Eröffnungsgrund*) resulta siendo la misma insolvencia (*InsO Zahlungsunfähigkeit*) concebida como la situación en la cual el sujeto no está en posición de pagar las obligaciones exigibles o se encuentra previsto aquel menoscabo económico, (*InsO Drohende Zahlungsunfähigkeit*). DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., p. 47: “[...] Artículo 16. Presupuesto de apertura (*InsO Eröffnungsgrund*). La apertura del procedimiento de insolvencia presupone la concurrencia de un presupuesto de apertura. Artículo 17. Insolvencia (*InsO Zahlungsunfähigkeit*). I. Presupuesto general de apertura es la *insolvencia*. II. El deudor es insolvente cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles. La insolvencia se supone como regla cuando el deudor ha cesado en los pagos. Artículo 18. Amenaza de insolvencia (*InsO Drohende Zahlungsunfähigkeit*). [...] II. El deudor se encuentra en situación de amenaza de insolvencia cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento (exigibilidad). [...]” (cursiva y subrayado fuera de texto).

(vida probable de pensionado) en la cancelación de las mesadas, bonos y títulos pensionales; del mismo modo, está obligada a llevar la contabilidad regular de los negocios³⁶⁴.

No obstante lo señalado sobre la contabilidad, no comparto tal exigencia diseñada en el ámbito sustancial, ya que al estar en presencia de un fenómeno económico no se deben olvidar las implicaciones de este tipo presentes en el balance contable, a pesar del ámbito jurídico existente.

Cuando una persona moral es insolvente, no es factible condicionar su entrada al régimen a la presentación de la contabilidad, por representar aquel asunto una infracción a uno de los órganos de administración, ya que el hecho jurídico de "llevar la contabilidad" es una carga del comerciante que, al ser una sociedad, recaerá en primer lugar en su órgano de administración -representante legal-³⁶⁵.

³⁶⁴ Artículo 10. Numeral 2. de la L.1116/06: "[...] La solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse, acompañada de los documentos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos: [...] 2. Estar cumpliendo con sus *obligaciones de comerciante*, establecidas en el Código de Comercio, cuando sea del caso. Las personas jurídicas no comerciantes deberán estar registradas frente a la autoridad competente. [...]" (cursiva fuera de texto).

³⁶⁵ Sobre este punto, la normatividad concursal española, además de aclarar la implicación de la contabilidad para el comerciante (cfr. **nota 367**), explica que en caso de no cumplir con las exigencias de expresar las razones de la transgresión en el momento de la

En este momento resulta prudente precisar que la exigencia de llevar la contabilidad tiene un discutido alcance en el ordenamiento colombiano³⁶⁶ ya que no se hace exigible con la misma especificación con que es concebida en el sistema jurídico español³⁶⁷.

solicitud de la declaración de concurso o haciendo parte de un grupo en cualquier posición, deberá aportar a su solicitud otros documentos contables. Aquellos archivos van desde las cuentas anuales, pasando por el informe de gestión consolidado, el informe de auditoría, así como la memoria explicativa de las operaciones realizadas con otros miembros del agrupamiento empresarial. DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., p. 535: “[...] Ley 22/03 artículo 6. Solicitud del deudor. [...] 4. En el caso de que el deudor forme parte de un *grupo de empresas*, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también *las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados* correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el *informe de auditoría* emitido en relación con dichas cuentas, así como una *memoria expresiva* de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período. [...] 5. Cuando no acompañe algunos de los documentos mencionados en este artículo o faltara en ellos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor *deberá expresar* en su solicitud *la causa* que lo motivara. [...]” (cursiva fuera de texto).

³⁶⁶ Libro Primero, Título I, Capítulo II, artículo 19 numeral 3 C.Co. colombiano. “[...] Es obligación de todo *comerciante*: [...] 3. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales; [...]” (cursiva fuera de texto).

³⁶⁷ Libro I, Título III, Sección 1ª, artículo 25 numeral 1 y artículo 26 numeral 1. C.Co. español. “[...] Artículo 25. 1. *Todo empresario deberá llevar una contabilidad* ordenada, adecuada a la actividad de su Empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. [...] Artículo 26. 1. *Las sociedades mercantiles llevarán*

Además de la implicación consecuencialista del fenómeno económico de la crisis empresarial, es probable que exista una discrepancia jurídica en torno a la manera como se aprecian las prescripciones legales de la contabilidad, por cuanto dentro de la iliquidez concursal no es factible, en mi consideración, condicionar la reestructuración económica al deber fiduciario de un administrador³⁶⁸.

también un libro o libros de actas, en las que constarán, al menos, todos los acuerdos tomados por las juntas generales y especiales y los demás órganos colegiados de la sociedad, con expresión de los datos relativos a la convocatoria y a la constitución del órgano, un resumen de los asuntos debatidos, las intervenciones de las que se haya solicitado constancia, los acuerdos adoptados y los resultados de las votaciones. [...]" (cursiva fuera de texto).

³⁶⁸ Sobre los requisitos sustanciales, cabe recordar la visión existente sobre el fenómeno económico de los grupos y la dimensión que adquiere el elemento de la dirección unificada en relación con la inclusión del elemento del control (cfr. **nota 55**). Sin embargo, la contabilidad comporta no solo el principio de la información en la medida que el acreedor de la reorganización es visto como tal cuando el deudor lo haya relacionado (principio de la universalidad) y además, a manera de crítica, el ente encargado de vigilar las compañías (colombianas) solo revisa la información financiera entregada anualmente cuando los entes jurídicos entran en insolvencia.

Con todo, es comprensible la contabilidad dentro de la anomalía concursal de la crisis empresarial³⁶⁹⁻³⁷⁰, así como la percepción del consecuencialismo económico de no lograr poseer en debida forma las pautas económicas de la contabilidad; hallando de esta manera, y en el estudio

³⁶⁹ En Colombia el requisito funcional de la contabilidad está señalado en el artículo 10.º de la L.1116/06, junto con la explicación de las causas del fenómeno de la iliquidez, la realización de un plan de negocios y la lista de acreedores; sobre la lista de acreedores y la prelación de créditos, ver lo concerniente a la prelación debida y prelación de vida en la **nota 361**.

³⁷⁰ Asimismo, la exigencia de la contabilidad se aprecia en el artículo 13 de la L.1116/06 cuando se alude al flujo de caja y a los estados financieros básicos o al estado de los inventarios de activos y pasivos: artículo 13, numerales 1, 2, 3 y 5 de la L.1116/06. "[...] La solicitud de inicio del proceso de reorganización por parte del deudor o de este y sus acreedores deberá venir acompañada de los siguientes documentos: 1. Los cinco (5) estados financieros básicos, correspondientes a los tres (3) últimos ejercicios y los dictámenes respectivos, si existieren, suscrito por contador público o revisor fiscal, según sea el caso. 2. Los cinco (5) estados financieros básicos, con corte al último día calendario del mes inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, suscrito por contador público o revisor fiscal, según sea el caso. 3. Un estado de inventario de activos y pasivos con corte en la misma fecha indicada en el numeral anterior, debidamente certificado y valorado, suscrito por contador público o revisor fiscal, según sea el caso. 4. Memoria explicativa de las causas que lo llevaron a la situación de insolvencia. 5. Un flujo de caja para atender el pago de las obligaciones. 6. Un plan de negocios de reorganización del deudor que contemple no solo la reestructuración financiera, sino también organizacional, operativa o de competitividad, conducentes a

jurídico-económico, el camino para reorganizar la empresa.

II. Crisis empresarial al interior de un grupo de sociedades en la perspectiva del *lifting of corporate veil*

Hasta el momento se ha analizado la forma como participan en el ámbito jurídico dos fenómenos económicos (grupos e insolvencia), y se ha puesto de presente la importancia que adquiere el mercado en relación con el Derecho Mercantil; en relación con esta significación económica se valoró su protección en el Derecho Comercial (Derecho Societario), lo que significó no solo emplear las herramientas jurídicas existentes para solucionar los inconvenientes, sino armonizar las manifestaciones económicas desde la órbita del Derecho Comercial a través de la fragmentación del hermetismo de la personalidad jurídica³⁷¹.

Reorganizando la teoría del fenómeno de los grupos, resulta un hecho cierto la protección del patrimonio-consolidado como consecuencia de la responsabilidad en el

solucionar las razones por las cuales es solicitado el proceso, cuando sea del caso. 7. Un proyecto de *calificación y graduación de acreencias del deudor*, en los términos previstos en el título XL del libro cuarto del Código Civil y demás normas legales que lo modifiquen y adicionen, así como el proyecto de determinación de los derechos de voto correspondientes a cada acreedor. [...]" (cursiva fuera de texto).

³⁷¹ En relación con el allanamiento de la personalidad jurídica cfr. lo prescrito en relación a las **notas 251 a 370**.

actuar, precisando que, de hacerme partícipe por la posición del elemento de la dirección unificada, de aquel factor dependerá el desarrollo de la propia institución económica³⁷².

Interpretar el propósito del equilibrio de la teoría de los juegos³⁷³ implica, no entrar a dilucidarla desde la perspectiva del ascenso empresarial, sino interpretarla en su conjunto, es decir, no simplemente inclinándose por maximizar las utilidades sino comprendiendo que los actos y hechos desarrollados al interior de un grupo que afecten a sus integrantes, implican cierto nivel de responsabilidad por el grado de compromiso existente.

Cuando una situación patrimonial de hecho ha sido producto de la dirección unificada desplegada por un ente cabecera de un grupo, debe entenderse que aquel sujeto jurídico a de responder patrimonialmente por las deudas de sus subordinadas-concursadas, pues sus actuaciones afectan de manera positiva o negativa a los demás integrantes del grupo.

Pese a la apreciación del orden privatista de la responsabilidad patrimonial de un sujeto y la existente al interior de un fenómeno económico, no es posible

³⁷² Sobre las anomalías susceptibles de considerar en la órbita concursal, y en torno a la crisis empresarial, se hacen evidentes las relaciones que surgen alrededor de los fenómenos económicos de los grupos de sociedades y que pueden ser consultadas en EMBID IRUJO, José Miguel et ál. *Grupos de sociedades y Derecho Concursal*, cit.

³⁷³ Cfr. **nota 1**.

desconocer la reglamentación en otros ámbitos legales del Derecho³⁷⁴.

En primer lugar, el reconocimiento realizado en el ámbito del *Derecho Penal*, relativo al resarcimiento de los daños por parte de las personas jurídicas, no como resultado de la imputación objetiva sino como consecuencia de la garantía de la no comisión de un perjuicio³⁷⁵, no es más que la incursión en el ámbito jurídico, ajeno al mercantil, del manejo de la responsabilidad al interior de los grupos.

Desde un punto de vista económico cabe aclararse que es válido comprender la interpretación de la responsabilidad penal de la persona moral (sanción no penal), planteada en grado de responsabilidad-garantía, cuando se hace alusión a la dirección de un patrimonio heteroadministrado, como resulta ser la administración de un grupo societario, o la responsabilidad como sanción no penal del ente jurídico controlante del fenómeno³⁷⁶.

³⁷⁴ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades...*, cit., p. 10.

³⁷⁵ GÜNTHER, Jakobs. Ob. cit., pp. 334 y 335: “[...], y si hubiera actuado como un órgano, “en ejecución de las tareas que le competen” (§31 BGB), *la persona jurídica debe resarcir los daños* no a causa de una culpa imputable a ella, sino porque tiene que garantizar que el órgano no dañe de forma imputable. [...]” (cursiva fuera de texto).

³⁷⁶ Sobre el grado de responsabilidad entendida como sanción no penal de la dirección de un patrimonio heteroadministrado cfr. GÜNTHER, Jakobs. Ob. cit., p. 345: “[...]. La cuestión es más acuciante cuando más distanciado esté el administrador de la persona jurídica o del *patrimonio administrado*, Sin embargo, en el caso de cometerse un delito, la masa estaría a disposición de su poseedor, pero esto no

En segundo término, la obligación de responder proveniente de las relaciones "obrero-patronales" del *Derecho Laboral*, en donde se aplica el mismo salario y prestaciones extralegales a los trabajadores de las subordinadas que laboran en el ente controlante y cuando así se estableció en la convención colectiva de trabajo o los sujetos controlados se hallan en la misma zona económica de su matriz³⁷⁷.

es fundamentación suficiente para tolerar la asimetría, pues no puede llegar a producirse un delito específico de la administración de ese patrimonio, al no existir propia actividad administradora. Una afectación del *patrimonio heteroadministrado* nada tiene que ver con una pena; ante todo se trata de una mera *corresponsabilidad*, en el sentido de que para demostrar el carácter defectuoso de la administración y, con ello, para compensar el daño a la vigencia de la norma producido por el administrador (de forma individual y no transferible) no sólo se reduce su libertad (o no se le reduce en el caso de que *no resulte claro quien, de entre varios administradores, debe responder por el carácter defectuoso del comportamiento*) sino también el potencial de libertad que al ser administrado lleva a la comisión del delito. Esta afectación requiere, sin embargo, de legitimación frente al titular del potencial, es decir, del *patrimonio heteroadministrado*, lo que en todo caso resultaría posible cuando éste sea competente del hecho en el que se produce una situación asimétrica, esto es, cuando dependa de su propia decisión y no se encuentre legalmente previsto. En todo caso, se trata de una sanción que no tiene el nivel de pena, [...]" (cursiva fuera de texto).

³⁷⁷ Sobre el particular cfr. el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo colombiano (Dctos. 2663 y 3743 de 1950) subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990; asimismo, debe aclararse que me aparto del significado suministrado en el Derecho Laboral colombiano sobre los grupos empresariales por cuanto en aquel, se llega a entender como una simple unidad de empresa. No obstante, es prudente

De manera similar al régimen colombiano, el modelo español establece la equiparación de las condiciones en la prestación de servicios de los trabajadores al interior de otro país miembro de la Unión Europea³⁷⁸, o lo que es lo mismo, los empleos existentes y desarrollados

advertir que aquella noción desacertada (Concepto de la Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-5007 del 4 de febrero de 1997) a pesar de ser declarada inexecutable, lo fue pero por vicios de forma, según Sentencia C-801 del 16 de diciembre de 2003 por parte de la Corte Constitucional y en razón al mismo artículo 48 de la Ley 789 de 2002. No sobra indicar la manera como se distinguió aquel fenómeno económico, ya que mientras se concibió que las actividades de los integrantes de la *unidad de empresa* eran indispensables para su formación, para un grupo de sociedades no existe tal semejanza hallándolos sin aquel requisito, tal y como ocurre con los grupos horizontales. “[...] Se entenderá por empresa la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro. Las Unidades de producción o las personas jurídicas vinculadas económicamente a una misma persona natural o jurídica conservarán su independencia para efectos laborales y prestacionales, sin que entre ellas se desprenda una *unidad de negocio o de empresa* en ningún caso, así comercialmente conformen un *grupo empresarial*. [...]” (cursiva fuera de texto).

³⁷⁸ CASAS BAAMONDE, María Emilia y DEL REY GUANTER, Salvador. Ob. cit., pp. 204 y ss.: “[...] El objetivo de la Directiva y de la LDT es *imponer a las empresas que realicen la prestación de servicios transnacionales mediante el desplazamiento temporal de sus trabajadores a un Estado miembro distinto de su país de establecimiento la obligación de respetar «un núcleo de disposiciones imperativas de protección mínima de los trabajadores establecidas por el Estado de desplazamiento, y ello con independencia de la legislación aplicable al contrato de trabajo».*

entre controlantes y controladas dentro de la Unión Europea.

No finalizaré este punto descriptivo sin por lo menos hacer alusión a la importancia manifiesta que representa el fenómeno económico de los grupos en otras áreas de Derecho, tal y como acontece con la existente en el *Derecho Medioambiental*³⁷⁹ o en el *Derecho Fiscal*, entre otras ramas jurídicas³⁸⁰.

A. Partiendo del órgano de representación

1. Al interior de la anomalía económica de la insolvencia en materia procedimental

Las situaciones jurídicas de los entes pertenecientes a un grupo societario se pueden enlazar al ámbito concursal de la insolvencia cuando, abusando de su posición, fueron un factor determinante en la crisis de la misma institución, o cuando el menoscabo económico de la

[...]” (cursiva fuera de texto).

³⁷⁹ Además del principio medioambiental de “quien contamina paga”, cabe recordar cómo a través de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 21 de abril de 2004, se estableció el Régimen de responsabilidad administrativa medioambiental, o lo que en mi concepto resulta ser un sistema de *responsabilidad objetiva e ilimitada*; sobre el particular cfr. Ley 26/2007 del 23 de octubre. Responsabilidad Medioambiental, y específicamente lo contenido en el Preámbulo (BOE nº 255, de 24/10/07).

³⁸⁰ En lo relacionado con algunas otras esferas externas al Derecho Mercantil, cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo. *Aproximación a la regulación de los grupos empresariales...*, cit.

persona jurídica y del grupo ha sido consecuencia directa del actuar de un sujeto jurídico (miembro) que logra realizarse por el proceder positivo o indirecto de un órgano de la compañía (administrador), o fue resultado del actuar del director unificado del grupo empresarial.

Antes de comenzar con una controversia jurídica alrededor de la responsabilidad del sujeto transgresor, y generadora del paralelismo entre los dos fenómenos económicos, es razonable observar en primer lugar y de manera procedimental la sistematización existente en materia concursal.

1.1. Sucinta reseña en el ámbito concursal

En la órbita española el ordenamiento concursal se halla codificado en la Ley 22/03, modificada mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, y con la redacción de la Ley 38/11; sin embargo, por la proximidad existente entre la insolvencia y el grupo, recurriré a las normas concursales citadas por parte de la doctrina³⁸¹.

³⁸¹ Al respecto ver las indicaciones enunciadas por DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit., pp 534, 535, 537, 542, 543, 545 y 570; 560 y 566. "[...] Ley 22/03 artículo 3°. 5. Legitimación. [...]. El acreedor podrá instar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista *confusión de patrimonios* entre éstos, o, siendo éstos personas jurídicas, formen parte del mismo grupo, con identidad sustancial de sus miembros y unidad en la toma de decisiones. [...]. Artículo 6.2.2. Solicitud del deudor. [...] A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes: [...] *Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en el memorial la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como*

Ahora bien, en aquella descripción se puede acudir a la similitud de los fenómenos económicos de la insolvencia y los grupos, apreciando, por una parte, el perjuicio patrimonial en las acciones de reintegración a favor de algunos sujetos, por otra, la comunicación de los créditos respecto de la simultaneidad de concursos, y, finalmente, reparar en la solidaridad de los deudores, si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial. [...]. Artículo 6.3.4. Solicitud del deudor. [...] Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además: [...] En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período. [...]. Artículo 10.4. Competencia internacional y territorial. [...]. En los casos de solicitud de declaración conjunta de varios deudores, será juez competente para declararlo el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo, y si se trata de un grupos de sociedades, el de la sociedad dominante. [...]. Artículo 25.1 y 2. Acumulación de concursos. [...]. 1. En los casos de concurso de deudor persona jurídica o de sociedad dominante de un grupo, la administración concursal, mediante escrito razonado, podrá solicitar del juez la acumulación al procedimiento de los concursos ya declarados de los socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica o de las sociedades dominadas pertenecientes al mismo grupo. 2. También podrá acumularse, a solicitud de la administración concursal de cualquiera de ellos, los concursos de quienes sean miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de esta. [...]. Artículo 28.2.

estimando la idea de pertenecer a un grupo de sociedades³⁸².

De manera que podrá percibirse la relación entre los fenómenos económicos cuando se indiquen los instrumentos protectores de los cuales se encuentra provista una sociedad dentro del concurso, así como el requisito

Incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones. [...]. En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, *los nombramientos efectuados en concurso de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computaran como uno solo.* [...] Artículo 93.2.3. Personas especialmente relacionadas con el concursado. [...] Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: [...] *Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que el numeral 1 de este apartado.* [...]” (cursiva y subrayado fuera de texto); asimismo Cfr. **nota 384**. En este orden normativo, consultar SÁNCHEZ ÁLVAREZ. Manuel María. “Grupos de empresas y el concurso de acreedores”, en *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Colección Garrigues, 2004., pp. 737 a 739, así como dentro del concepto de grupo en el Derecho Concursal cfr. la obra de SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael. *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, 1.ª ed., Pamplona: Thomson-Civitas, 2009, pp. 52 a 63.

³⁸² De manera colateral cabría hallar dicha vecindad a través de las normas concursales citadas en DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit, pp. 560 y 566. Ley 22/03 artículo 71.3.1. Acciones de Reintegración. “[...] Salvo prueba en contrario el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1. Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas (Perteneciente

formal en el proceso concursal de acumulación de procesos, si el sujeto pertenece al grupo³⁸³.

Asimismo, y en materia concursal, debo referirme a la dirección unificada, por cuanto a partir de esta visión se dejaría al arbitrio restrictivo la interpretación normativa del grupo al interior del fenómeno de la insolvencia, ya que al relacionarlo con la patología reglamentaria, y advirtiéndolo su rechazo, cabría la posibilidad de concebir la unidad de dirección como el estado de hallarse ante una confusión de patrimonios³⁸⁴.

a un Grupo Societario) especialmente relacionadas con el concursado. [...] Artículo 85.5. Comunicación de Créditos. En caso de concursos simultáneos de deudores solidarios (Y cuando además pertenecen a un mismo Grupo Empresarial), el acreedor o el interesado podrán comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos. El escrito presentado en cada concurso expresará si se ha efectuado o se va a efectuar la comunicación en los demás, acompañándose, en su caso, copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieren recibido. [...]” (cursiva y entre paréntesis fuera de texto).

³⁸³ Sobre la comunicación de créditos, observar lo relacionado en el artículo 85.5 de la normatividad concursal española (Ley 22/03) relativo a la acumulación de concursos; de igual forma los artículos 3.5, 25 de la Ley 22/03, y en lo concerniente a la confusión de patrimonios detenerse en el ya referenciado artículo 3.5 de la Ley 22/03. Cfr. DASSO, Ariel Ángel. Ob. cit, pp. 566, 534, 542 y 534, respectivamente. Así mismo, cfr. lo establecido por SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael. Ob. cit., pp. 186 a 195.

³⁸⁴ Con respecto a la confusión de patrimonios cfr. en el sistema colombiano lo relacionado a la consolidación patrimonial (cfr. **nota 345**).

Sin embargo, no comparto esta posición puesto que en materia de insolvencia no se requiere solamente la confusión de patrimonios para originar la dirección unificada, ya que ella admite ser entendida como la alianza de políticas económicas a seguir por los empresarios, con un propósito en común pero bajo una misma orientación, que no necesariamente ameritaría la confusión de patrimonios³⁸⁵.

Dentro de la descripción del concepto de grupo, y en su delimitación alrededor de la rezagada directriz patológica, existe un error de reglamentación ya que la escasa estructuración en torno al tema concursal no ha permitido puntualizar en la explicación del elemento de la dirección unitaria, propio de la anomalía económica de los grupos³⁸⁶.

En este orden interpretativo, y en mi consideración, cabe señalar el desarrollo concursal europeo, por cuanto en él es posible apreciar la patología de la reglamentación en sus Estados miembros, aclarando los señalamientos

³⁸⁵ Sobre este particular consultar EMBID IRUJO, José Miguel et ál. *Grupos de sociedades y Derecho Concursal*, cit.

³⁸⁶ Es interesante la concepción de considerar como inconveniente la reglamentación concursal existente en los ordenamientos jurídicos actuales, por cuanto estos regímenes poseen objetivos diversos como la finalidad de satisfacer a los acreedores, el dar al deudor la posibilidad de una reactivación económica, así como mantener el propósito de preservar el lugar de trabajo, la integridad de la empresa como unidad económica o el pago de acreedores en el propio Estado. Sobre esta noción cfr. PAULUS, Christoph G. Ob. cit.

existentes en el régimen concursal anglosajón del Reino Unido.

La Ley del concurso que se aplica en los Estados de la UE es la Ley del Estado de apertura del mismo, salvo lo relativo a los trámites secundarios tratándose de los Estados Miembros y en razón del principio de la territorialidad³⁸⁷; distinta es la posición existente en el Reino Unido, en donde el centro de intereses principales bien puede ser el del ente controlado del grupo cuando ejerció las funciones de la oficina central³⁸⁸.

No obstante lo mencionado con anterioridad, traeré a colación una corta proposición que, además de ser jurídica, perfectamente se convierte en un supuesto

³⁸⁷ *Ibíd.*, pp. 821 y 822.

³⁸⁸ “[...] Under such a regime, an *insolvency proceeding* opened in one of the member states is automatically recognized in all other member states. As a general rule, the *insolvency law of the opening state*—the so called *lex concursus*—is to be applied in all other member states. This universalistic approach, extending to the territory of twenty-five member states, is subject to some exceptions. The most important one in the present context is the possibility to have *secondary proceedings* opened in every member state where the debtor has an establishment. [...]” (cursiva fuera de texto).

Ibíd., p. 822: “[...] By contrast, the professionals from the Island declared, occasionally in a superficial and a bit far-fetched manner, the centre of a group subsidiary to be located at the seat of the mother company when and if it exercised the “head office functions.” The English courts generally accepted this interpretation so that an astonishing number of cross-border group insolvency proceedings were opened in England [...]” (cursiva fuera de texto).

económico en la medida en que si de fenómenos jurídicos se trata, los mismos deberán ser observados como un todo o como si fueran un solo asunto: "*one company, one insolvency, one proceeding*".

En esta visión patológica-reglamentaria es apropiado observar la regla europea de la apertura del trámite concursal, en la medida que se orienta a ser determinado en el centro de los intereses principales o en el lugar de apertura del mismo³⁸⁹. No obstante lo anterior, y en contraposición con esta postura, ha de recordarse cómo, igualmente, existe en el enfoque del sistema inglés, en el que de manera independiente al lugar de apertura, se

³⁸⁹ Sobre el centro de los intereses principales cfr. **nota 392** y el Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, del 29 de mayo de 2000 (RCE1346/00) artículo 3.º, apartados 1 y 2; y artículo 4.º, apartado 1, respectivamente: "[...] 1. Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del *Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor*. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social. 2. Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dichos procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro. [...] 7. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la *Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento* [...]" (cursiva fuera de texto).

debe observar cuál fue el sujeto que ejerció las funciones reales de la oficina central.

Es por esto que resulta razonable contemplar las consideraciones suscitadas en la Gran Sala del Tribunal Europeo de Justicia (TJCE) en torno al asunto C-341/04 del 2 de mayo de 2006³⁹⁰ en el caso Parmalat-Eurofood, en el cual se estableció que la compañía *Eurofood IFSC LTD. (Eurofood)/Sociedad en Comandita por Acciones -SCA- (company limited by shares) (E.)* y filial de la sociedad italiana *Parmalat SpA (P.)*, había fijado en el año 1997 su domicilio social en la ciudad de Dublín (Irlanda - *International Financial Services Center*-) e igualmente se dispuso, que el objeto social en materia fiscal de la sociedad era el de facilitar la financiación de las sociedades del grupo *Parmalat*.

El 24 de diciembre de 2003 se autorizó en Italia la iniciación de un procedimiento de administración extraordinaria en relación con P., nombrando para tal fin al Sr. Bondi (B.) como administrador de la sociedad italiana; un mes después, en la isla de Irlanda, el 27 de enero de 2004 el *Bank of America NA* solicitó ante el Alto Tribunal irlandés (*High Court*) la apertura del procedimiento de liquidación forzosa de E. (*compulsory winding up by the Court*), designando aquel Tribunal al Sr. Farrel (F.) como síndico provisional (*provisional*

³⁹⁰[<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30db6458f2d77c0343ad80d1c6f8a4f9d01e.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLaxr0?text=&docid=56604&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=156024>], consultada el 30 de mayo de 2013.

liquidator) y otorgándole el poder para manejar o administrar dicha sociedad irlandesa.

Mientras aquella designación sucedía en Irlanda, en Italia, el 9 de febrero de 2004, se admitía la participación de E. en el procedimiento de administración extraordinaria, designando el *Tribunale Civile e Penal di Parma* (Italia) a B. como administrador de la empresa irlandesa; al día siguiente se presentó ante el mismo el Tribunal italiano la solicitud de declarar la insolvencia de la compañía E., la cual fue decidida el 20 de febrero de 2004 bajo el entendido de que efectivamente eran competentes para conocer de este asunto, por el hecho de valorar que el centro de intereses principales de E. se encontraba en Italia³⁹¹.

No obstante lo establecido en Italia, la *High Court* irlandesa consideró que efectivamente el procedimiento que se había abierto en el Estado irlandés se ajustaba a Derecho, ya que aquel trámite fue considerado como el procedimiento principal, determinando así la negación del procedimiento ante el Tribunal italiano, basándose para ello en el artículo 26 del RCE1346/00.

Como consecuencia de aquel hecho, el señor B., administrador de P. y E., y que a su vez era designado por el Tribunal italiano, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la mismo *High Court* irlandesa; situación jurídica ante la cual la Corte Suprema

³⁹¹ Según los hechos descritos en la sentencia, cfr. el caso Eurofood -Parmalat (C-341/04 del 2 de mayo de 2006) en *Ibid.*, pp. I-3862 a I-3866.

irlandesa (*Supreme Court*) consideró adecuado que antes de resolver el recurso, debería realizarse una consulta previa ante el mismo TJCE³⁹².

Así, el centro de intereses principales, al ser considerado una concepción plasmada en un Reglamento Comunitario, deberá ser entendido en su significado autónomo, uniforme y de manera soberana al de las legislaciones nacionales de la Comunidad, lo que implicaría ser susceptible de verificación frente a terceros, comprobándose que la situación económica no coincidía con el entorno del domicilio social³⁹³.

³⁹² Sobre aquel particular cfr. la sentencia *Parmalt* en *Ibid.*, p. I-3865. En relación con los cuestionamientos suscitados en la apelación de la sentencia de la *High Court* irlandesa, la *Supreme Court* irlandesa indagó ante el TJCE acerca de si: “[...] 4) Cuando a) los domicilios sociales de una sociedad matriz y de una filial suya se encuentran en dos Estados miembros diferentes, b) la filial lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual, de modo que pueda ser comprobado por terceros y con plena y permanente observancia de su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social, y c) la sociedad matriz, como consecuencia de su participación en el capital social de la filial y de su facultad para nombrar a los administradores de esta, se encuentra en una posición de control y controla, de hecho, la política de la filial, ¿son factores determinantes, al objeto de determinar el “centro de intereses principales”, los indicados en el apartado b) *supra* o, por el contrario, los indicados en el apartado c) *supra*? [...]” (cursiva fuera de texto).

³⁹³ En este mismo orden caustico y respecto de este escenario jurídico del centro de intereses principales cfr. *Ídem*, p. I-3869: “[...] 36. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas

De manera contigua a lo citado, cabe indicar sobre la competencia, y en relación con el domicilio y la insolvencia de la filial o la matriz de un grupo, las declaraciones traídas por el mismo *TJCE* en el caso *Parmalat-Eurofood*³⁹⁴.

por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento. 37 En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión que, cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro diferente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el artículo 3, apartado 1, segunda frase, del Reglamento, según la cual el centro de intereses principales de dicha filial se encuentra en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Éste podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento. (sic) [...]” (cursiva fuera de texto).

³⁹⁴ Relativo a la competencia en razón de la insolvencia y el domicilio, cfr. Ídem, pp. I-3879 y I-3880: “[...] En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara: 1) Cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro diferente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la

En razón a la anomalía de la reglamentación, es complejo concebir la existencia de una situación concursal en los grupos cuando, privados del control, están protegidos de responsabilidad por el hecho de pertenecer a un grupo horizontal; un reflejo de esta dificultad es el asunto que definió el TJCE cuando consideró que pese a establecerse la sujeción a un domicilio social, esta situación jurídica no era motivo suficiente para demostrar, de acuerdo con el Mercado, la existencia de otro domicilio social.

Así las cosas, la vaga reglamentación española relativa a la insolvencia a través de la reducida cuota de satisfacción de los acreedores comunes u ordinarios³⁹⁵, y la visión patológica de la regulación de los grupos³⁹⁶, hacen necesario valorar aquel asunto en el orden

*presunción [...] si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. [...] En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el citado Reglamento. (sic por cuanto repite literalmente las mismas consideraciones expuestas en los acápites Nos. 36 y 37 [cfr, **nota 392**]) [...]" (cursiva, subrayado y entre paréntesis fuera de texto).*

³⁹⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Ángel. *La Reforma del Derecho Concursal*, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2003, pp. 87 a 130.

³⁹⁶ Respecto de la anomalía de la reglamentación cfr. lo relativo a las **notas 109 a 127 y ss.**

económico-jurídico³⁹⁷, estimándose en el tiempo y en sentido particular³⁹⁸.

Pese a esta apreciación, son reprochables igualmente otros asuntos como el Proyecto de Ley Concursal y el Proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal española, en la medida en que se quedan cortos los textos remitidos al Congreso de Diputados, así como los problemas relativos a la entrada en vigor de la Ley y el Derecho Transitorio³⁹⁹.

Por otra parte, si los asuntos giraran en torno a un fenómeno económico sería un absurdo jurídico condicionar la existencia de aquellos a la reglamentación societaria o convenir su presencia aferrada a las normas comerciales.

Estas anomalías han estado sujetas al devenir de los mercados, concebidos como las piedras angulares en la determinación del poder así como la influencia existente en el entorno comercial; sin embargo, mal haría en sujetar la naturaleza jurídica de aquel grupo a unas reglas societarias, ya que el mismo estaría escapando a las condiciones volátiles propias del mercado.

³⁹⁷ Sobre el asunto deontológico y consecuencialista cfr. **nota 208**.

³⁹⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis et ál. "Marco y fin de la reforma de la legislación concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Colección Garrigues, 2004, pp. 15 a 36.

³⁹⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Ángel. Ob. cit., p. 130.

1.2. Breve descripción en la órbita del allanamiento

Ligado a las anomalías económicas anotadas está el asunto de abusar internamente de la personalidad jurídica con el fin de obtener un provecho para sí o para un tercero; este entorno es resuelto a través de la ruptura del hermetismo de la persona jurídica para hallar los responsables del aprovechamiento indebido, cabiendo de esta manera preguntarse si tal situación debería aplicarse directamente si se tratara de un grupo societario.

La teoría del *disregard of legal entity*, admitida como la figura que busca comprometer a los miembros de una compañía más allá de lo que le aportaron⁴⁰⁰ por haber abusado del ente jurídico y de manera independiente al provecho, no es aplicable directamente al fenómeno económico de los grupos, ya que en la misma "naturaleza jurídica" se halla su respuesta.

El agrupamiento societario no es una persona jurídica y, al igual que la insolvencia, se halla influido por las políticas económicas del Mercado; por tanto, en esta anomalía no puede aplicarse el *piercing the corporate veil* cuando carece de la citada personalidad; no obstante, no puede se desconocer a partir de la importancia de una doctrina, cuándo se debe determinar el

⁴⁰⁰ Sobre este punto en particular debe recordarse la desacertada concepción existente en el ordenamiento colombiano, respecto de la función de la teoría cuando esta es propia de los miembros, entendidos como socios, y no de sus órganos, concebidos como administradores; sobre esta visión errada cfr. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. Ob. cit. (y cfr. **nota 253**).

actuar improcedente o abusivo de los entes que hacen parte de un grupo.

2. Aproximación a la administración de un fenómeno económico

2.1. Generalidades

Antes de continuar con en el soporte jurídico-económico de la responsabilidad al interior de los grupos, es oportuno adentrarnos en la órbita de la administración de los entes con personalidad jurídica y de aquellos fenómenos económicos como el de los grupos.

Con la finalidad de lograr este objetivo me permitiré partir de la concepción empleada en Italia en la década del cincuenta respecto del empresario oculto (*imprenditore occulto*)⁴⁰¹.

Ahora bien, un sujeto jurídico que empleaba en provecho suyo los bienes sociales y sin que existiera de manera formal (orgánica⁴⁰²) algún tipo de responsabilidad patrimonial en la medida en que no formaba o no hacía

⁴⁰¹ El *imprenditore occulto* es conocido también como "socio tiranno, operante, indirecto, empresario oculto, director del negocio de la sociedad" o "socio controlante"; al respecto cfr. la obra de MIGUENS, Héctor José. *Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades*, 2.ª ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 16 a 18 y 366. Igualmente, han de valorarse las consideraciones sobre el comerciante o empresario indirecto u oculto esbozadas por SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael. Ob. cit., pp. 112 a 114; cabiendo anotar, en mi consideración, que el equivalente italiano en el sistema francés recibió el calificativo de la gestión de negocios (*maître de l'affaire*).

parte del mismo ente societario, de manera efectiva entraba a responder por los perjuicios causados dentro del fenómeno económico de la insolvencia empresarial⁴⁰³.

A pesar de la condición significativa de los grupos en los mercados⁴⁰⁴, debe hacerse la precisión en cuanto a la composición orgánica de los entes que conforman tales

⁴⁰² No comparto la visión planteada al confundir el fin último de la teoría del levantamiento del velo y aplicable a través de la corriente italiana a los socios (*imprenditore occulto*), con la administración de un director que se halla a la sombra (*shadow director*), al suponer que el empresario oculto es equivalente, indirectamente, a un factor o a un administrador, según el artículo 287 C.Co. español. MIGUENS, Héctor José. Ob. cit., pp. 16 y 17. De la misma forma, me aparto de este razonamiento por cuanto considera que el vínculo que une a la gestión con la sociedad es el de un mandato o el de un contrato, equiparando al empresario oculto con el mismo mandante o el factor; sobre aquel apartado cfr. *ibid.*, p. 17; SEBASTIÁN QUETGLAS, Rafael. Ob. cit., p. 117 (y cfr. **notas 416, 417 y 418**).

⁴⁰³ Sin desconocer a los contradictores, pero inclinándome por los partidarios del uso del método de la responsabilidad en lo que respecta a la Ley Concursal italiana (*Legge Fallimentare-Ley de Quiebras-Ley de Insolvencia*): Título II. De la Quiebra (*Del Fallimento*); Capítulo X. Quiebra de la sociedad (*Del Fallimento delle Società*); artículo 147 relativo a los socios de responsabilidad ilimitada (*Società con Soci a Responsabilità Illimitata*) (*Modificado según D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169*)-*, relativa a la extensión de la insolvencia de una sociedad a un socio de manera ilimitada. Sin embargo, no comparto la forma de entrever al autor del detrimento patrimonial por cuanto, si se pretende localizar al responsable del daño en un socio controlante -socio *tiranno*- quien se comportó en calidad de administrador o bajo el contexto de un *imprenditore occulto* (*director del negocio*), no ameritaría poner en movimiento toda la maquinaria del *disregard of*

anomalías, por cuanto sin la estructura económica se estaría sacrificando la dirección de sus miembros, así como su responsabilidad por los perjuicios causados tanto a la persona jurídica como a los terceros ajenos al mismo ente moral.

2.1.1. El órgano de administración

Dos han sido los personajes a considerar alrededor de la gestión de la persona moral: en primer lugar se hallan los administradores, quienes al no ser considerados miembros del ente jurídico son entendidos como órganos de la empresa, en segundo término se encuentran quienes, no siendo órganos, se aprovechan de la personalidad para obtener de manera ilícita una ventaja.

legal entity, por cuanto se trata de una actuación de un *facto director* o *shadow director* y por tanto, en ningún momento se está refiriendo a la actuación de uno de los socios. (* “[...] Artículo 147. Socios de responsabilidad ilimitada (*Società con Soci a Responsabilità Illimitata*). 1. La sentencia que declara la quiebra de una sociedad perteneciente a uno de los tipos regulados [...] del código civil, produce también la quiebra de los socios, aunque no fueren personas físicas, *ilimitadamente responsables*. [...]” (cursiva y entre paréntesis fuera de texto). En conexión con lo señalado frente a la finalidad del *disregard of legal entity* cfr. **notas 293 y 400**, y en relación con la Ley de Insolvencia italiana (*legge fallimentare*) cfr. DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*, t. II, Bogotá: Legis, 2009, pp. 995, 996 y 1039, e Ídem., pp. 357 a 366.

⁴⁰⁴ En los países industrializados más del 65% de las sociedades pertenecen a los fenómenos económicos en discusión, *verbi gratia*, en Japón se ha contemplado que el 90% de las sociedades hacen parte de los agrupamientos. GAITÁN ROZO, Andrés. Ob. cit., p. 9.

Etimológicamente la responsabilidad puede estar representada en las locuciones latinas responder-prometer (*respondeo-spondere*), o en la identificación del hecho de asumir una obligación, no considerándose una noción independiente sino obtenida del daño originado a un tercero⁴⁰⁵.

Frente a la atracción existente en el ámbito concursal de la insolvencia⁴⁰⁶ de una persona jurídica al interior de un grupo, entendida para los efectos de la presente investigación como la iliquidez o crisis empresarial⁴⁰⁷, cabe aclarar que la misma fue producto de factores intrínsecos o ajenos a la afinidad, pudiendo de esta manera reclamar dicha obligación al "sujeto cabeza de aquel detrimento" a través de unas acciones civiles de responsabilidad contractual o extracontractual⁴⁰⁸.

Como consecuencia del detrimento patrimonial sobrevenido en una empresa, o en algún sujeto jurídico de manera individual, por causa o con ocasión de la intervención de un *integrante*, debe indagarse acerca de cuál fue la participación del mismo ente y en qué medida habrá de responder aquel.

⁴⁰⁵ VINEY, Geneviève. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad Civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 21.

⁴⁰⁶ SOTOMONTE MUJICA, David. *Insolvencia transfronteriza:...*, cit., p. 27.

⁴⁰⁷ BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., p. 95, nota 43.

⁴⁰⁸ Todo ello sin perjuicio de las demás actividades que convergerían en este mismo ámbito jurídico como son las acciones penales, laborales, fiscales, ambientales, administrativas, etc.

Sin embargo, y al referirme a un *integrante*, estoy haciendo alusión a la aparición de los órganos de aquellas uniones, dando pie para comprender la figura del abuso de la administración⁴⁰⁹ así como para identificar quiénes son miembros de las asociaciones, es decir, socios y/o accionistas.

2.1.2. Sobre las acciones de responsabilidad

Retornando a los factores internos y externos empleados para reclamar la obligación del "sujeto cabeza de aquel detrimento", es factible su realización a través de Acciones Individuales de Responsabilidad (AIR) y de Acciones Sociales de Responsabilidad (ASR), mediante las cuales se valorará el deber de la sociedad para reclamar el resarcimiento de los daños causados por la actuación dolosa-culposa del administrador⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ La responsabilidad está sujeta al grado del incumplimiento, por cuanto el daño causado por un director puede perjudicar tanto a los socios y/o acreedores como a la misma persona moral; sin embargo, en aras del resarcimiento de los daños, el mismo ente debe interponer una *acción social de responsabilidad*; no obstante, cuando el detrimento ocasionado afecta a los terceros, aquellos requerirán adelantar, pero esta vez una *acción individual de responsabilidad*. Sobre el particular cfr. GARRETA SUCH, José María. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid: Marcial Pons, 1991, pp. 92 y 93.

⁴¹⁰ Al interior del sistema anglosajón, este tipo de acciones (ASR) reciben el calificativo de acciones derivadas, y sobre el particular cabe vislumbrar lo señalado por HAMILTON, Robert. *Business Basics for Law Students. Essential Terms and Concepts*, 2.^a ed., New York: Aspen Law and Business. 1998, p. 405, citado por REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*, t. I, Bogotá: Editorial Temis, 2004,

En este sentido es prudente señalar lo dispuesto por el Alto Tribunal de Justicia de Colombia respecto a las ASR y la manera procedimental para tratar el asunto de su legitimación⁴¹¹.

De la misma forma, es lógico detenerse en las acciones contra los administradores y en lo relativo a la legitimación activa respecto de la subsidiariedad de los socios minoritarios o de los acreedores, que logran acaecer en el sistema español ⁴¹².

p. 464.

⁴¹¹ Artículo 25 L.222/95. Acción social de responsabilidad. “[...] *La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. [...]*” (cursiva fuera de texto). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de febrero de 1999, M. P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO. “[...] Cuando los derechos de los acreedores de una sociedad mercantil resultan lesionados por la administración dolosa o culposa de los administradores de una compañía, aquellos tienen opción de dirigirse en acción individual de reparación de daños contra los primeros, para obtener de estos las indemnizaciones de perjuicios, en virtud del artículo 2341 del Código Civil y 200 del Código de Comercio, o pueden dirigirse contra la sociedad. Si la sociedad llega a verse forzada a pagar mediando malicia o simple imprudencia de sus administradores, le queda la posibilidad de resarcirse haciendo uso de la acción social de responsabilidad contra ellos. [...]” (cursiva y subrayado fuera de texto).

⁴¹² Artículo 238, numeral 1 RDL 1/2010. Acción Social de Responsabilidad. “[...] 1. La acción de responsabilidad contra los

Pese a lo referido en materia procedimental, económicamente hablando, cuando se indica la responsabilidad concursal, ésta debe ser observada desde la órbita de las acciones o a partir de la legitimación; por tanto, quien se halle legitimado activa y pasivamente, podría verse resguardado u oculto por el mismo formalismo de la reglamentación existente⁴¹³.

administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado a solicitud de cualquier socio aunque no conste en el orden del día. Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la ordinaria para la adopción de este acuerdo. [...] *Artículo 239. Legitimación subsidiaria de la minoría.* “[...] 1. Los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que esta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad. 2. Podrán también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad. *Artículo 240. Legitimación subsidiaria de los acreedores para el ejercicio de la acción social.* “Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus socios, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos. [...]” (cursiva fuera de texto).

⁴¹³ CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. *Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica*. Ob. cit.; Íd. “¿Profesionalización de un Encargo Societario?”, cit.; Íd. “Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades por acciones simplificadas”, *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Partiendo de que la ASR es una multiplicidad de gestiones realizadas por las personas jurídicas para el resarcimiento económico de los perjuicios causados por el actuar indebido de un director, debe definirse que el legitimado activo de ésta será en todo momento la misma sociedad⁴¹⁴. Ahora bien, en la legitimación pasiva puede ocurrir que el sujeto causante del daño contra quien debe dirigirse la acción sea el mismo órgano de administración o, en un negocio jurídico de mandato, quien esté en el contrato de representación.

2.1.3. En torno al contrato de mandato

En relación con el vínculo jurídico que articula al administrador con una persona moral, no comparto la idea de concebir tal enlace como un simple enfoque autoritario detentado por el administrador, junto con la frialdad del poder de los socios para ejercerlo; por consiguiente, me apartaré de esta sujeción⁴¹⁵ en razón a convertir el

Disponible en [http://www.emercatoria.edu.co/], consultada el 27 de agosto de 2013; y PINO SOLANO, María Mónica; HENAO BELTRÁN, Lina Fernanda; ARIAS BARRERA, Ligia Catherine y CUBILLOS GARZÓN, Camilo. "Directrices del Régimen de Responsabilidad de los Administradores de Sociedades", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. Disponible en [http://www.emercatoria.edu.co/], consultada el 27 de agosto de 2013.

⁴¹⁴ Cfr. **nota 409** en concordancia con las **notas 411 y 412**.

⁴¹⁵ Cfr. **nota 293**. No obstante pero a *contrario sensu* de aquella posición, sobre la naturaleza de la relación sociedad-administrador, cfr., entre otros, ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Grandes Temas de Derecho Comercial. Su incidencia en la Constitución de 1991*, Medellín, 1993, p. 245: "[...] la *responsabilidad del administrador es*

escenario de dirección en una simple función delegada por los asociados a los directores, o tornando el contrato de mandato en un acto jurídico de administración⁴¹⁶, al considerar, y a manera de crítica, que la voluntad es un elemento integrador de la gestión.

El actuar de los administradores se halla ligado al interior del ámbito de las atribuciones propias de la ley o los estatutos, lo que significa una sujeción orgánica o material⁴¹⁷ para los efectos de la función de la administración⁴¹⁸; así las cosas, no coincidiría con el

la de un mandatario, [...] A pesar de que el código vigente prescinde de la asimilación expresa de la relación del dirigente con la derivada del mandato, se presentan características comunes entre la gestión social de los administradores y el mandato general regulado por los artículos 1262 del Código de Comercio y siguientes y el artículo 2158 del Código Civil. [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴¹⁶ *Ibíd.:* “[...] *Los directores/administradores de la empresa tienen una función delegada por los socios de desarrollar su actividad en interés del ente societario, observando en su conducta las diferentes normas legales y estatutarias [...]"* (cursiva fuera de texto).

⁴¹⁷ Esta concepción inhibitoria, pero a su vez bilateral, del mandato y la administración, hacen recordar la noción confusa existente entre el contrato de agencia comercial y la figura del contrato de mandato, en la medida en que cuando el encargo se realizaba en función de la *ejecución material* no se concebía un mandato, salvo en el evento en que se produjera una representación, mas no en una administración entendida como un órgano o como la misma *ejecución material* de la administración. Cfr. al respecto HINESTROSA, Fernando. *Escritos varios*, cit., pp. 772 y 773.

⁴¹⁸ NARVAÉZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría general de la sociedades*, 10.^a ed., Bogotá: Editorial Legis, 2008, pp. 271 a 272: “[...] *Los administradores no son mandatarios de los asociados ni de la*

entorno contractual del mandato puesto que la responsabilidad del administrador está circunscrita a la de cada órgano social y no estrictamente a las que provienen de los acuerdos de voluntades⁴¹⁹.

Partiendo de la responsabilidad de la controlante al interior del grupo o de la ruptura del hermetismo de la persona moral alrededor del fenómeno económico, considero prudente aclarar la semejanza entre las figuras de representación y de contrato de mandato⁴²⁰.

sociedad *sino funcionarios* que proceden por cuenta y en nombre de ella, dentro de las atribuciones que le señalan los estatutos. *La actuación del órgano es armónica con una concepción monista*. Por el contrario la de mandatario corresponde a una concepción *dual*, pues el mandato requiere, por una parte la voluntad del mandante, y por la otra la del mandatario. [...]” (cursiva fuera de texto).

⁴¹⁹ GARRETA SUCH, José María. Ob. cit., p. 11: “[...] *la responsabilidad derivada del incumplimiento de las funciones inherentes al cargo tiene naturaleza orgánica*, según establece el artículo 133.1 LSA, y por otro, que *ha dicha responsabilidad quedan sujetas NO EL PROPIO ÓRGANO* (en el ejercicio de las competencias que le son propias (según la ley o los estatutos), *sino las personas físicas titulares de la condición de órgano*. No se está por tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual, sino en el de la *responsabilidad orgánica*, es decir, aquella derivada de la actuación del órgano en el ejercicio de las competencias que le son propias según la ley y los Estatutos [...]” (cursiva y mayúscula sostenida fuera de texto).

⁴²⁰En este mismo orden, cabe recordar la Primera Directiva del Consejo del 9 de marzo de 1969, Sección Primera, artículo 2.º letra d, concerniente a los requisitos de publicidad, en virtud de los cuales se estima el entendimiento de un órgano de administración en una sociedad, así: “[...] Artículo 2. [...] 1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que *la publicidad obligatoria relativa a*

El contrato de mandato es entendido como un negocio jurídico (acuerdo de voluntades)⁴²¹ que determina la obligación de otro sujeto en la prestación de un servicio por cuenta o con el encargo de aquel⁴²²; por tanto, de forma objetiva ha de valorarse la responsabilidad al interior del grupo permitiendo de esta manera contemplar

las sociedades se refiera al menos a los actos e indicaciones siguientes: [...] d) el nombramiento, el cese de funciones, así como la identidad de las personas que, como órgano legalmente previsto, o como miembros de tal órgano: [...]" (cursiva fuera de texto). No obstante, el TJCE señaló hace cuatro décadas, a través de la Sentencia C-32 del 12 de noviembre de 1974, que aquella norma debía entenderse en el sentido de que la administración de una sociedad podría estar a cargo de un órgano colegiado o unipersonal; citado en ARROYO, E.; BENACCHIO, G.A.; PASA, B. y VIÑAS, R. Ob. cit., p. 985: "[...] El artículo 2, n1, letra d) párrafo segundo, de la Primera Directiva debe interpretarse en el sentido de que, dado que el *órgano de representación* de una sociedad puede ser colegiado o unipersonal, es obligatorio no sólo dar publicidad a los límites de los poderes de representación en caso de tratarse de un *órgano colegiado*, sino también precisar ulteriormente, en el caso contrario, que el administrador único se le confiere un pleno mandato de representación, incluso si ellos es explícitamente contemplado en el Derecho interno. [...]" (cursiva fuera de texto).

HUPKA, J. *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, L. S. Serial (trad. española), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, p. 17, citado por HINESTROSA, Fernando. *La Representación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 63.

⁴²¹ Sin embargo, además del significado de negocio jurídico y acuerdo de voluntades, existe la concepción de vislumbrar el contrato de mandato como un documento o como la acepción impropia de contrato normativo; sobre estas cuatro concepciones diversas del contrato cfr. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., pp. 39 y 40.

el ámbito orgánico en la relación económica y no simplemente la parte civil aferrada a un contrato.

El mandato, desde una órbita comercial y ajena a la representación del mandante⁴²³, implica el encargo de servicios personales materiales -mandato de ejecución- o la realización de los actos jurídicos -mandato de

⁴²² Artículo 1.709 C.C. español. "[...] Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. [...]". Mientras que en el artículo 2142 C.C. colombiano, "[...] El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario. [...]".

⁴²³ Sobre la discrecionalidad de la representación al interior del contrato de mandato, cfr. lo relativo al artículo 1262 C.Co. colombiano. "[...] El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra. *El mandato puede conllevar o no la representación del mandante. Conferida la representación, se aplicarán además las normas del capítulo II del título I de este libro. (arts. 834 a 844 C.Co. colombiano relativo a la representación) [...]" (cursiva fuera de texto). "[...] Artículo 244. *Definición de comisión mercantil.* Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista. Artículo 245. *Funciones de la comisión mercantil.* El comisionista podrá desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente. [...] Artículo 281. *Descripción de apoderados o mandatarios.* El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte, o para que le auxilién en él. [...]" (cursiva fuera de texto).*

representación⁴²⁴; en otros términos, el compromiso de la prestación de un servicio de medio resulta ser bajo la responsabilidad de aquel y donde no toda representación es un mandato ni todo mandato implica representatividad⁴²⁵.

Admitir la responsabilidad de la empresa *holding* en un grupo societario desde la órbita jurídica-económica como una clase de administrador, no implica entrever⁴²⁶ que

⁴²⁴ El encargo manifiesto de servicios implica que el mandatario "tiene que hacer", y el apoderamiento significa "puede hacer". Sobre este particular cfr. la concepción de WINDSCHEID, Bernhard Th., mencionada por MESSINEO, Francesco en la nota 103, y citado por HINESTROSA, Fernando. *La Representación*, cit., p. 64.

⁴²⁵ Sobre el particular cfr. **nota 423** en lo tocante con la no representación del mandante.

⁴²⁶ Con respecto al hecho de considerar el contrato de mandato como la relación contractual en la que perfectamente se encuentra sujeta una sociedad y sus administradores, cfr. dentro del sistema colombiano los pronunciamientos de la Alta Corte sobre el particular. En este sistema se encuentra, por una parte, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de octubre de 1997, M. P.: Carlos Jorge Antonio Castillo Rugeles; de igual forma, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 24 de agosto de 1998, M. P.: Fernando Ramírez Gómez, en virtud de la cual se señaló respecto de una sociedad, pese a no haberse casado en la misma, las funciones de diligencia propias del mandatario confiadas por el mandante, y se determinaron otros deberes fiduciarios el del cuidado: "[...] *La administración de todo patrimonio por un mandatario, [...] supone la actividad sostenida de su parte encaminada a llenar el fin propio de aquella, cual es, no el de mera custodia y conservación, sino el de producir la explotación económica de los bienes. [...] el mandatario administrador está obligado, en desarrollo del vínculo contractual que lo une al mandante, a mantener vigente*

toda figura jurídica que indique apoderamiento envuelve el contrato de mandato⁴²⁷.

Frente a la representación, y desde la teoría organicista⁴²⁸, la "voluntad" de un ente jurídico no puede ser exhibida sino alrededor de los "órganos" que la conforman, entendiéndose éstos como la misma persona jurídica y no como la de un representante que podría lograr detentar un "consentimiento" distinto del realizado por el representado⁴²⁹.

la diligencia y cuidados del dueño, sin cuya observancia estricta defrauda la confianza en que se inspira el mandato, que como se sabe es un contrato intuitu personae. [...] (G.J. t. XLV, p. 462) [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴²⁷ Para continuar con el esclarecimiento de este asunto me permitiré traer a colación una descripción doctrinal que existe sobre un asunto similar. HINESTROSA, Fernando. *La Representación*, cit., p. 68: "[...] Igualmente, distinguiendo entre *mandato y representación*, es natural poner de presente la variedad de hipótesis de apoderamiento representativo ajenas al mandato, en donde solamente se piensa en él en fuerza del hábito de *confundir las figuras y de ver en todo encargo de gestión un mandato*, o por el reenvío normativo. Tales, entre otros, los casos de la fiducia y de la *sociedad*. [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴²⁸ En apoyo de este modelo orgánico representativo, concerniente a la administración en las sociedades mercantiles cfr. DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y responsabilidades de los administradores de Sociedades de Capital*, 2.ª ed., Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 79 a 86, e IGLESIAS PRADA, Juan Luis. *Administración y delegación de facultades en la Sociedad Anónima*, Madrid: Editorial Tecnos, 1971, pp. 102 a 110.

⁴²⁹ HINESTROSA, Fernando. *La Representación*, cit., pp. 184 y 185: "[...] Así, aunque se siga hablando de "representación" de la persona jurídica, que ya no de mandato, para indicar el hecho de que ella

Así las cosas, circunscribir el tema de la gestión al contrato de mandato es desconocer la viabilidad jurídico-económica de la administración, en razón a obligar a los órganos de dirección de una empresa o a la dirección unificada de un grupo a responder, amparados simplemente en su posición formal.

Una vez aclarado el asunto del contrato de mandato y entendiendo la existencia de la relación orgánica del administrador-“sociedad”⁴³⁰, así como la importancia manifiesta de los órganos y su papel al interior de la misma persona moral⁴³¹, debe igualmente comprenderse el

obra por medio de la personas que conforme a sus estatutos están encargados de ello, lo cierto es que allí no hay representación *stricto sensu*. [...] La diferencia entre la representación legal y la representación orgánica consiste en que el órgano es al mismo tiempo parte de la persona jurídica y se puede identificar, o mejor, se identifica con ella, en tanto que el representante legal es un sustituto del incapaz o ausente. [...]” (cursiva y subrayado fuera de texto).

⁴³⁰ Sobre la perspectiva doctrinal de la relación orgánica, cfr. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE. *Les Obligations*, cit., n.º 173, p. 175, citado por HINESTROSA, Fernando. *La Representación*, cit., p. 185 en la nota 415: “[...] La representación adquiere una fisonomía particular. [...] los órganos que representan a la persona moral cuentan con un poder de dirección y de acción que expresa una voluntad colectiva, que no es necesariamente la suma de las voluntades individuales. La legislación de sociedades se inspira cada vez más en la idea de que el órgano no es un simple representante, sino que está dotado de poderes propios y asume, por otra parte, una responsabilidad distinta de la de un representante ordinario. [...]” (cursiva fuera de texto).

⁴³¹ FALZEA. *Capacità, teoría generale*, p. 32, nota 107. Citado por HINESTROSA, Fernando. *La Representación*, cit.: “[...] Para la

grado de responsabilidad existente y la calidad de los sujetos encargados de la gestión.

2.2. El grado de responsabilidad

Se ha considerado que al interior de las empresas los administradores deben responder de manera solidaria e ilimitada por los perjuicios que lleguen a causar a la

existencia misma de la persona jurídica es indispensable un mínimo de órganos, y este es también el presupuesto necesario de una eventual relación de representación, del que la persona jurídica pueda valerse, a la par de la persona física. [...]" (cursiva fuera de texto).

sociedad, a los socios o a terceros, cuando por dolo o culpa se ocasione un daño en su patrimonio⁴³²⁻⁴³³.

No obstante, y en relación con la exclusión de la responsabilidad, según lo prescrito en los ordenamientos colombiano y español, cabe señalar lo relativo a la excepción de los administradores que desconocían o no sabían de la existencia del acto lesivo, así como de los que se opusieron y nunca entraron a ejecutar el acto⁴³⁴.

⁴³² En el ordenamiento colombiano se ha señalado en el artículo 24 L.222/95, incorporado en el artículo 200 C.Co. colombiano. Responsabilidad de los Administradores: “[...] Los administradores *responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.* En los casos de *incumplimiento o extraliminación (sic)* de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se *presumirá* la culpa del administrador. De igual manera se *presumirá la culpa* cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia (*Reglas de Distribución - justificadas por balances-*). En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. [...]” (entre paréntesis, subrayado y cursiva fuera de texto).

⁴³³ De igual forma se encuentra prescrito en el sistema español, pero con la consistente diferencia de la relación orgánica expuesta; sobre el particular cfr. artículo 236. RDL 1/2010 L.S.C. Presupuestos de la responsabilidad.

En este orden de ideas, los actos de desconocimiento comprenden también el de las ausencias a pesar de no haberse ejercido el cargo, tales como las acciones de aprobación, ratificación y autorización de la junta general⁴³⁵; asunto que puede ser entendido en la medida en que todo director debe actuar siempre con el profesionalismo diligente de un buen hombre de negocios⁴³⁶.

⁴³⁴ [...] 1. *Los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.* 2. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. [...]” (cursiva fuera de texto). [...] Artículo 237. Carácter solidario de la responsabilidad. “[...] Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. [...]” (cursiva y subrayado fuera de texto).

Sobre los artículos 200 Párrafo Segundo del C.Co. colombiano, 236 numeral 1 y 237 del RDL 1/2010 L.S.C. español, cfr. **nota 432** e **Ídem** en lo tocante con lo subrayado, de manera respectiva.

⁴³⁵ Para el ordenamiento español cfr. DOSSIER PRÁCTICO, FRANCIS LEFEBVRE. *Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del Velo*, Madrid: Editorial Francis Lefebvre, 2000, pp. 30 y 31.

⁴³⁶ Sobre la particularidad del buen hombre de negocios cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis et ál. “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, en *Responsabilidad de Consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 23. “[...] La primera y

Dentro del grado de responsabilidad es necesario vislumbrar la "modalidad" de culpa a la cual recurrió el administrador, junto con sus presunciones⁴³⁷, en la medida que de esta se puede inferir su clase o variedad.

Al demandante no le corresponde probar la falta sucedida sino demostrar la existencia del daño y el nexo causal, sujetándose la presunción de la culpa a la violación de la ley y/o los estatutos, o cuando exista una distribución de utilidades sin un soporte contable.

En conclusión, apreciar la culpa de los administradores por los actos jurídicos⁴³⁸ ejecutados con la intención

fundamental exigencia para el administrador es probar que ha empleado los medios a su alcance (de conformidad con el modelo de diligencia) para impedir la ejecución de la medida dañosa. [...]" (cursiva fuera de texto). De igual forma, pero con una explicación sucinta del deber de aquel sujeto negocial del administrador y desde una órbita concursal, cfr. el trabajo de BORETTO, Mauricio. *Responsabilidad civil y concursal de los administradores de las sociedades comerciales*, 1.^a ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 18 a 29.

⁴³⁷ Cfr. **notas 432** en lo relativo al artículo 200 C.Co. colombiano. Parágrafo cuarto.

⁴³⁸ Los hechos y actos jurídicos son concepciones próximas entre sí, cuando no resultan ser equivalentes; los primeros son un fenómeno de la experiencia natural o social que adquiere relevancia jurídica, mientras que los segundos, además de determinarse individualmente, son un asunto jurídico del hombre que consciente, voluntaria y sin declaración de la misma, admite entre las personas cierto tipo de relaciones jurídicas. Sobre el particular consultar BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, 1.^a ed., t. I, vol. 2, cit., pp. 563 a 582, y CARIOTA FERRARA, Luigi. Ob. cit., pp. 3 a 5 y

positiva⁴³⁹ y cristalizados en la causación de un daño a un tercero, socio o a la misma sociedad, implica entrar a valorar hasta el grado de culpa grave (lata) o leve⁴⁴⁰ en que incurrió aquel sujeto.

2.3. La calidad de los sujetos encargados de la gestión

2.3.1. Vicisitudes de la administración

La figura de la administración parte de la base de considerar al sujeto que la desarrolla como un ente que gestiona un asunto económico y en un lugar determinado, con las facultades reconocidas por la ley o por los estatutos de la entidad jurídica⁴⁴¹.

31 a 36.

⁴³⁹ No deseando referir el término positivismo al de una actuación evidente o consciente, todo ello en la medida en que con la intención no se está vislumbrando una posibilidad sino que con ella se encontrará actuando.

⁴⁴⁰ Respecto de las actuaciones diligentes de un buen padre de familia y las de un buen hombre de negocios, en relación con la *culpa leve*, cfr. CANTILLO VÁSQUEZ, Ignacio y RODRÍGUEZ MOJICA, María Esperanza. *Procesos de disolución y liquidación de sociedades: manual práctico*, Bogotá: Legis, 1991, p. 38.; sin embargo, sobre el concepto existente de carecer en la valoración de las actuaciones de un buen hombre de negocios y el deber de emplear una percepción más profesional, cfr. la figura del *due diligence* en CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. *Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica*. Ob. cit.; Íd. "¿Profesionalización de un encargo societario?", cit.; y PINO SOLANO, María Mónica; HENAO BELTRÁN, Lina Fernanda; ARIAS BARRERA, Ligia Catherine y CUBILLOS GARZÓN, Camilo. Ob. cit.

En el ámbito societario⁴⁴² se reconoce que la persona moral debe valerse de un órgano ejecutivo y representativo de manera permanente, con el fin de conducir la dirección de una sociedad junto con su representación cuando hubiere lugar a hacerlo frente a terceros⁴⁴³.

⁴⁴¹ Sobre un acercamiento a esta concepción, cfr. el entorno comunitario asegurador en ARROYO, E.; BENACCHIO, G.A.; PASA, B. y VIÑAS, R. Ob. cit., p. 985: “[...] Se debe proceder al nombramiento de un *administrador* o *liquidador*, que tendrá potestad para ejercer en todo el territorio comunitario los poderes que le reconoce la legislación del Estado de origen (respetando en todo caso la normatividad de los países donde decida actuar, en especial en lo que se refiere a la información de los trabajadores y a los procedimientos de relación de activos). [...]” (cursiva fuera de texto).

⁴⁴² De antaño se ha estimado que la administración (*gestio*) es una habilidad de la que están investidos unos sujetos (*tutores*) para administrar los negocios de un *pupilo*; asimismo, cabe interpretar que para la época romana, la gestión era una relación diferente al vínculo existente con el mandato, principalmente si de negocios ajenos se trataba (*negotiorum gestio*); al respecto cfr. PETIT, Eugene. Ob. cit., p. 137: “[...] la gestión de negocios ajenos por propia iniciativa, es decir, sin haber recibido *mandato* para ello. [...]” (cursiva fuera de texto). Por tanto, el hecho de las actuaciones en nombre de otro se desarrolló por intermedio de la figura del *mandatum* y se conoció como el deber de administrar un negocio sin quebrantar la fidelidad (*bona fidei iudicium*); asimismo, fue entendida como la gestión de los negocios del pupilo con la carga del *tutor impuberis*; o la administración a un *amicus* de lo no comprendido en el mandato formal. KRELLER, Hans. Ob. cit., pp. 173 y 174.

⁴⁴³ URÍA, Rodrigo. Ob. cit., p. 333.

En la órbita jurisprudencial colombiana, a pesar de la objeción presentada frente al mandato⁴⁴⁴, se determinó que el negocio era un contrato realizado por cuenta de otro, partiendo de la noción civilista de un buen padre de familia y transformándola en la concepción mercantilista de las conductas diligentes de un buen hombre de negocios que responde hasta por culpa leve⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 24 de agosto de 1998, expediente n.º 4821. RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando: “[...] contrato por el cual una persona, denominada mandataria, se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio *por cuenta de otra*, llamada mandante (art. 1262 C. de Co.) [...] En el desarrollo de su actividad debe proceder con la *diligencia de un buen padre de familia*, pues el art. 2155 del C.C. lo hace responsable hasta de la *culpa leve*, si el mandato es gratuito y más estrictamente cuando media remuneración, [...] Por eso la ley hace responsable (contractualmente) al mandatario hasta de la *culpa leve* en el cumplimiento de su encargo (art. 2.155 del C.C.), esto es, que debe velar como velaría un *buen padre de familia* sobre el patrimonio suyo y el de sus hijos, responsabilidad que se hace más exigente en el *mandato remunerado*” (G.J. t. XLV, p. 462). [...]” (cursiva y entre paréntesis fuera de texto).

⁴⁴⁵ C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 14 de junio de 2000, expediente n.º 5025. CASTILLO RUGELES, Jorge Antonio: “[...] Desde esa perspectiva, la diligencia o el cuidado significa algo más que el esfuerzo, la atención y la eficacia (*buen padre de familia*) en la ejecución de una actividad, para denotar, en cambio, la *compleja actividad que deben desplegar las partes ante las distintas situaciones por las que atraviese la relación obligatoria*. (*buen hombre de negocios*) [...] En tratándose del cumplimiento de las obligaciones, esa regla de diligencia encuentra un “punto culminante” de actuación, toda vez que del deudor se exige, generalmente, el cumplimiento de su prestación desplegando el comportamiento propio de un *buen padre de familia*; pero si se trata

Así las cosas, considerar que la administración debe ser permanente es reconocer que se trata de un elemento inherente a la persona jurídica y, por consiguiente, no es productiva la subsistencia de una empresa sin que en ella al menos un sujeto logre su dirección⁴⁴⁶.

La permanencia del órgano de administración ha sido apreciada en el plano jurisprudencial, donde se determinó que el mandato carecía de la firmeza que proveía el propio encargo⁴⁴⁷, admitiendo las especialidades que

del cumplimiento de obligaciones inherentes al ejercicio profesional, su diligencia debe aquilatarse, entonces, teniendo como referencia la naturaleza de la actividad desarrollada. [...]" (cursiva y entre paréntesis fuera de texto). Además de la administración como órgano debe valorarse la profesionalidad del administrador societario (*due diligence*) por cuanto su labor es una actividad que va más allá de la gestión de "hombre de negocios". Cfr. **notas 129 y 167**.

⁴⁴⁶ Por traer un ejemplo, en el sistema español desde mediados del siglo XIX se calificaba la administración como un requisito esencial de la sociedad, ya que no era concebible la existencia de un ente jurídico sin que llegase a mediar su administración. GONZALEZ HUEBREA, Pablo. *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid: Editorial C. González, 1853, p. 124.

⁴⁴⁷ Sobre el particular cabe referirse al pronunciamiento colombiano, en donde se explica el asunto existente entre el contrato de mandato y el de la agencia comercial. C.S.J. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 20 de octubre de 2000. Radicado n.º 5497. RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando. "[...] En el *contrato de mandato* [...], - por el contrario-, el *mandatario* [...] *carecen de estabilidad*. [...] Conforme a la definición legal, según lo ha entendido la Corporación (Sent. de 2 de diciembre de 1980 y 26 de enero de 1982), el agente comercial asume el encargo de manera estable, siendo esta una *diferencia esencial* entre el agente y el *simple mandatario*, pues

envolvían el desarrollo económico del poder restrictivo de la gestión⁴⁴⁸, tal y como son las de administrar, representar, dirigir y fiscalizar⁴⁴⁹.

Tales particularidades pueden también contemplarse en los ordenamientos colombiano⁴⁵⁰ y español⁴⁵¹, en los que se determinó, en definitiva, que si se ejercían funciones de representante legal, factor, liquidador, miembro de junta *mientras que éste no tiene encargo duradero, es decir, carece de estabilidad, porque "el objeto de la gestión que se le encomienda es la celebración de uno o más actos de comercio que agotados producen la terminación del mandato" [...]* (cursiva y entre paréntesis fuera de texto).

⁴⁴⁸ El patrón restrictivo hace alusión al modelo condicional, en la medida en que limita la imagen del administrador a quienes se encuentran en los estatutos de las personas jurídicas cumpliendo las funciones representativas.

⁴⁴⁹ Sobre las actuaciones de administración, representación, dirección y fiscalización cfr. **nota 123**, así como lo concerniente al poder emanado de aquellos; cfr. CUBILLOS GARZÓN, Camilo Enrique. *Le Pouvoir dans les Sociétés*, cit.: " [...] Se mettre à hiérarchiser les pouvoirs serait une tâche inépuisable dans la mesure où, d'une façon ou d'une autre, les différents organes devront veiller au respect de la Loi et des statuts; prétendre trouver la primauté du Commandement, c'est méconnaître l'importance même du pouvoir, dans la mesure où il est partagé conformément à la spécialité d'Administration, Représentation, Direction et Surveillance. [...] les Pouvoirs peuvent être classés, selon l'organe auquel ils appartiennent, dans les catégories suivantes: Dominances d'Administration, Puissances de Représentation, Autorités de Direction et Possessions de Surveillance; [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴⁵⁰ Artículo 22 L.222/95. Administradores. "[...] Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos

o consejo directivo o de administración o *cualquier otra persona* con poder de representación en la sociedad, era propio concluir que se estaba ante la figura de un administrador de la empresa.

2.3.2. Respecto de la administración de hecho

El asunto anteriormente señalado, suponer que "*cualquier persona*" puede ejercer funciones de gestión, hace que igualmente se conciba la responsabilidad de los integrantes de un grupo, bien sea en razón del abuso de la posición como miembro o socio aplicando la teoría del levantamiento del velo corporativo, o por el atropello en su condición de administrador u órgano empleando una de las acciones de responsabilidad (AIR y ASR).

ejerzan o detenten esas funciones. [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴⁵¹ Artículo 157. RDL 1/2010 L.S.C. Régimen sancionador. "[...] 3. Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. *Se considerarán como administradores no sólo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora.* La responsabilidad se exigirá conforme a los criterios previstos en los artículos 225, 226, 236 y 237. [...]" (cursiva fuera de texto). Por otra parte, la apreciación como administrador en el ámbito concursal español es factible observarla, cuando se equipara la calidad de administrador y liquidador para ejercitar las acciones de responsabilidad o cuando se establece para los liquidadores la aplicabilidad jurídica que rodea las normas de los administradores: artículos 74, numeral 1 y 375 numeral 2 RDL 1/2010 L.S.C., respectivamente.

En relación con la particularidad de la gestión y la responsabilidad del grupo, debe aclararse que no se trata de una "dirección de derecho", sino que puede apuntar a vislumbrarse la responsabilidad de un sujeto integrante del grupo (controlante) que, ajeno a la administración formal de la sociedad integrante del grupo (controlada), ejerce con sus actos la gestión del suficiente control, convirtiéndose en un *de facto director*.

De la misma forma, debe apreciarse la gestión proveniente de un sujeto en un grupo societario que, sin pertenecer a una de las personas jurídicas con la función de órgano, llega a disponer de cierta autoridad dentro del agrupamiento y por ende de responsabilidad, así como sucede con el asunto del *shadow director*⁴⁵².

Así las cosas, la figura del *de facto director* hace alusión a la imagen de la confianza (*fides*), en la medida en que, amparado en la formalidad ficta, logra gestionar una empresa de un grupo escudándose en aquel tipo de dirección para los asuntos de la responsabilidad.

⁴⁵²artículo 74. RDL 1/2010 L.S.C. Legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad. "[...] 1. La acción de responsabilidad deberá ser *ejercitada por los administradores o por los liquidadores de la sociedad*. Para el ejercicio de la acción no será preciso el previo acuerdo de la sociedad. [...]" (cursiva fuera de texto). artículo 375. RDL 1/2010 L.S.C. Los liquidadores. "[...] 2. Serán de aplicación a los *liquidadores* las normas establecidas para los *administradores* que no se opongan a lo dispuesto en este capítulo. [...]" (cursiva fuera de texto).

Sobre este tipo de administración (a la sombra) ver igualmente lo relativo al *imprenditore occulto*. Cfr. **notas 401, 402 y 403**.

La eficacia de la gestión no puede convertirse en pretexto para desviar el tema de la obligación⁴⁵³, pese a que la gerencia del sujeto interno de la sociedad, y que formalmente es extraño a la función del órgano facultado (*facto director*), hace que carezcan de efectividad los actos elaborados por los entes pues su nombramiento es ineficaz de pleno derecho⁴⁵⁴, convirtiéndose a futuro la apariencia en un inconveniente de la responsabilidad por haber sido rechazada⁴⁵⁵.

En este sentido, el Consejo de Ministros de la UE (19/07/02) acordó la constitución de una Comisión Especial, la cual preparó una declaración (Informe Aldama) en la que reconoció que, partiendo de la responsabilidad subjetiva por quebrantar el deber

⁴⁵³ El Tribunal del Reino Unido (*Reichsgericht*) en un fallo (1887) de *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, t. 16, p. 269, estableció la responsabilidad de un miembro del directorio de una cooperativa (*Genossenschaft*) quien había ocupado y ejercido este cargo de manera real, pese a que su designación no hubiese sido o concluido de manera cierta o eficaz. GARCÍA CAVERO, Perry.

La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999, p. 112.

⁴⁵⁴ Ídem, pp. 109 y 110.

⁴⁵⁵ PERDICES HUETOS, Antonio. "Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 de septiembre de 2001. (RJ 2001, 7489), *Revista de Sociedades*, n.º 18, 2002-1, España, Aranzadi, pp. 280 y 281: "[...] problema de responsabilidad, de una *desestimación de las formas en aras de una justicia material*. [...]".

fiduciario del *duty of loyalty*⁴⁵⁶, debía presumirse la carga de estos hechos y actos, empezando por los directores que actuaban como representantes de la persona jurídica, pasando por los *de facto director*⁴⁵⁷ y *shadow director*, hasta llegar a los accionistas que ejercían un control, por cuanto con tal evento se asignaba una obligación compatible con la propiedad reflejada en la misma "acción"⁴⁵⁸.

Con todo, en el ordenamiento colombiano no existe una descripción detallada de la definición de *fato director*⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ En lo relativo al deber fiduciario de la lealtad, cfr. **nota 306**.

⁴⁵⁷ ORIOL LLEBOT, José. "Deberes y responsabilidad de los administradores", en *La Responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Ángel Rojo y Emilio Beltrán, (dirs.), 2.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch. 2008, p. 58: "[...] Como se decía, por regla general *las normas legales* que se refieren al administrador de hecho *omiten dar un concepto del mismo*. La excepción (aunque no se trate de un texto legislativo) viene dada por el Informe Aldama, que expresamente trata de definir a los *administradores de hecho*. Por tales se entiende 'aquellas personas que en la realidad del tráfico desempeñan sin título- o con título nulo o extinguido- las anteriores funciones'" (se refiere a las funciones ejercitadas por los administradores formalmente designados). (...) (cursiva fuera de texto).

⁴⁵⁸ PAZ-ARES, Cándido. Ob. cit., p. 18.

⁴⁵⁹ En el ordenamiento colombiano el artículo 22 de la L.222/95 (cfr. **nota 450**), así como establece lo que debe entenderse por administrador y en la medida que un director sea *cualquier persona*, entra a consagrar que será aquel sujeto quien, de acuerdo con los estatutos, desarrolle las funciones de gestión; sin embargo, este enfoque restringe las actuaciones del *de facto director* a lo que se establezca en los estatutos. Asimismo, el artículo 24 de la citada ley determina que responde también quien entre a comportarse como un

en razón a la escasa regulación del diseño práctico circunscrito a la realidad del fenómeno económico.

Cabe apreciar cómo el mercado establece los casos de responsabilidad, por ejemplo, en los asuntos de un nombramiento (administrador) ineficaz por haber faltado la inscripción de la sociedad o la del director, así como cuando existe en tales actos una ineficacia civil o cuando la sociedad se halla afectada por una nulidad⁴⁶⁰.

En definitiva, es un *de facto director* quien no habiendo sido nombrado llega a tomar directamente la gestión de la empresa ejecutándola con el consentimiento de los socios

representante legal (cfr. **nota 432**). En el mismo sentido, el Régimen español, por medio del artículo 236 RDL 1/2010 L.S.C. (cfr. **nota 433**), señala la responsabilidad de este tipo de dirección sin determinar un concepto sólido que conduzca al reconocimiento de la administración de hecho, siendo la jurisprudencia y la doctrina unos entes meritorios que llegan a delimitarla. Sobre el particular cfr. PRENDES, Pedro. "Los administradores", en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 431 y 432: "[...] comprende tanto a los que se representan al exterior como tales administradores sin serlo, administradores *con cargo caducado* que continúan la gestión empresarial, *con cargo nulo* en el mismo caso, etc., como quienes *se ocultan detrás de testaferros que aparecen formalmente* nombrados como administradores de derecho, pero solo formalmente [STS 7 mayo de 2007 (Tol 1081760)], considera *administrador de hecho a la persona que actúa aparentemente a través de otra pero que es quien asume realmente la administración de la sociedad.* [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴⁶⁰ En este punto en particular me aparto de la consideración reflejada de calificar como actos ineficaces las acciones que ameritan un pronunciamiento de nulidad por parte de juez. GARCÍA CAVERO, Perry. Ob. cit., p. 115.

o con quien actúa estando formalmente designado otro; este es el caso del testaferrato, la coadministración o la delegación de un *de facto director* suplente⁴⁶¹.

Al interior del ordenamiento colombiano existe una tentativa para ampliar la categoría de la responsabilidad de los administradores, ajustando de forma interpretativa la administración de una SAS a la de aquellas personas que logren inmiscuirse en una actividad positiva de gestión, administración o de dirección, resultando estar, en otras palabras, en presencia de un *de facto director*⁴⁶²⁻⁴⁶³.

⁴⁶¹ Considero acertado traer a colación los antecedentes del *de facto director* de la Sociedad por Acciones Simplificada -SAS- y que fueron esbozados en el sistema francés (Loi 94-1 del 3 enero 1994 -Modif. Loi del 2 de julio de 1999- *société par actions simplifiées*), en virtud del cual (art. 5.º Parte final) se estableció un tipo de extensión de la responsabilidad penal para aquellos sujetos que indirectamente intervinieran en la administración de la sociedad. "[...] Art. 464-4. Les dispositions des articles 464-1, 464-2 et 464-3 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait exercé la direction d'une société par actions simplifiée sous le couvert ou au lieu et place du président et des dirigeants de cette société. [...]" (cursiva fuera de texto).

⁴⁶² GARCÍA CAVERO, Perry. Ob. cit., pp. 116 a 128.

⁴⁶³ Artículo 27 Parágrafo de la L.1258/08. Responsabilidad de Administradores. "[...] Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores. [...]" (cursiva y subrayado fuera de texto).

2.3.3. Relativo a la gestión de un administrador a la sombra

Dentro del asunto de la gestión de un ente jurídico, pero de forma independiente a la gerencia de un *de facto director*, se encuentra la figura de aquellos sujetos (administradores a la sombra -*shadow director*-) que, sin reclamar la presencia de la dirección y sin aparecer o ser relacionados como tales, se encuentran actuando alrededor de los mencionados administradores de hecho o de los directores de derecho (*de jure director*)⁴⁶⁴, siendo así ajustable a la gestión existente al interior de la dirección unificada del fenómeno económico del grupo.

Considero apropiado recurrir al ordenamiento jurídico inglés para apreciar en mejor medida la consideración de las actuaciones ocultas⁴⁶⁵, por cuanto en el ámbito

⁴⁶⁴ Con respecto a la distinción entre *facto director* y *shadow director* cfr. FILIPPI, Laura Lydia. "El administrador de hecho en la sociedad anónima", vol. XLI, 1.ª ed., Córdoba, Argentina, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, 2006, p. 32, nota 33. Disponible en [<http://www.acaderc.org.ar/ediciones/publicaciones/2006/el-administrador-de-hecho-en-la-sociedad-anonima?searchterm=adminstrador+de+hecho>], consultada el 27 de agosto de 2013.

⁴⁶⁵ Pese a lo anterior, y teniendo presente mi posición sobre el mandato y la representación tratándose de la administración de una persona jurídica (cfr. **notas 293, 416, 417 y 418** y lo relativo a las **notas 423 y 425**), cabe considerar, dentro del ordenamiento inglés, que los patrones de una dirección de hecho y a la sombra no representan órganos de administración, tal como se pretende exponer su presencia en los sistemas español y colombiano, sino que, por el

jurisprudencial llega a sobrevenir, entre otros pronunciamientos⁴⁶⁶, una decisión que permitirá reparar en las imágenes de la administración a la sombra⁴⁶⁷ y, por ende, aplicar dicha gestión oculta dentro de la unidad de propósito y dirección existente en un grupo.

Ahora bien, es acertado manifestar que las actuaciones de los administradores a la sombra pueden producirse en torno a las figuras contractuales, especialmente las que

contrario, se reducen a ser producto de los contratos de agencia y de fiducia. Al respecto, consultar GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz...*, cit, p. 178, nota 123.

⁴⁶⁶ "*Selengor United Rubber Estates Ltd. Cradock and Other (N.3)*" de 1968, 2 All ER 1973, y en 1968 1 WLR, pp.1555 ss., e *In Re A Company N. 5009* de 1987 (1988), 4 BCC, pp. 424 ss., citados por GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz...*, cit, p. 51, nota 99.

⁴⁶⁷ Estas imágenes hacen alusión a la sentencia del juez J. Millet, a través de la cual se resolvió el asunto concursal de la liquidación de la sociedad *Re Hydrodan (Corby) Ltd.* BCC. 1944 (H.), donde el liquidador solicitaba, en razón de la regla de negociación indebida (*wrongful trading*) de la *Insolvency Act* de 1986, la responsabilidad de los directores de la sociedad *Eagle Trust Pic.*, socio de la empresa H., por considerar que su comportamiento se ajustaba a los parámetros de los actos de un *shadow director*. No obstante lo pretendido, el juez J. Millet falló en contra, pero abrió las puertas para la configuración de la existencia de aquel tipo de administración al calificar que el papel de *shadow director* le correspondía concretamente a la sociedad holding y no a los directores de la matriz. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz...*, cit., p. 52, nota 102 y p. 181, nota 1137. De igual forma, se puede consultar el caso de *Re Hydrodan (Corby) Ltd.* en FILIPPI, Laura Lydia. Ob. cit., p. 33, nota 33.

se encuentran alrededor de los contratos de colaboración empresarial. Estos negocios jurídicos resultan ser piezas claves a partir de las cuales se podrá edificar la anomalía económica del grupo; implicando de esta manera otro pilar para fundamentar la situación de control, conjuntamente con la unificación de sus propósitos.

Bajo estos presupuestos es comprensible entender la responsabilidad de una empresa controlante al interior de un agrupamiento, cuando la misma puede convertirse en garante por haberse transformado en un *shadow director* de la sociedad insolvente o de las personas jurídicas, que en estado de iliquidez pertenecen a un grupo societario.

B. El menoscabo del fenómeno económico del grupo en razón de una indebida administración o del abuso de una personalidad jurídica

He pretendido tratar el asunto de la administración desde una órbita estrictamente societaria así como he procurado hacerlo desde la perspectiva de la ruptura del hermetismo de la persona moral; sin embargo, a partir de la consideración del ya referido grupo incurso en una crisis empresarial, es el momento para adentrarme nuevamente en el ámbito económico.

Partiendo de la probabilidad de que en el escenario económico de un mercado un sujeto jurídico, que ejerce control sobre personas morales que se hallan en una misma

dirección unificada, logra provocar un detrimento patrimonial a uno de los integrantes del grupo, se convierte en un hecho cierto determinar quién ha ejecutado los actos indebidos, y contra quién y por quién se accionará la petición de reparación de daño.

Cuando un tercero o los integrantes de un agrupamiento son perjudicados (insolvencia) en razón de la conducta perpetrada por la controlante o por las subordinadas (filiales-subsidiarias), los entes han de estar prestos al resarcimiento de los daños ocasionados, tanto en el evento de la administración como en el de la actuación abusiva del asociado, verificándose en todo caso la postura en la que se presentó el atropello.

Así como se esbozó frente a la administración, el acto ilícito de abusar de una persona moral al interior de un grupo puede asociarse este hecho con otra anomalía económica como la de la insolvencia empresarial, bien sea de uno o varios de sus miembros; no obstante, la iliquidez, es una situación que podría materializarse por intermedio de la teoría del allanamiento de la personalidad en aras de determinar el sujeto⁴⁶⁸ inculpado del fraccionamiento.

⁴⁶⁸ No es absurdo aclarar que la concepción del allanamiento de la personalidad jurídica se realiza en aras de encontrar al asociado que abusó del mismo ente jurídico, al contrario de lo que sucede en Colombia, en donde se permite resquebrajar el hermetismo de una persona moral en busca del responsable de la indebida administración jurídica (cfr. **nota 254**).

Hasta el momento se han observado las distintas calificaciones que ostenta un sujeto en la esencia de un ente jurídico; incluso se ha entendido que estas calidades pueden surgir como si se tratase de sujetos controlantes y/o entes subordinados, convirtiendo el interior de una persona moral en un escenario provisto de arbitrariedades impetradas por matrices o controladas.

Es de interés ahora adentrarnos en las actuaciones abusivas perpetradas por la *holding*, en la medida en que si en la situación de control existe una dirección unificada se estará ante el fenómeno económico del grupo y tal escenario amerita liarse a la teoría del *lifting of the corporate veil* cuando el abuso de la personalidad ha sido impetrado por el socio-matriz, por cuanto la controlante responde por las acreencias de sus subordinadas si la actuación abusiva llega a determinar la inclusión de la insolvencia dentro de la anomalía⁴⁶⁹.

Consolidado con el esquema de responsabilidad citado, es claro que si la actuación negligente de un órgano de

⁴⁶⁹ Sobre la aplicabilidad de la teoría del levantamiento del velo corporativo alrededor de las situaciones de control, observando la responsabilidad de la controlante (matriz) por parte de los Tribunales españoles cfr. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la Sociedad Matriz...*, cit., pp. 77 a 81. Dentro del contexto de inequidad, cabe hallar la aplicabilidad no solo en los escenarios de dominación sino también en el de los grupos, resultando oportuno traer a colación el empleo de la doctrina del *disregard of legal entity* en el sistema inglés, en la medida que se observa su empleo tratándose de los agrupamientos. BOLDÓ RODA, Carmen. Ob. cit., pp. 114 a 116.

administración determina la producción de un perjuicio para la persona moral, y en algunos casos para un asociado (socio) o un tercero⁴⁷⁰, indefectiblemente debe iniciarse una acción (ASR-AIR) contra el administrador en aras de conseguir resarcir el daño causado.

No obstante, alejándome del conflicto jurídico citado (administración-mandato, órgano-contrato), e insistiendo en mi inclinación bajo la consideración del órgano⁴⁷¹, es un hecho incuestionable el asunto de responder por los perjuicios causados cuando la gestión desborda los límites de la actuación profesional de un "buen hombre de negocios".

Cuando la administración de una persona moral encierra la gestión en una situación de control provista de una unidad, con un solo propósito y en una misma dirección, estaremos tratando de una persona jurídica (subordinada) integrante de un grupo de sociedades.

Basado en el anterior postulado, cabe la posibilidad de que la gestión llegue a transgredir los intereses de la misma empresa (socio o tercero), encausándose entonces una acción contra el administrador (de hecho u oculto) por el detrimento patrimonial sufrido con ocasión de una

⁴⁷⁰ Cfr. **notas 409 y 414**, en concordancia con las **notas 411 y 412**.

⁴⁷¹ Con respecto a la postura como órgano de administración Cfr. **nota 454**; sobre el estado contractual Cfr. **notas 415 y 416**. Igualmente, cabe recordar el punto tratado, en el cual, en el sistema inglés las situaciones de administración de hecho y a la sombra son entendidas como conductas realizadas no por órganos de administración sino ocasionadas al interior de un contrato. Cfr. **nota 465**.

conducta mediana o carente de profesionalismo del administrador.

En definitiva, si la gestión de una persona moral está presente en un grupo basado en un modelo mercantil en el que se busca incrementar los beneficios a través de un conjunto de estrategias grupales⁴⁷², es posible hacer responsable de la gestión indebida al sujeto controlante encargado de la administración (matriz).

Aquel ente jurídico que escudándose en una legislación imprecisa, en el actuar negligente de un mediano administrador *-facto director-*, en la dirección imperfecta del mismo *de iure director* o en la clandestinidad de uno de sus directores *-shadow director-*, debe de manera indefectible responder por los perjuicios ocasionados y que condujeron a la insolvencia empresarial.

Por tanto, esta consideración jurídica permite buscar y hacer responsables dentro de un grupo a los *de facto director* de una *holding*, y, además, indagar sobre los que se encuentran a la sombra y que determinaron o

⁴⁷² Cuando se hace parte de un grupo, la obtención de un provecho económico maximizando las utilidades depende del actuar de todos los integrantes del mismo (*equilibrio de la teoría de juegos*), así que la gestión indebida de un sujeto en un grupo puede dañar a los integrantes de la tal unión. Al ente encargado de gestionar la anomalía le corresponde, de manera uniforme, responder por los actos reprochables que perjudicaron al sujeto que hacía parte del grupo, así como a los asociados de la persona moral o los terceros, cabiendo la posibilidad de entender como estos últimos a los demás integrantes del fenómeno económico. Al respecto Cfr. **nota 1.**

consintieron la insolvencia económica de la persona jurídica o de los demás integrantes del fenómeno económico del grupo.

CONCLUSIONES

1. Así como deben establecerse unas reglas de aplicabilidad de la persona jurídica para ser apreciada como vocablo (símbolo incompleto *-nomen iuris legislativo*), o valorada como "término lingüístico" producto de la practicidad jurídica, de igual forma, y debido a la imprecisa e insuficiente reglamentación existente, debe propenderse por edificar los lineamientos jurídicos globales en materia del fenómeno económico del grupo.
2. Además de las consideraciones jurídicas, en el análisis de los grupos es necesario emplear un razonamiento económico, en la medida en que la anomalía está circunscrita a la apreciación de los mercados. Partiendo de este supuesto es posible colegir que los agrupamientos describen el desarrollo singular de las empresas, motivo por el cual su gestión debe ser percibida tanto desde el aspecto jurídico como a partir de la apariencia económica.
3. En la tarea de introducir los rasgos legales de los grupos, el hecho de dotarlos de personalidad jurídica significa desnaturalizar el ámbito de aplicación económica, por cuanto se cercenan de manera directa los negocios jurídicos aplicables a los mercados, tal y como resulta ser el hecho de

involucrar en los contratos negociables a sujetos jurídicos ajenos a la estructura societaria o que carecen de la fisionomía de la personalidad moral.

4. La integración económica entre las sociedades que componen el grupo obliga a considerar su funcionamiento en el mercado desde el parámetro de la adecuada diligencia, acogiendo de esta forma la capacidad de los entes que ejercen como administradores de las sociedades o los que detentan la dirección unificada.
5. Para que en el ámbito jurídico exista un grupo de sociedades es necesario que coincidan tanto el elemento del *control* como el de la unidad de propósito y *dirección*; sin embargo, tal planteamiento no significa que el dominio no pueda estar inmerso en la misma *dirección* económica común, en la medida en que existe la posibilidad de hallar comportamientos que con un propósito colectivo concurren en una sola *dirección*, lo que hace que igualmente se encausen a través de la figura del *control*.
6. En las situaciones de control la dirección está presente por la tenencia material de una parte del capital social, por la posibilidad de emitir los votos para adquirir la mayoría en los órganos de administración, o por la realización de actos o negocios jurídicos; partiendo de este postulado, es explicable la responsabilidad que detenta la matriz

por las acreencias de sus subordinadas, en la medida que está abusando de la personalidad jurídica de una de sus controladas o las está afectando en su conjunto en razón de su incorrecta dirección.

7. La existencia de la anomalía económica no está circunscrita a la inscripción de un acto o a su registro, es decir que no se enmarca solamente en el derecho societario en la medida en que sus principios han de percibirse desde la órbita económica. Así, entonces, la unidad patrimonial presente en materia societaria no refleja la afinidad patrimonial existente en materia de grupos, como consecuencia de la misma autonomía e independencia de cada uno de sus integrantes, y a pesar del control existente a través del porcentaje del capital social.
8. Por tratarse de un fenómeno económico de los grupos, no es acertado vislumbrar el asunto societario de adquirir originariamente las acciones propias, o las participaciones recíprocas, de forma independiente al tipo de sociedad sin la autorización expresa de todos los asociados, por cuanto la volatilidad de los mercados facilita la manipulación degradante de los órganos de dirección o el despreciable abuso de la personalidad jurídica.
9. En el orden económico y jurídico, la transmisión de acciones de una sociedad integrante de un grupo es una cuestión de interés no solo para las partes

directamente vinculadas en el contrato de venta sino también para el mercado, sugiriendo así su inclusión dentro de las políticas *the corporate governance*. No obstante, es comprensible entender que el deber de inscribir e informar los códigos de buen gobierno, así como el informe de dependencia (*Abhängigkeitsbericht §312 AktG*), son simples anotaciones orientadas a favorecer la publicidad y oponibilidad de las declaraciones económicas ocurridas en el tráfico mercantil de quienes integran un agrupamiento.

10. El *control* existente en una anomalía económica puede ser adquirido por una persona natural o jurídica, entendida esta última en su concepción societaria, y exceptuando del dominio a los socios externos; sin embargo, en todo momento la *dirección* comportará la subordinación de las personas jurídicas, mas nunca de las físicas. Es por esto que la proximidad entre los términos *control* y *dirección* unitaria es una razón jurídico-económica práctica para comprender y justificar la presencia de grupos horizontales en el sistema continental.

11. En cuanto a la dependencia, debe observarse el vínculo existente en la naturaleza de la autonomía jurídica de las personas morales, salvo los asuntos relativos a otras unidades económicas censuradas (*konzerernresistenz*) pese a no estar resueltos sus impedimentos (el asunto del voto personal y no de participación en las corporaciones). Sobre el

particular, se hace alusión al asunto de las fundaciones en grado de subordinación y al escenario de la dirección unitaria tratándose de grupos horizontales.

12. Cuando a consecuencia de la dirección unificada se produce una situación patrimonial de hecho concursal a uno de los sujetos jurídicos que constituyen el grupo (insolvencia), cabe la probabilidad de suponer que si la unidad de propósito y dirección fue ejercida por la controlante, ésta debe responder por los perjuicios causados; en la misma medida, si la matriz fue vista como un administrador oculto (*shadow director*) o un director de hecho (*de facto director*), aquel sujeto adquirirá también la responsabilidad, como si fuese un administrador de derecho (*de iure director*), debiendo, de esta manera, responder por los perjuicios ocasionados a las sociedades insolventes.

13. No se puede fundar la exigencia de la responsabilidad de la empresa *holding* únicamente en el escenario de la situación patrimonial de hecho de la insolvencia, en la medida que aquel detrimento patrimonial no significa necesariamente el hecho de incursionar en la órbita concursal. En definitiva, la obligación del sujeto jurídico controlante, dentro del fenómeno económico del grupo, debe medirse por el daño ocasionado en principio como administrador de derecho, director de hecho o como un gestor a la sombra.

14. Cuando el menoscabo económico ocasionado es producto del abuso de la personalidad jurídica de un miembro del agrupamiento societario, o como resultado del actuar malintencionado del socio de uno de sus integrantes, cabe la posibilidad de levantar el velo del ente jurídico para encontrar al responsable del menoscabo económico que, por razones mercantiles fundadas en el equilibrio de la teoría de los juegos, atentaría contra los otros integrantes del grupo. Sin embargo, en ningún momento se está facultando para solicitar dicha reparación por el actuar malintencionado o errático del administrador de la sociedad.

15. El fenómeno económico de la insolvencia ha dispuesto una concepción patrimonial dentro de la cual se observa el deseo de incursionar (fuero de atracción) en la determinación de la solvencia de la masa patrimonial, sin detenerse en la indebida administración del material contable. No obstante, la dirección unificada de los grupos no puede estar sujeta, con el ánimo de solventar el patrimonio a liquidar, a la compleja descripción reglamentaria de la confusión de patrimonios.

BIBLIOGRAFÍA

1. AA.VV. D'ORS, Álvaro. *El Digesto de Justiniano*, Tomo

I, *Constituciones Preliminares y Libros 1 a 19*, Editorial Aranzadi: Pamplona, 1968.

- *El Digesto de Justiniano*. Tomo III, Libros 37 a 50, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1975.

2. AA. VV. DE LA GÁNDARA, Luis Fernández. "Marco y fin de la reforma de la legislación concursal", en *Comentarios a la Ley Concursal*, Colección Garrigues. Madrid y Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 204.
3. AA.VV. EMBID IRUJO, José Miguel. *Grupos de sociedades y Derecho Concursal. Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.
4. AA.VV. FERNÁNDEZ, Zulima. *Grupos empresariales de la economía social en España. Introducción a los grupos*, Valencia: CIREC, 2000.
5. AA.VV. GÜNTHER, Jakobs. *El Funcionalismo del Derecho Penal. ¿Punibilidad de las Personas Jurídicas? Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

6. AA.VV. SÁNCHEZ ÁLVAREZ. Manuel María. "Grupos de empresas y el concurso de acreedores", en *Comentarios a la Ley Concursal*, Colección Garrigues, Madrid y Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 204.
7. ALVARADO PLANAS, Javier. *El pensamiento jurídico primitivo*, España: Editorial Nueva Acrópolis, 1986.
8. ARAGÓN, Manuel. "Constitución económica y libertad de empresa", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Tomo I, Madrid: Editorial Civitas, 1996.
9. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Romano*, 13.^a ed. revisada, Napoli: Editorial Jovene, 1957.
10. ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, Juan Antonio. *Derecho Romano I, Parte general. Derechos reales*, 18.^a ed., Madrid: Revista de Derecho Privado, 1988.
11. ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano. Historia e Instituciones*, 3.^a ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988.
12. ARROYO, E.; BENACCHIO, G. A.; PASA, B. y VIÑAS, R. *Repertorio de Derecho Civil y Mercantil Comunitario*, 1.^a ed., Colección Practik, Barcelona: Editorial Bosch, 2005.
13. ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Grandes Temas de Derecho Comercial. Su incidencia en la Constitución de 1991*, Medellín: Editorial Diké, 1993.

- 14.** ASCARELLI, Tullio. "Iniciación al estudio del Derecho Mercantil", en *Corso di Diritto Commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Editorial Bosch, 1964.
- "Personalità giuridica e problemi delle società", *Rivista Della Soceità*, Tomo I, Milano, 1957.
- 15.** BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada: Editorial Comares, 2000.
- 16.** BIANCA, Cesare Massimo. *Derecho Civil 3 El Contrato*, 2.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- 17.** BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho Civil. Normas, sujetos y relación jurídica*, 1.^a ed., Tomo I, vol. 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.
- *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos*, 1.^a ed., Tomo I, vol. 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1992.
- 18.** BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado español*, 4.^a ed., Navarra, España: Editorial Thomson Aranzadi, 2006.
- 19.** BONFANTI, Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. *Concursos y quiebra*, 3.^a ed., 2.^a reimp., Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1983.
- 20.** BORETTO, Mauricio. *Responsabilidad civil y*

concurzal de los administradores de las sociedades comerciales, 1.^a ed., Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

21. BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, 11.^a ed., vol. I, Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
22. BUENO SALINAS, Santiago. *La noción de persona jurídica en el Derecho Canónico*, Tesis, Barcelona: Universidad de Barcelona, 1983.
23. CANTILLO VÁSQUEZ, Ignacio y RODRÍGUEZ MOJICA, María Esperanza. *Procesos de disolución y liquidación de sociedades: manual práctico*, Bogotá: Editorial Legis, 1991.
24. CAPILLA RONCERO, Francisco. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid: Editorial Tecnos, 1984.
25. CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*, Madrid: Editorial Aguilar, 1956.
26. CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Estudios e informes en materia concursal*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2012.
27. CARRILLO DE LOS ROJAS, Gladys. *Fundamentos de contabilidad para profesionales no contadores*, 15.^a ed., Bogotá: 1995.
28. CASAS BAAMONDE, María Emilia y DEL REY GUANTER, Salvador. "Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales.

Recensión”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 51, Madrid, 2002.

- 29.** COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). Grupo de Trabajo V. Régimen de la Insolvencia. *Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia*, Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008. A/CN.9/WG.V/WP.82, p. n.º 10. Disponible en [<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V08/563/36/PDF/V0856336.pdf?OpenElement>], consultada el 27 de agosto de 2013.
- 30.** CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- 31.** CUBILLOS GARZÓN, Camilo. “Aproximación a la regulación de los grupos empresariales en los ámbitos fiscal, penal y ambiental”, *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.
- “Casuística: comentarios a las sentencias de la Corte Constitucional n.ºs SU-1023-01 y SU-636-03”, *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 3, n.º 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 204. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades por acciones simplificadas", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "Crisis empresarial al interior de un grupo de sociedades", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 7, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "**El mercado y las bases económicas de un grupo empresarial**", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 4, n.º 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "La visión técnica del acto mercantil", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 10, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "Le Pouvoir dans les Sociétés. Questionnaire Relatif au Thème I. L'acquisition du pouvoir dans les sociétés", Association Henri Capitant, Journées Chiliennes. 2012. Disponible en [[http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Colombie%20\(Cubillos%20Garz%C3%B3n\).pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Colombie%20(Cubillos%20Garz%C3%B3n).pdf)], consultada el 4 de julio de 2013.

- "La manipulación constitucional y los errores en la reglamentación de las normas mercantiles", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 11, n.º 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "Parámetros a seguir de los grupos empresariales. sistemas anglosajón y continental", vol. 6, n.º 1, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. *REVISTA E-Mercatoria*, Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

- "¿Profesionalización de un encargo societario?", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 9, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.

32. CUBILLOS GARZÓN, Camilo y SOTOMENTE MUJICA, David. *Teoría del levantamiento del velo corporativo*, Tesis de Grado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

33. CÓDIGO DE COMERCIO ALEMÁN. Alfonso Martínez-Exhevarría (trad.), Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.
34. COOPER, Neil. *Corporate Groups & Insolvency*, Seminario Internacional de Insolvencia, Insolvencia Transfronteriza y Contratación Pública, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá: 2006.
35. DASSO, Ariel Ángel. *Derecho Concursal Comparado*, Tomo I, Bogotá: Legis, 2009.
36. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid: Editorial Thomson-Civitas, 2004.
37. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*, 2.^a ed., reimp., Madrid: Editorial Civitas, 1991.
38. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. *Estudios de Derecho Mercantil*. Tomo I, vol. 2, Madrid: Centro de Estudios Tributarios, 1977.
39. DE TORRES PEREA, José Manuel. *Alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil externa*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2003.
40. DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital*, 2.^a ed., Navarra, Editorial Thomson-Aranzadi, 2006.
41. DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho Privado)*, 2.^a ed., Buenos Aires, Editorial Depalma, 1991.

42. DOSSIER PRÁCTICO. *Responsabilidad de los administradores. Levantamiento del velo*, Madrid: Editorial Francis y Taylor, 2000.
43. DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F. "Los métodos de grupos de sociedades", VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1966, en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Universidad de Valladolid. 1998.
44. ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto. *Os grupos de sociedades*, 2.^a ed., Editorial Coimbra: Almeida, 2002.
45. EMBID IRUJO, José Miguel. "El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades", en *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno Corporativo*, 1.^a ed., Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.
- "Fundaciones y derecho de grupos", Proyecto de Investigación "Actividad de empresa y entidades sin ánimo de lucro (asociaciones y fundaciones)", Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2007-62414).
 - *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, Granada: Editorial Comares, 2003.
 - "Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español", *Revista de*

Derecho de Sociedades, n.º 30, Madrid: Editorial Thomson Aranzadi. 2008.

- "El significado jurídico de los grupos de sociedades. La Corporate Governance", *Ekonomiaz. Revista de Economía Vasca*, 68, Gobierno Vasco. Departamento de Hacienda y Finanzas, 2008. Disponible en [<http://www.euskadi.net/ekonomiaz/>], consultada el 4 de julio de 2013.

46. FALCONI CANEPA, Julio. *Responsabilidad en los grupos de sociedades y tutela de acreedores sociales*, Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005.
47. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis y CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *Derecho Mercantil Internacional*, 2.^a ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
48. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis et ál. "Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria", en *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1996.
49. FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. *Grupo de sociedades como forma de organización empresarial*, Madrid: Editoriales del Derecho Reunidas, 2001.
50. FERRARA, Francisco. *Teoría de las personas jurídicas*, Eduardo Ovejero y Maury (trad.), Madrid, Editorial Reus, 1929.
51. FILIPPI, Laura Lydia. "El administrador de

hecho en la sociedad anónima”, vol. XLI, 1.^a ed., Córdoba, Argentina: Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Editorial Advocatus, 2006. Disponible en [<http://www.acaderc.org.ar/ediciones/publicaciones/2006/el-administrador-de-hecho-en-la-sociedad-anonima?searchterm=administrador+de+hecho>], consultada el 4 de julio de 2013.

52. FUENTES, Mercedes. *Grupos públicos de sociedades*, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007.

53. FUENTES NAHARRO, Mónica. “Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, Archivo Institucional EPrints Complutense, 19 de abril de 2008, Madrid: Universidad Complutense. Disponible en [<http://www.ucm.es/eprintswww.es/BUCM/der/1437.php>], consultada el 4 de julio de 2013.

- *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, 1.^a ed., Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2007.

54. GAITÁN ROZO, Andrés. “Prólogo”, en *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2011.

55. GALGANO, Francesco. *Grupo de sociedades (dirección y coordinación de sociedades)*, Buenos Aires: Editorial La Ley, 2007.

- *Derecho Comercial. Las sociedades*, vol. II, Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- 56.** GARCÍA CAVERO, Perry. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, Jose María Bosch Editor, 1999.
- 57.** GARCÍA DEL CORRAL, D. Idelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte Digesto, Tomo III, (DIGESTORUM D. IUSTINIANI Libri L. Ad fidem codicis florentini Atque Editionis Taurellianae - Según el texto del Código Florentino y de la edición Taureliana-)*, Barcelona, 1897.
- 58.** GARRETA SUCH, José María. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, Madrid: Editorial Marcial Pons, 1991.
- 59.** GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Bogotá: Editorial Temis, 1987.
- *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo III, Bogotá: Editorial Temis, 1987.
- 60.** GIMÉNEZ ZURIAGA, Isabel. "El Gobierno Corporativo. El control de las empresas y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 9, III, Valencia, 2003. Disponible en [http://portales.gva.es/c_economia/web/rveh/pdfs/n9/cola2_9.pdf], consultada el 4 de julio de 2013.

61. GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada: Editorial Comares, 2001.

- *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002.

62. GIRÓN TENA, J. *Derecho de sociedades*, Tomo I, *Parte General*, Madrid, 1976.

63. GONZÁLEZ DE CANCINO, Emilssen. *Obligaciones: Derecho Romano y Código Civil colombiano*, 1.^a ed., Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.

64. GONZÁLEZ HUEBREA, Pablo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid: Editorial C. González, 1853.

65. GÓMEZ MARÍN, D. Manuel y GIL Y GOMEZ, D. Pascual. *El Digesto del Emperador Justiniano. Traducido y Publicado en el Siglo Anterior por RODRIGUEZ DE FONSECA, Don Bartolomé Agustín*, Nueva ed., Tomo I, Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1872.

- *El Digesto del Emperador Justiniano. Traducido y Publicado en el Siglo Anterior por RODRIGUEZ DE FONSECA, Don Bartolomé Agustín*, Nueva ed., Tomo II, Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1873.

- *El Digesto del Emperador Justiniano. Traducido y Publicado en el Siglo Anterior por RODRIGUEZ DE*

FONSECA, Don Bartolomé Agustín, Nueva ed., Tomo III, Madrid: Imprenta de Ramón Vicente, 1874.

66. GUYENOT, Jean-Pierre. *Los grupos de interés económico*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
67. GUYENOT, Jean-Pierre y KLEIDERMACHER, Arnoldo. *Los agrupamientos empresarios y de colaboración*, Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1985.
68. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961. Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
69. HINESTROSA, Fernando. *Escritos Varios. La agencia comercial y figuras afines*, Editorial Umaña Trujillo Impresores, ejemplar 879, 1983.
- *La Representación*, 1.^a ed., Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008.
- *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, 3.^a ed., Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2007.
70. HUERTA TROLEZ, Pedro María. "Las tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre el levantamiento del velo societario", *Revista Jurídica General. Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n.º 22, 3.^a época, septiembre de 2002.
71. IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6.^a ed., Barcelona: Editorial

Ariel, 1972.

72. IGLESIAS PRADA, Juan Luis. *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Madrid: Editorial Tecnos, 1971.
73. JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*, Versión de Carlos Valencia Estrada, Bogotá: Editorial Temis, 1982.
74. KASER, Max. *Das Römische Privatrecht, Ein Studienbuch*, 4.^a ed., José Santa Cruz Teigeiro (trad.), Munich y Berlin, 1965; 2.^a ed., Madrid: Editorial Reus, 1982.
75. KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*, 7.^a ed., Roberto J. Vernengo (trad.), México: Editorial Porrúa, 1993.
76. KRELLER, Hans. *Historia del Derecho Romano*, Fernando Hinestrosa (trad.), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.
77. KÜBLER, Friedrich. *Gesellschaftsrecht -Derecho de Sociedades-*, 5.^a ed., Madrid: Editorial Fundación Cultural de Notariado, 2001.
78. LECHMANN, Heinrich. *Parte General*, vol. I, Jose María Navas Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
79. LEDESMA URIBE, Bernardo. *"El abuso de la persona jurídica*, México: Porrúa, 1984.
80. LEMME, Giuliano. *Il Governo del Gruppo*, Pádova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, CEDAM, 1997.

- 81.** LEY ALEMANA DE SOCIEDADES ANÓNIMAS. José Miguel Embid Irujo (trad.), Madrid: Editorial Marcial Pons, 2010.
- 82.** MANÓVIL, Rafael Mariano. *Evolución del Derecho de los grupos de sociedades*. 1.^a ed. Serie IV, Instituto de Derecho Empresarial, La Ley, Buenos Aires: Editorial Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2005.
- *Grupos de sociedades en el Derecho Comparado*, Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1998.
 - "Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria: el artículo 54.III de la Ley de Sociedades Argentina, *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, Capítulo XVI, Madrid: Editorial McGraw-Hill, 2002.
- 83.** MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*. Tomo 2, 3.^a ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- 84.** MERRIAM-WEBSTER'S. *Dictionary of Law*, Massachusetts: Merriam-Webster's, Incorporated Springfield, 1996.
- 85.** MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.
- 86.** MIQUEL, Joan. *Lecciones de Derecho Romano*, Barcelona: Editorial Promociones Publicaciones

Universitarias, 1984.

- 87.** MOIRANO, Armando A. *Organización de las cooperativas*, 9.^a ed., Buenos Aires: Gherzi Editor, 1979.
- 88.** MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*, 1.^a ed., Madrid: Editorial Ídem, 1997.
- *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: problemas y soluciones*, Granada: Editorial Comares, 2000.
- *Persona jurídica y disciplina de los grupos de sociedades*, Studia Albornotiana, LXII, Evelio Verdera y Tuells (dir.), Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1995.
- 89.** NARVAÉZ GARCÍA, José Ignacio. *Teoría general de las sociedades*, 10.^a ed., Bogotá: Editorial Legis, 2008.
- 90.** ORIOL LLEBOT, José. "Deberes y responsabilidad de los administradores, en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Ángel Rojo y Emilio Beltrán (dirs.), 2.^a ed., Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008.
- 91.** PAULUS, Christoph G. "Groups Insolvencies. Some Thoughts About New Approaches", *Texas International Law Journal*, vol. 42:819, n.º 3, 2007. Disponible en [<http://law-journals-books.vlex.com/vid/group->

insolvencies-thoughts-approaches-64084360],
consultada el 4 de julio de 2013.

- 92.** PAZ-ARES, Cándido. "La responsabilidad de los administradores como instrumentos de gobierno corporativo", *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Working Paper n.º 162, Barcelona. Disponible en [www.indret.com], consultada el 8 de octubre de 2003.
- 93.** PERDICES HUETOS, Antonio. "Significado actual de los administradores de hecho: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS del 24 de septiembre de 2001, *Revista de Sociedades*, n.º 18, España: Editorial Aranzadi, 2002-1.
- 94.** PETIT, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9.ª ed., Buenos Aires, Editorial Cholos, 1924.
- 95.** PINO SOLANO, María Mónica; HENAO BELTRÁN, Lina Fernanda, ARIAS BARRERA, Ligia Catherine y CUBILLOS GARZÓN, Camilo. "Directrices del Régimen de Responsabilidad de los Administradores de Sociedades", *REVIST@ E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013..
- 96.** POLO, Antonio. "Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (relaciones e interferencias entre ambos conceptos)", en *Estudios*

Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues, Tomo I, Madrid: Editorial Tecnos, 1971.

97. PRENDES, Pedro. "Los administradores", en *La sociedad de responsabilidad limitada*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.
98. QUETGLAS, Rafael Sebastián. *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*, 1.^a ed., Pamplona: Thomson-Civitas, 2009.
99. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*, 2.^a ed., Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
100. RAMÍREZ, Antonio. *Diccionario Jurídico Español-Inglés Inglés-Español*, Barcelona. 2003. Disponible en [Gestión 2000.com].
101. RECALDE CASTELLS, Andrés. "Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de 'Buen Gobierno'", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 71, Valencia: Editorial Universitat Jaume I de Castellón, 2003.
102. RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, 1.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
103. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario en Estados Unidos*, 3.^a ed., Colombia: Editorial Legis, 2006.

- *Derecho Societario*, Tomo I, Bogotá: Editorial Temis, 204.
- *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 1996.
- 104.** RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José. *Nuevo Régimen de Insolvencia*, 1.^a ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- 105.** RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Editorial Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 1998.
- 106.** RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. "La doctrina de la penetración de la personalidad jurídica. Responsabilidad de los administradores y de los grupos económicos en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo", en *Abuso de la personalidad societaria*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2008-3. 1.^a ed., Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.
- 107.** ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. *La Reforma del Derecho Concursal*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2003.
- 108.** ROSS, Alff Niels Christian. *Tû-Tû*, Genaro Carrió (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- 109.** SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Principios de Derecho Mercantil*, 11.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson, 2006.

- 110.** SANÍN BERNAL, Ignacio, SANÍN GÓMEZ, Juan Esteban. "La consolidación fiscal en los grupos empresariales como alternativa de tributación en Colombia", Revista n.º 62, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2010.
- 111.** SACRAPELLI, Uberto. *Quèst-ce que le positivisme juridique?*, Colette Clavreul (trad. it.), Paris: Bruylant L.G.D.J, 1996.
- 112.** SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*, José Santa Cruz Teigeiro (trad.), Barcelona: Editorial Bosch, 1960.
- 113.** SERICK, Rudolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del Derecho por medio de las personalidad jurídica*, Puig Brutau (trad.), Prólogo Polo. Barcelona: Ariel. 1958.
- 114.** SOTOMONTE MUJÍCA, David. "El patrimonio autónomo como deudor concursal", *REVISTA E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 2, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. Disponible en [<http://www.emercatoria.edu.co/>], consultada el 4 de julio de 2013.
- *Insolvencia Transfronteriza: evolución y estado de la materia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- 115.** SWEENEY, John. "Nuevas funciones para grupos empresariales en Latinoamérica, Center for International Private Enterprise (CIPE). "Building democratic institutions through market-oriented

reform around the globe", *Rev. Economic Reform Today, Asociaciones empresariales: construyendo la democracia*, n.º 2, 1995.

- 116.** THOMPSON, Robert B. "Piercing the Corporate Veil. An Empirical Study, *Cornell Law Review*, vol. 76.
- 117.** URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, 28.^a ed., Madrid y Barcelona: Editorial Marcial Pons, 2002.
- 118.** VERRUCOLI, Piero. *Il Superamento della Personalità Giuridica della società di Capitali. Nella Common Law e Nella Civil Law.* (Saggi di Diritto Commerciale - Collana fondata da Tulio Ascarelli, Nuova serie a cura di Giuseppe Ferri), Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.
- 119.** VICENT CHILIÁ, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.^a ed., Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2005.
- 120.** VINEY, Geneviève. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad civil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- 121.** VÍTOLO, Daniel Roque. "'Corporate Governance' en la nueva dinámica societaria a partir de la Sarbanes Oxley Act de los Estados Unidos. Difusión y reflexiones", en *Sociedades comerciales. Los administradores y los socios. Gobierno Corporativo*, 1.^a ed., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 204.
- 122.** VON TUHR, Andreas. *Las personas naturales y*

jurídicas, Bogotá: Editorial Leyer, 2006.

- 123.** WEI, Yuwa. "Corporate Groups and Strategic Alliances: New Reform Instruments to the Chinese", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 30, Afl. 2, 2002. Disponible en [<http://ssrn.com/abstract=1420740>], consultada el 4 de julio de 2013.

