

# El grupo empresarial público en Colombia

PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA<sup>1</sup>

## RESUMEN

El grupo empresarial público es una muestra de cómo el grupo empresarial, que es la forma jurídica predilecta de la gran empresa contemporánea, influye en todos los ámbitos del derecho. En efecto, cuando el Estado, para el cumplimiento de sus fines, adopta la forma de un empresario y ejerce la empresa pública de grupo, se impone la aplicación de los derechos público y privado, ello sin perjuicio del ánimo de lucro que supone la empresa, demostrando cómo la coherencia del ordenamiento jurídico, a pesar de la diversificación del derecho y de la especialidad en la expedición de las normas jurídicas, es todavía un principio fundamental que en este caso está al servicio de la primacía del interés general sobre el particular.

**Palabras clave:** grupo empresarial, subordinación o control, unidad de propósito y dirección, grupo empresarial público, función social de la empresa, responsabilidad social empresarial, interés del grupo.

## The Public Business Group in Colombia

### ABSTRACT

The public business group is an example of how the business group, which is the preferred legal form of contemporary large enterprises, influences all

1 Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Docente investigador de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: pablo.cordoba@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: 0000-0001-6611-3268. Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2024. Fecha de modificación: 1.º de octubre de 2024. Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2024. Para citar el artículo: Córdoba Acosta, Pablo Andrés, "El grupo empresarial público en Colombia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 33, 2025, pp. 155-214. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n33.07>.

areas of law. Indeed, when the State, in pursuit of its objectives, adopts the form of a business and engages in public group enterprise, the application of both public and private law becomes necessary. This occurs without prejudice to the profit motive inherent in the business, demonstrating that the coherence of the legal system, despite the diversification of law and the specialization in the issuance of legal norms, remains a fundamental principle in this context.

**Keywords:** Business Group, Subordination or Control, Unit of Purpose and Management, Public Business Group, Social Function of the Company, Corporate Social Responsibility, Group Interest.

## INTRODUCCIÓN

En 1995, como fruto de las discusiones que con anterioridad se llevaron a cabo para la reforma del derecho comercial de nuestro país<sup>2</sup>, se expidió la Ley 222 que consagró una reforma muy importante en materia de control o subordinación societaria, introduciendo la figura del grupo empresarial.

La Ley 222 de 1995 propició que el derecho de sociedades nacional tomara un segundo aire, pues desde la expedición de nuestro Código de Comercio en 1971, el argumento societario se encontraba, por así decirlo, estancado. En efecto, temas como la escisión de sociedades, el derecho de retiro, el control societario, la supervisión estatal y el grupo empresarial, no de sociedades exclusivamente, comenzaron a desarrollarse en el escenario nacional, no solamente en la doctrina sino también, aunque de forma exigua, en la jurisprudencia, sin dejar de lado la labor que en esta materia viene cumpliendo la Superintendencia de Sociedades<sup>3</sup>.

Dentro del avance que significó la Ley 222 de 1995, el argumento del grupo empresarial tomó importancia innegable, no solamente en el ámbito del derecho, sino también en nuestra cultura empresarial, que se impregnó de una figura que hasta entonces se encontraba un poco mimetizada en el país, pues sin desconocer los yerros y falencias que sin duda se verifican en

2 El proyecto de ley 119 de 1993 contenía la pretensión de una reforma mucho más amplia frente a la que se logró con la Ley 222 de 1995.

3 La Superintendencia de Sociedades expidió en 1997, es decir, con anterioridad a la actual Circular Básica Jurídica, circulares externas dirigidas a temas importantes y puntuales vinculados con la Ley 222 de 1995: por ejemplo, la n.º 20 de 1997, referida a los actos de competencia y conflictos de interés de los administradores; la n.º 23 de 1997, sobre acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; la n.º 24, sobre el derecho de retiro; la n.º 30 de 1997, sobre subordinación y grupo empresarial; y la n.º 06 de 2008, referida a los administradores.

la disciplina que se introdujo en 1995, el empresariado nacional acogió de la mejor manera el instituto del grupo empresarial.

En materia de doctrina es indudable la contribución de la Superintendencia de Sociedades, entidad que por vía de la absolución de consultas y de pronunciamientos administrativos coadyuva notablemente en la construcción de una teoría nacional sobre el grupo empresarial<sup>4</sup>, sin olvidar valiosas publicaciones recientes que la Superintendencia ha hecho en esta materia<sup>5</sup>. Igualmente se destaca la producción de autores en el concierto nacional que también han contribuido notablemente al desarrollo de la disciplina<sup>6</sup>.

En el ámbito jurisprudencial se resaltan pronunciamientos de las altas cortes en los que se trata, entre otros asuntos, la responsabilidad de la matriz o controlante por la insolvencia de cualquiera de sus subordinadas<sup>7</sup>, posición jurisprudencial que indudablemente concierne a los grupos empresariales habida cuenta del carácter inescindible que, en nuestro ordenamiento y con independencia de que se considere actualmente como acertado, tienen la subordinación o control y el grupo empresarial, a menos en lo que concierne al grupo empresarial por subordinación<sup>8</sup>.

En toda esta evolución de la figura del grupo empresarial en Colombia se halla una deficiencia que probablemente es común a la mayoría de los

4 A medida que se aborden los distintos aspectos sobre el grupo empresarial estatal se citarán algunos pronunciamientos de dicha entidad. Puede consultarse dicha doctrina en [www.supersociedades.gov.co](http://www.supersociedades.gov.co).

5 Andrés Gaitán y Yira López (coords.), *Conglomerados en Colombia. Actualidad y perspectivas*, Bogotá: Superintendencia de Sociedades - Universidad del Rosario - Colegio de Abogados Comercialistas, 2022.

6 Camilo Enrique Cubillos, *La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios*, Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2016. Se destaca también la producción de Francisco Reyes, *Derecho societario*, t. I, Bogotá: Temis, 2002, pp. 527 y ss. Igualmente, Andrés Gaitán, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2011. Del autor de este escrito puede verse "Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad *holding*. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana", *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006, pp. 51 y ss.; "El gobierno de la empresa de grupo: Visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo", en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. Más recientemente el artículo denominado "De la unidad de propósito y dirección en materia del grupo empresarial en Colombia", *Revista Virtual E-Mercatoria*, vol. 22, n.º 2, 2023.

7 Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de julio de 2018. También Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 11 de mayo de 2016. Del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencias del 24 de mayo de 2007 y del 9 de febrero de 2012.

8 Sobre las diferentes clases o tipologías de grupos, véase María Luisa de Arriba Fernández, *Derecho de grupos de sociedades*, Navarra: Editorial Aranzadi, 2009, pp. 98 y ss.

ordenamientos jurídicos, consistente en la no mención o la poca atención del grupo empresarial estatal, dejando de lado el hecho, no poco frecuente por cierto, de la participación del Estado en las actividades industriales, comerciales e incluso financieras mediante la agrupación de entidades de naturaleza pública, total o parcialmente, que obedecen a una dirección unitaria o sobre las cuales el ente estatal ejerce, en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, unidad de propósito y dirección.

El Estado persona jurídica, en cualquiera de sus niveles y con el objetivo de cumplir sus fines, tiene la legítima facultad de organizar estructuras compuestas por varias entidades, societarias o no, que actúan ordenadamente en el ámbito empresarial y que buscan, al lado del lucro, la obtención de fines superiores que seguramente trascienden los objetivos tradicionales de la iniciativa privada. Una muestra de la importancia del grupo empresarial público se refleja en nuestro medio con la creación del Grupo Bicentenario mediante el Decreto Ley 2111 de 2019, por el cual se creó el tercer grupo financiero por activos más grande de nuestro país, que está integrado por 13 entidades financieras y que estaría en los supuestos de hecho previstos en la Ley 1870 de 2017 sobre conglomerados financieros.

Se considera entonces muy pertinente una aproximación al grupo empresarial estatal o público, para lo cual se abordará de forma breve el concepto de grupo empresarial haciendo especial énfasis en la Ley 222 de 1995, sin dejar de lado los preceptos constitucionales y de derecho administrativo involucrados con la temática. Finalmente, conviene indicar un asunto de especial relevancia: el presente escrito es producto parcial de la investigación que el autor viene realizando como profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia. Dicha investigación que se denomina "Empresa de Grupo" involucra un estudio del grupo empresarial en la mayoría de sus aspectos dentro de los cuales el grupo empresarial público es apenas una parte.

## 1. CONCEPTO DE GRUPO EMPRESARIAL Y ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL GRUPO EMPRESARIAL PÚBLICO

Es pertinente indicar que, si bien la primera norma nacional que habló de forma directa de este tema fue la Ley 222 de 1995, es claro que el grupo ya existía en el tráfico mercantil, esto por cuanto su surgimiento se dio en el derecho de sociedades que, como sabemos, formó o forma parte total o parcial del derecho comercial que, se recuerda, es por excelencia un derecho consuetudinario<sup>9</sup>.

9 Karsten Scmith, *Derecho comercial*, Buenos Aires: Astrea, 1997. Sobre este punto en particular, véase Francesco Galgano, *Derecho comercial*, t. I., Bogotá: Temis, 1999, pp. 1 y ss.

Uno de los principales objetivos del empresario, sea persona natural o jurídica, consiste en lograr la dimensión óptima de la actividad económica organizada, es decir de la empresa<sup>10</sup>. Así, dependiendo de cada caso, el empresario realiza las conductas que conducen al crecimiento de la empresa, tal como lo exigen las condiciones de mercado y los objetivos que el mismo sujeto empresario se haya trazado, consistentes en el crecimiento en el propio mercado y en la necesidad de incursionar en otros. El crecimiento se evalúa según cada caso en el sentido de que su necesidad y progresión no pueden conllevar un crecimiento anormal, como un cáncer, que conlleve el efecto de afectar la salud y hasta la existencia de la empresa.

La doctrina autorizada distingue entre *crecimiento interno*, entendido como aquel que utiliza los recursos generados en la empresa para invertirlos en ella misma, y *crecimiento externo*, consistente en la inversión de los recursos producidos por la empresa para promover otros proyectos ajenos o diferentes a la empresa inicial, logrando así la sumatoria de fuerzas e incluso diversificando el riesgo mediante la utilización de la personalidad jurídica societaria, y sobre todo el beneficio de la responsabilidad limitada que proporcionan algunos tipos de sociedad<sup>11</sup>.

La creación de nuevos sujetos morales que aborden proyectos que contribuyan al crecimiento empresarial supone afrontar nuevos retos con un nuevo sujeto que, en principio, limita la exposición de toda la empresa inicial y por tanto de la prosperidad originaria que ha contribuido a su suceso. De igual manera, se trata de procurar y lograr una economía de escala que produzca un aumento de los ingresos y una disminución de los costos de la empresa sin perjuicio de la utilización del esquema de la personalidad jurídica, esto a pesar de los cuestionamientos que al respecto existen<sup>12</sup>.

Con independencia de las consideraciones sobre la legitimidad de la personalidad jurídica societaria y la responsabilidad limitada de los accionistas, se considera equivocada una política general de responsabilizar a los accionistas, es decir al inversor, por las obligaciones de la sociedad en la que participan, mediante medidas como la desestimación de la personalidad jurídica, herramienta que debe ser de uso excepcional en todos los ámbitos

10 El Código de Comercio, en su artículo 25, define a la empresa como una actividad económica organizada.

11 Giorgio Berta, "I gruppi aziendali. Profili economici", en Giorgio Berta (ed.), *I Gruppi Societari*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2011, pp. 1 y ss.

12 Federico de Castro y Bravo, *La persona jurídica*, 2.ª ed., Madrid: Civitas, 1984, pp. 31 y ss. Sobre este tema, véase también Piero Verrucoli, *Il superamento de la personalità giuridica nella società di capital nella Common Law e nella Civil Law*. Milán: Giuffrè, 1964.

de la autoridad estatal<sup>13</sup> y, en general, en el ordenamiento jurídico<sup>14</sup>. Es mucho más nocivo atacar la personalidad jurídica como medida cautelar en acciones de naturaleza constitucional (como se verificó recientemente en un conocido asunto), esto por la afectación del derecho de defensa y el efecto nocivo que este tipo de actuaciones generan en la economía<sup>15</sup>.

Se deduce que al grupo empresarial se llega más por la evolución de la empresa iniciada y ejercida, en sus inicios, por un solo sujeto, que por una conducta deliberada y automática consistente en la creación de varias personas jurídicas subordinadas sometidas a una dirección unitaria, circunstancia que debe ser tenida en cuenta para comprender esta figura. Se trata de la plena armonía entre la evolución de la actividad del empresario y el carácter consuetudinario del derecho comercial que lo acogió primeiramente en el ámbito del derecho de sociedades para luego involucrar, en el caso colombiano, la participación de sujetos no societarios en el seno del grupo empresarial.

Y es que el grupo empresarial, más allá de su recepción en el derecho positivo, es fruto de la realidad económica que simplemente reconoce el derecho. El grupo es producto de las necesidades y retos que plantea la actividad económica organizada que genera la necesidad de la concentración empresarial para afrontar la globalización y por ende la competencia. Esta realidad llevó a que fuera necesario que la sociedad isla se desconcentrara para evitar su gigantismo e ineficiencia, sin dejar de lado que dicha sociedad pudiera expandir su influencia mediante la adquisición de participaciones sociales en sociedades ya existentes<sup>16</sup>. En otros casos, tal como sucede con

- 13 La desestimación de la personalidad jurídica como mecanismo para responsabilizar a los socios o accionistas de las sociedades de capital es y debe ser un mecanismo excepcional que debería ser aplicado exclusivamente por vía judicial previo el cumplimiento estricto de los presupuestos establecidos en la ley para el efecto (artículo 42, Ley 1258 de 2008). Se comparte la posición jurisprudencial de la Superintendencia de Sociedades en esta materia, sobre todo en la alta exigencia probatoria que una medida de dicha naturaleza conlleva. Pueden verse las sentencias del 14 de abril de 2021, del 15 de octubre y del 9 de agosto de 2019. Recientemente, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 65 de la Ley 2195 de 2022 que consagraba la desestimación de la personalidad jurídica para el control fiscal.
- 14 Sobre el abuso de la personalidad jurídica, véase Rolf Serick, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Santiago: Ediciones Olejnik, 2020.
- 15 Me refiero al caso conocido de Centros Poblados de reciente ocurrencia en el ámbito nacional. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, providencia del 13 de septiembre de 2021, Proceso 25000-23-41-00779-00, en la que se decretó el levantamiento del velo corporativo en el sonado caso de Centros Poblados.
- 16 Sobre el origen del fenómeno, véase Mónica Fuentes Naharro, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Navarra: Thomson-Civitas, 2007, pp. 41 y ss. Sobre la relación entre la dimensión de la empresa societaria y el grupo de sociedades,

los grupos conformados por instituciones financieras, el grupo es fruto de exigencias legales<sup>17</sup>.

Podría decirse que el grupo supone una conformación exclusivamente societaria, es decir, que se excluye la participación de personas jurídicas de naturaleza no societaria, tales como las fundaciones, las cooperativas y las corporaciones, que son las conocidas en Colombia como entidades sin ánimo de lucro (ESAL). Así las cosas, la mayoría de definiciones o conceptos que del grupo encontramos en la doctrina comparada hacen alusión al grupo de sociedades, un fenómeno que se encasilla mayoritariamente en el seno del derecho de sociedades, sea este o no considerado como un área del derecho privado comercial.

En otros términos: la alocución grupo de sociedades hace alusión a una pluralidad de personas jurídicas societarias, mientras que la expresión grupo empresarial alude a una pluralidad de personas naturales (solo como matriz) y jurídicas societarias o no, por lo que esta es mucho más incluyente y amplia, pero por lo mismo más difícil de delinear.

Sea que se admita al grupo como una empresa ejercida y conformada únicamente por sociedades comerciales o, por el contrario, integrada por sujetos de diversa naturaleza jurídica, el concepto de grupo varía ineludiblemente dependiendo del área del derecho en la cual nos encontremos. Así, puede suceder que el grupo tenga un concepto diverso dependiendo de los intereses que cada área del derecho, cada vez más diversificado, pretende proteger<sup>18</sup>, motivo por el cual no sería conducente una definición del grupo, de sociedades o empresarial, que satisfaga a todas las áreas del derecho<sup>19</sup>.

El concepto de grupo es entonces diferente según cada área del derecho y dependiendo de los intereses en juego: el derecho de la competencia, el derecho concursal, el derecho de sociedades, el derecho laboral, el derecho administrativo, etc., son áreas que conciben el grupo de manera diferente, lo que conlleva necesariamente que para efectos del grupo estatal o público deba tenerse un punto de partida coherente con la realidad y con los intereses que deben ser disciplinados, motivo por el cual tanto el derecho constitucional como el derecho administrativo juegan un rol preponderante en materia del grupo empresarial público.

véase Francesco Galgano, *Grupo de sociedades. Dirección y coordinación de sociedades*, Buenos Aires: La Ley, 2007, pp. 1 y ss.

17 José Oriol Llebot Majó, *Grupos de entidades de crédito*, Madrid: Civitas, 1993, pp. 49 y ss.

18 Así ocurre por ejemplo con el derecho concursal. Por ejemplo, el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 y su reglamentación. Sobre este punto en particular, véase el interesante trabajo de Antonio Caba, *El concepto de grupo de sociedades*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 193 y ss.

19 Charley Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991, pp. 7 y ss.

Es necesario entonces ilustrar previamente los diferentes conceptos que existen en materia de grupo de sociedades o empresarial para, a partir de allí, construir un concepto de grupo empresarial público.

La Ley 222 de 1995 establece cuando existe grupo empresarial en el sentido de indicar que al verificarse la subordinación y la unidad de propósito y dirección se configura el grupo, sin que directamente suministre una definición de la figura. Llama eso si la atención el hecho de que el grupo empresarial esté incluido en una norma cuyo objeto es la modificación del libro II del Código de Comercio, lo cual delimitaría los alcances de los institutos incorporados por la Ley 222 de 1995.

La denominación escogida de grupo empresarial, que tiene su sustento en el hecho, verificado en la realidad, consistente en la participación de sujetos de derecho de naturaleza no societaria en el entramado de los grupos, se basaría exclusivamente en las relaciones que las personas no societarias tienen en el seno de sociedades comerciales como participantes en estas en su condición de matriz o controlante, o como instrumentos del control que se ejerce sobre personas jurídicas societarias. En otros términos, el texto literal de la norma llevaría a concluir que las personas jurídicas no societarias no tienen cabida como subordinadas, lo cual genera que la denominación de grupo empresarial sea parcial en la medida de que, si bien acoge personas jurídicas no societarias, solamente lo haría en el extremo del control, pero no en el de la subordinación. Esto, llevado al ámbito del grupo, permite concluir que la denominada unidad de propósito y dirección solamente puede ser ejercida sobre sociedades comerciales y no sobre personas jurídicas no societarias, lo que de alguna manera contradice la realidad.

Debe señalarse que la posición de la Superintendencia de Sociedades sobre este punto en particular no está exenta de controversia: en alguna posición determinó que la evolución interpretativa conlleva aceptar que las personas jurídicas no societarias puedan ser subordinadas<sup>20</sup> y, posteriormente, recogió dicha posición para abrazar la literalidad de la norma<sup>21</sup>. En fin,

20 Superintendencia de Sociedades, Resolución n.º 125-015813 del 24 de octubre de 2011, referida al conocido caso Saludcoop.

21 Superintendencia de Sociedades, oficio 220-171677 del 19 de noviembre de 2018. En este pronunciamiento, la entidad reafirma su posición, no adoptada en el sonado caso de Saludcoop, en la que señala que las entidades sin ánimo de lucro, por tener como característica esencial la ausencia de ánimo de lucro y, por ende, de la vocación de participar en excedentes, no pueden ser subordinadas en las relaciones de control y, en últimas, en los grupos empresariales. En este pronunciamiento se manifiesta que las entidades sin ánimo de lucro pueden ser matriz o controlante. Pueden verse también los oficios 220-102492 del 8 de agosto de 2013, 220-017816 del 24 de febrero de 2015, 220-053767 del 14 de marzo de 2016 y 220-089473 del 18 de mayo de 2016. En jurisprudencia, véase Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, providencia del 1.º de julio de 2004.

actualmente dicha entidad opina que el grupo es solo de sociedades desde el punto de vista del extremo de la subordinación, pero es empresarial en el sentido de permitir la participación de personas morales no societarias e incluso personas naturales, desde el lado de la matriz. Esto se traduce en una conclusión: la unidad de propósito y dirección puede ser ejercida por personas naturales y por cualquier tipo de persona jurídica, pero los sujetos de derecho sobre las que se ejercita tienen naturaleza exclusivamente societaria, esto en acatamiento literal de la norma.

La Superintendencia de Sociedades manifiesta: "En el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 se introduce el concepto de grupo empresarial. Sus presupuestos de existencia son que además de existir la situación de control o subordinación, se verifique la unidad de propósito y dirección entre las entidades vinculadas. Se indica que existe tal 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"<sup>22</sup>. Dicha posición también ha sido adoptada por la citada entidad en algunos de sus pronunciamientos (incluso anteriores a la expedición de la Circular Básica Jurídica), destacándose la utilización del vocablo *entidades*, pero en el entendido de lo señalado en párrafos anteriores<sup>23</sup>. Si se observa con atención, la Superintendencia de Sociedades indica cuando se presenta o configura el grupo empresarial, pero no emite un concepto sobre el mismo. En efecto, la entidad se limita a señalar los presupuestos de existencia de la figura y a indicar, con la casi transcripción del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, en que consiste la unidad de propósito y dirección, sin profundizar realmente sobre el concepto del grupo empresarial.

La doctrina nacional se ha pronunciado al respecto. Así, por ejemplo, se señala: "El grupo empresarial es el conjunto de una o más sociedades independientes jurídicamente entre sí, pero que se encuentran bajo un control o subordinación ejercido por una matriz o controlante y sometidas a una dirección unitaria que determina los lineamientos de cada una de ellas. Conformándose el grupo empresarial únicamente cuando concurren los dos elementos de su esencia: 1. El control o subordinación y 2. La unidad de propósito y dirección, sin que signifique esto, que se esté dando nacimiento a un ente autónomo e independiente, pues se mantiene intacta la

22 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, p. 81.

23 Superintendencia de Sociedades, oficios 220- 042549 del 20 de febrero de 2009, 220-091161 del 2 de mayo de 2017 y 220-0108792 del 12 de agosto de 2015.

personalidad jurídica de cada una de las sociedades vinculadas al grupo<sup>24</sup>. Esta definición carece de la inclusión de las personas naturales y de las personas jurídicas no societarias como matriz o cabeza del grupo empresarial, por lo cual podríamos afirmar que se trata más de una definición de grupo de sociedades que de grupo empresarial.

Para Reyes Villamizar, el grupo está definido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 "al prescribir su ocurrencia cuando, además de los vínculos de subordinación presentes entre varias entidades, exista entre todos ellos *unidad de propósito y dirección*. Resulta, pues, suficientemente claro que el único elemento diferenciador entre la situación en que se encuentran las compañías matrices, filiales y subsidiarias y el grupo empresarial está dado por el referido elemento unitario"<sup>25</sup>.

Otra posición es la esgrimida por Gaitán Rozo y, en general, por la Superintendencia de Sociedades en obra ya citada, en el sentido de considerar que el control y el grupo empresarial son lo mismo, pues señala: "Merece especial análisis lo relativo a la diferencia entre grupos de subordinación y los grupos empresariales. El régimen de matrices y subordinadas de la Ley 222 de 1995 se reconocen dos principales formas de grupos: los primeros serán aquellos en donde se configura el control societario, pero no existe unidad de propósito y dirección, y los segundos, denominados por la propia ley grupos empresariales, aquellos en los cuales además del control, existe unidad de propósito y dirección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 28 de la citada ley"<sup>26</sup>.

En fin, la doctrina pareciera inclinarse más bien por indicar cuando existe o se configura el grupo empresarial que por suministrar una definición del mismo, muy probablemente por la dificultad justificada, por cierto, de lograr una definición acorde con la normativa y la realidad. En nuestra opinión, respetuosa de posiciones divergentes, el control o subordinación es un fenómeno diferente al grupo empresarial, no solamente por el hecho mismo del tenor literal de la ley, que no distingue sino por la esencia misma de dichos fenómenos. No toda situación de control conlleva grupo empresarial pero la existencia de este, en el ámbito de la Ley 222 de 1995, requiere de la previa configuración del control o subordinación.

De otra parte y aún en la doctrina nacional, tiene especial interés la definición que concibe al grupo empresarial como una pluralidad de empresas<sup>27</sup>,

24 Carlos Mario Montiel, "Acercamiento al concepto de grupos empresariales: Concurrencia de elementos para su existencia", *Revista E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, junio de 2009.

25 Francisco Reyes, *Derecho societario*, op. cit. pp. 560-561.

26 Andrés Gaitán, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, op. cit., p. 69.

27 Edgar León y Yira López, "Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia", en AA. VV., *Grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, pp. 315 y ss.

desconociendo probablemente que el grupo es una sola empresa ejercida por varios sujetos. Dicha posición es, en nuestra opinión, incorrecta en la medida que confunde los conceptos de empresa y persona jurídica (para englobar las societarias y las no societarias), olvidando que existe precisamente unidad de decisión como carácter configurador de la existencia de una sola empresa y que más bien conviene hablar de la empresa de grupo.

La definición de grupo empresarial no puede fundamentarse en la confusión de los conceptos sociedad comercial-persona jurídica y de empresa. En ese sentido, no podemos dejar de lado la definición que de empresa tiene nuestro derecho positivo en el Código de Comercio que, sin perjuicio de otras áreas del derecho<sup>28</sup>, es la que se debería adoptar para efectos societarios y por ende para una debida concepción del grupo empresarial pues la ley que lo consagró tuvo y tiene por objeto la modificación del libro II del Código de Comercio<sup>29</sup>.

En fin, la empresa es una actividad económica organizada ejercida normalmente por un sujeto de derecho, sea persona natural o persona jurídica. Cuando se trata de esta, puede tratarse de una persona jurídica societaria, tal como ocurre las más de las veces, o de una persona jurídica no societaria, tal como ocurre con las entidades de derecho privado como las fundaciones y corporaciones, o incluso con la empresa unipersonal de responsabilidad limitada (qué no es una sociedad comercial), sin dejar de lado a las entidades públicas constituidas para el cumplimiento de la misión del Estado.

Cuando verificamos que un sujeto de derecho (persona natural o jurídica) desarrolla la actividad económica organizada descrita en el artículo 25 del Código de Comercio, nos encontramos ante un empresario que desarrolla o ejerce una empresa. En otros términos: el empresario es el sujeto de derecho que ejerce la actividad económica organizada denominada empresa, lo que descarta, en nuestra opinión, un entendimiento del grupo empresarial como una pluralidad de empresas, pues en el fondo se trata de una pluralidad de empresarios que ejercen una misma empresa. Visto lo anterior, el grupo empresarial vendría a ser una sola empresa ejercida por varios sujetos

28 Otras áreas de derecho emiten un concepto de empresa equivalente al concepto que de establecimiento de comercio tiene el Código de Comercio en el artículo 515, tal como acontece, por ejemplo, con el derecho laboral en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo (subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990). Sobre esta norma, que intentó ser derogada por la Ley 550 de 1999, véase Corte Constitucional, sentencia 1185 de 2000. En materia laboral, una providencia fundamental es la proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, del 11 de mayo de 2016, pues hace el estudio de las figuras de la unidad de empresa y del grupo empresarial.

29 Artículo 25, Código de Comercio: "Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

de derecho, normalmente personas jurídicas societarias, pero sin descartar la presencia de otros tipos de personas jurídicas de derecho privado y de derecho público. Esta visión del grupo empresarial es indudablemente más compatible con la normativa de derecho positivo y, lo que es más importante, más coherente con una de las características importantes de la empresa, su unidad de decisión o de poder, que es perfectamente equivalente a lo que la ley colombiana denomina como *unidad de propósito y dirección*<sup>30</sup>. El grupo es entonces todo menos un conjunto de empresas, pues ello no solamente conllevaría la confusión entre empresario y empresa, sino que pasaría por alto un factor determinante del concepto de empresa consistente en la unidad de poder o de dirección que precisamente organiza la actividad, esto para aludir a los términos utilizados por el artículo 25 del Código de Comercio<sup>31</sup>.

Podría decirse que el grupo empresarial es una misma empresa ejercida por varios sujetos de derecho. Dicha empresa se caracteriza por el factor consistente en que la dirección es ejercida por una persona natural o jurídica que, de manera previa, tal como sucede en algunas tipologías de grupo, ha configurado un control o subordinación sobre el conjunto, dominación que en principio recae, al tenor de la normativa vigente en Colombia, únicamente sobre sociedades comerciales.

En el derecho comparado se ha señalado que "Un grupo de sociedades está constituido por varias sociedades que, unidas con diversos medios (generalmente participaciones en el capital), forman una unidad económica funcional"<sup>32</sup>. Galgano se refiere más bien a la empresa de grupo, señalando que para los economistas se trata de una sola empresa articulada en diferentes secciones, mientras que en el campo del derecho la empresa de grupo es

30 Francesco Galgano, *Il Codice civile. Commentario. La società per azioni. Principi generali*, Milán: Giuffrè Editore, 1996, pp. 119 y ss.

31 Sobre los conceptos de empresa y de empresario, incluyendo el concepto de sociedad comercial, véase Corte Constitucional, sentencia C-265 del 12 de junio de 2019.

32 Justino Duque Domínguez, "El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el derecho español", en AA. VV, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. V, Madrid: McGraw Hill, 2002, p. 5306. Este autor trae dicha definición del trabajo de Forum Europeaum, "Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa", *RDM*, 1999, pp. 445 y ss. Véase también Juan Sánchez-Calero Guilarte. "Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en el artículo 4 LMV", en AA. VV, *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Madrid: McGraw Hill, 2002, p. 5465. Este autor menciona la importancia de entender que el concepto de grupo no es general para el derecho, por lo menos en el español, sino más bien sectorial dependiendo de los intereses en juego, lo que se compagina perfectamente con la actual diversificación del derecho.

concebida como aquella que es ejercitada directamente por las sociedades operantes e indirectamente por parte de la sociedad *holding*<sup>33</sup>.

Como vemos, es difícil encontrar una sola definición de grupo, esto habida cuenta de que, como lo señala De Arriba Fernández, el grupo se proyecta según el sector o los intereses en juego, por lo que la citada autora prefiere acudir a una definición doctrinal y no legal de grupo, señalando que el "grupo de sociedades puede definirse como la integración de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria"<sup>34</sup>. En el derecho alemán, según Manóvil, el concepto de grupo gira, con fundamento en el artículo 18 de la Ley de 1965, alrededor de la noción de dirección unitaria, distinguiendo entre el grupo por subordinación y el grupo por coordinación en virtud de la existencia o no de dependencia. Este autor indica que, en Alemania, como en el resto del derecho comparado, la problemática se centra en los grupos por subordinación, terminando por indicar que es difícil, aún en los grupos por coordinación, la ausencia de dependencia o de subordinación<sup>35</sup>. A su vez, en el derecho español, el artículo 42 del Código de Comercio, al cual remite el artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital<sup>36</sup>, se funda en el denominado grupo de subordinación para hacer una aproximación al concepto de grupo, por lo que el concepto de control resulta fundamental en este ordenamiento<sup>37</sup>.

En el derecho italiano, el artículo 2359 del Código Civile, reformado en materia societaria en 2003, establece, desde la perspectiva de las sociedades subordinadas, cuando una sociedad es controlada. Posteriormente, en el artículo 2497 se refiere a la dirección y coordinación de sociedades que no es más que el desarrollo legal de la dirección unitaria del grupo o mejor, para utilizar la terminología de la legislación colombiana, el equivalente a la

33 Francesco Galgano, *Grupo de sociedades, dirección y coordinación de sociedades*, op. cit., pp. 120 y 121.

34 María Luisa de Arriba Fernández, *Derecho de grupos de sociedades*, op. cit.

35 Rafael Manóvil, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 195. Una obra mucho más reciente sobre los grupos en el derecho comparado es Rafael Manóvil (ed.), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Nueva York: Springer, 2020.

36 El artículo 18 de la Ley de Sociedades de Capital española establece: "Grupos de sociedades. A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras". Véase Jesús Olavarría Iglesia, *Sociedades de capital*, Valencia: Tirant Lo Blanc, 2011.

37 Julia Mas-Guindal García, "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en las que participa", en AA. VV. *Interés social y gobierno corporativo sostenible. Deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 279 y ss.

unidad de propósito y dirección, motivo por el cual en este ordenamiento el grupo se funda principalmente en el factor de dirección unitaria aunque, al tenor del artículo 2497, se presume la dirección y coordinación cuando existe control en los términos del artículo 2359<sup>[38]</sup>. Como puede observarse de lo dicho hasta acá de la definición de grupo en el derecho de sociedades, es esta área del derecho a la cual se le encomendó, con éxito o sin él, la recepción del grupo, olvidando que el derecho de sociedades está estructurado fundamentalmente sobre la disciplina legal de la sociedad isla, es decir, la compañía que no integra un grupo<sup>39</sup>.

Colombia no es ajena a esta perspectiva: al expedirse la Ley 222 de 1995 que introdujo lo que podemos denominar la disciplina general del grupo empresarial, se refirió a la reforma del libro II del Código de Comercio que, como se sabe, está dedicado a las sociedades comerciales. No obstante, y a diferencia de otras perspectivas, el grupo dejó de ser exclusivamente de sociedades para ser, utilizando la terminología de la Ley 222 de 1995, empresarial, esto en el sentido de aceptar la participación de sujetos de derecho no societarios como integrantes del grupo empresarial. Es así como en el ordenamiento colombiano tanto las personas naturales como las personas jurídicas no societarias, tanto de derecho público como de derecho privado, pueden participar como matriz o controlante y, para ser más específicos, como *holding* en la estructura del grupo empresarial, sin dejar de lado la controversia que podría existir acerca de la posibilidad de que las personas jurídicas no societarias, especialmente las denominadas entidades sin ánimo de lucro, puedan o no ser subordinadas.

En el derecho colombiano no procede una definición de grupo empresarial que se funde en la participación exclusiva de personas jurídicas societarias, pues es claro que estas no son las únicas que pueden ser parte de un grupo empresarial, a lo que se aúna la realidad consistente en la existencia de grupos empresariales públicos conformados por entidades públicas no societarias. Teniendo en cuenta lo anterior, el grupo en el sistema jurídico colombiano no es monopolio del derecho de sociedades pues, de una parte, el grupo es transversal al derecho y por tanto cada área de la ciencia jurídica propondrá su propia definición en atención a los intereses en juego, y de la otra, el derecho de sociedades es insuficiente para abordar la temática del grupo que, como se constata cada día más, es un actor fundamental de la economía contemporánea.

38 Francesco Galgano, *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capital e cooperative*, Padua: Cedam, 2004, pp. 168 y ss.

39 Guido Rossi, "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", en AA. VV. *I Gruppi di Società*, vol. I, Milán: Giuffrè, 1996, pp. 17 y ss. Sobre la relación derecho-grupo, véase también Charley Hannoun, *Le droit et les groupes de sociétés*, op. cit.

La ley en Colombia no se ocupa de definir el grupo empresarial sino más bien de señalar cuándo se presenta o verifica la existencia del mismo, tal como se constata de la lectura del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de la normativa especial para cada área del derecho, por lo que resulta bastante difícil proponer una definición de grupo. A pesar de dicha dificultad podemos señalar, con fundamento en el texto legal, que el grupo es un agregado de personas jurídicas, fundamentalmente sociedades, que se encuentran controladas por una o varias personas naturales o jurídicas que ejercen sobre las subordinadas una dirección unitaria o, como lo indica el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, una unidad de propósito y dirección. Se desprende de dicha propuesta de definición que, como se señaló, se inspira fundamentalmente en el texto legal, en el derecho positivo colombiano, tal como sucede en la mayoría del derecho comparado, el concepto de control o subordinación es esencial en el plano del derecho positivo para la existencia del grupo, por lo que en la legislación colombiana, particularmente en la Ley 222 de 1995, se consagró el denominado grupo por subordinación, lo que no excluye, precisamente por la importancia de la naturaleza mercantil de la figura, la existencia en los hechos de los denominados grupos por coordinación.

De la definición propuesta surgen los elementos configuradores del grupo empresarial en el derecho patrio: en primer lugar, la independencia jurídica de los sujetos de derecho, particularmente de las personas jurídicas, que lo conforman; en segundo lugar, la necesidad de la existencia del control o subordinación; y en tercer lugar, el requisito de la unidad de propósito y dirección en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, presupuestos que, como se verá, se encuentran presentes en lo que denominamos grupos empresariales públicos.

Conviene, antes de finalizar este apartado, aclarar que la definición propuesta excede el derecho de sociedades, esto por cuanto la misma permite la participación de sujetos de naturaleza societaria y no societaria, lo que llevaría a concluir que no se trata de una definición proveniente, como lo indica el título de este numeral, del derecho de sociedades. Lo acabado de señalar no implica aceptar que el derecho de sociedades colombiano constituya en la actualidad una disciplina completa y apta para la recepción del grupo que, como queda claro, no es en el ámbito colombiano exclusivamente de sociedades por permitir su conformación con sujetos de derecho de naturaleza extra societaria. Por el contrario, el derecho societario nacional requiere remozarse no a nombre de la cacareada flexibilización de dicha disciplina y por ende de la sociedad por acciones simplificada, sino a nombre precisamente del grupo, reconociéndole a este un interés en cabeza del sujeto cabeza del grupo y dictando a partir de allí una disciplina específica sobre la materia fundada en la sustancia de la materia y no en la forma, seguramente

excediendo los límites del derecho de sociedades que se estructuró hace tiempo a partir de una realidad diferente basado en la sociedad isla.

### 1.1. DERECHO DE SOCIEDADES Y DERECHO PÚBLICO

En plena coherencia con la definición de empresa existente en el artículo 25 del Código de Comercio, es claro que el Estado puede, para la realización de sus fines, adquirir la condición de empresario e incluso de titular de establecimientos de comercio. Indudablemente, el Estado empresario es una realidad evidente en el concierto nacional, lo que conlleva que dicha realidad cobije la existencia, muy importante, por cierto, de la empresa pública.

En ese actuar el Estado se acoge al derecho privado, huyendo casi del derecho público, en los asuntos en los que el primero tiene indudablemente una disciplina más completa. Esto, sin que ello quiera decir que la disciplina de la empresa, pública o privada, sea monopolio de los privatistas, pues incluso puede hablarse, a pesar de las resistencias que pueda generar esta expresión, de la existencia de un derecho de sociedades público.

#### 1.1.1. La huida del derecho administrativo y la aplicación del derecho privado al Estado empresario

El Estado, dependiendo del modelo que adopte y, sobre todo, de las finalidades que lo inspiran, acude constantemente a la aplicación de reglas y principios del derecho privado, tal como ocurre, por ejemplo, con las sociedades de participación mixta e incluso con entidades en las cuales el ente estatal es el único inversor<sup>40</sup>.

Debe señalarse que dicha metodología no es novedosa: desde antes de la expedición del Código de Comercio se utilizó la remisión a la normativa de derecho privado<sup>41</sup>, tal como sucedió con las sociedades de economía mixta e incluso las empresas industriales y comerciales del Estado. Es más, en la codificación mercantil es clara la normativa al prescribir que en materia de sociedades de economía mixta en lo no previsto "en los artículos precedentes y en otras disposiciones especiales de carácter legal, se aplicarán a las sociedades de economía mixta, y en cuanto fueren compatibles, las demás reglas del presente libro", lo que en el fondo constituye la aplicación del derecho de sociedades contenido en el libro II de la mencionada codificación<sup>42</sup>.

40 Es el caso de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios cobijadas por la remisión que el artículo 19.15 de la Ley 142 de 1994 hace al régimen de las sociedades anónimas.

41 Me refiero fundamentalmente a la reforma administrativa de 1968, llevada a cabo durante el gobierno del presidente Carlos Lleras Restrepo.

42 Artículo 468, Código de Comercio.

Esta huida del derecho público se profundizó posiblemente con la expedición de la Ley 489 de 1998 que contiene constantes remisiones al derecho privado, tal como ocurre con las empresas industriales y comerciales del Estado<sup>43</sup> y, en general, en la perspectiva constitucional con fundamento en el artículo 210 de la Constitución Nacional, posición en la cual la jurisprudencia ha mencionado la aplicación del derecho privado en algunas actividades, especialmente empresariales, del Estado<sup>44</sup>.

Otro tanto puede verificarse respecto de las asociaciones entre empresas industriales y comerciales del Estado, y respecto de las sociedades entre entidades públicas, a las cuales de conformidad con la Ley 489 de 1998 se les aplica, salvo las reglamentaciones especiales que se expidan, el derecho privado<sup>45</sup>. Esta realidad consistente en que el derecho público remita para la disciplina de la gestión de asuntos estatales al derecho privado tiene que ver mucho con la descentralización, lo cual indica claramente que la mencionada huida del derecho administrativo es producto de la necesidad de contar, especialmente en el plano empresarial, con la libertad y, si se quiere, autonomía privada con que cuentan los sujetos privados. En últimas, se trata de una valiosa herramienta que logra obtener para el empresario estatal condiciones equivalentes a las que tienen los empresarios privados.

En el fondo, el fenómeno que comentamos no es nuevo: derecho administrativo y derecho privado han coexistido desde hace tiempo, y por lo tanto no puede manifestarse que nos encontramos ante una novedad que replantea la relación entre los derechos público y privado. Es claro que es posible que, considerando que el derecho administrativo se aplica a las actuaciones típicas de la Administración, tal como acontece con los actos de autoridad, no sería tal respecto de actividades que normalmente no serían de la esencia del Estado, tal como acontece, por ejemplo, con la actividad empresarial

43 Ley 489 de 1998 que señala que estas entidades, que en sustancia son empresas unipersonales estatales, "son organismos creados por ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley". Es pertinente indicar que estas entidades ostentan personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera, y capital independiente, sin perjuicio de que este se encuentre representado en participaciones como acciones, por ejemplo. Igualmente están protegidas por las normas relativas a la reserva comercial referida, por ejemplo, a los secretos industriales y con fundamento en el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, y sus actos y contratos se disciplinan por el derecho privado. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado, al estudiar su naturaleza con fundamento en la Ley 489 de 1998, que estas entidades tienen ánimo de lucro. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4782-2018 del 31 de octubre de 2018.

44 Corte Constitucional, Sentencia C-691 del 5 de septiembre de 2007.

45 Artículo 94, Ley 489 de 1998. Véase Corte Constitucional, sentencia C-691 de 2007.

en la que el Estado puede obrar en un régimen de competencia con los privados. En otros términos: es en el ámbito empresarial o, mejor dicho, en el mundo de lo comercial e industrial, en el que el ordenamiento nacional ha efectuado de forma prevalente la huida del derecho administrativo, en la que se observa, si se quiere, una armonía entre el régimen jurídico aplicable de matriz privada y la actividad de las diferentes entidades, tal como se evidencia en los artículos 85, 93 y 94 de la Ley 489 de 1998<sup>[46]</sup>.

Es pertinente indicar de todas maneras que la mencionada huida del derecho administrativo no significa una renuncia total a la aplicación del derecho público, pues al Estado con vestido de empresario le resultan aplicables de todas maneras normas de derecho público, tal como sucede, por vía de ejemplo, con los artículos 209 y 210 de la Constitución Nacional, o con la normativa disciplinaria, fiscal y penal aplicable a los funcionarios públicos y entidades públicas. En últimas, la denominada huida del derecho administrativo significa no un descarte total de dicha disciplina, sino su coexistencia con el derecho privado respecto del Estado empresario, de lo que resulta una adecuada combinación para lograr un equilibrio entre lo público y privado en el ámbito de la empresa pública e incluso privada.

Indudablemente la combinación derecho público-derecho privado, puesta precisamente por el primero, en mi opinión de forma imperativa, influye notablemente en la disciplina aplicable al grupo empresarial público que no estará sujeto exclusivamente en esta materia a lo dispuesto por la Ley 222 de 1995, sino también a normativa de matriz pública emanada tanto de la naturaleza y actividad de las distintas entidades involucradas en el grupo como de los recursos involucrados. Incluso podemos decir que el grupo empresarial privado también es escenario de la combinación a la que se alude, toda vez que al mismo se aplican, aunque en menor medida, normas de derecho público.

### 1.1.2. El Estado y su participación como empresario

Cuando el Estado, para el cumplimiento de sus fines, crea personas jurídicas para obrar como empresario, en el fondo lo que está haciendo, como ya lo sugerimos, es fundar instituciones públicas, lo que se observa mucho en el ámbito nacional respecto de las sociedades de participación mixta, las sociedades entre entidades públicas y las empresas comerciales e industriales del Estado. La creación de estas entidades no solamente equivale a la aceptación

46 En este sentido, véase David Andrés Serrano Salomón. "La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas", *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, n.º 34, 2015, pp. 2 y ss.

por parte del Estado del sistema de la economía capitalista, sino también la participación del ente estatal en dicho sistema<sup>47</sup>.

Esta participación del Estado en la vida empresarial conlleva, como ya vimos, la remisión efectuada por las mismas normas de derecho público a las normas mercantiles, lo que en nuestra opinión no convierte a las entidades creadas en sujetos de derecho privado y no implica, como se señaló, un sometimiento total de la persona jurídica creada al régimen de derecho privado.

El Estado colombiano se ve compelido, para el cumplimiento de sus fines, a tener una participación más activa en la economía, lo que implica para el Estado la necesidad de contar con instrumentos similares a los que tienen los privados cuando ejercen esa participación; es decir, requiere de la misma flexibilidad y, si se quiere, libertad para actuar de manera diligente en el mercado, y sobre todo lograr la eficiencia y la eficacia en el manejo de los recursos públicos<sup>48</sup>. Esta participación en el mercado por parte del Estado empresario puede de todas maneras, a pesar de estar inspirada en el interés público, afectar a los privados que concurren al mismo mercado. Esto, por la utilización de los recursos públicos que conlleva la empresa pública y la eventual eliminación de la competencia que podría configurarse cuando estamos en el escenario de contratos celebrados entre entidades públicas en las que una o varias de ellas tienen la naturaleza y la actividad de un empresario público<sup>49</sup>. A pesar de lo acabado de mencionar, el Estado debe intervenir mediante la expedición de normas jurídicas, de derecho público y de derecho privado, y también mediante su presencia activa en la actividad empresarial, fundamento mismo de la existencia de la empresa pública.

La empresa pública actual, propia del Estado social de derecho previsto en nuestra carta política, conlleva no solamente que el Estado empresario intervenga únicamente en los sectores, económicos o geográficos, a los cuales la empresa privada no puede o quiere llegar, sino que, por el contrario, implica la concurrencia con los privados en los mercados. Esta competencia no desnaturaliza la razón de la existencia del Estado empresario: el interés general. Es decir, la realización de los fines del Estado<sup>50</sup> es la causa impul-

47 Manuel Broseta, "Las empresas públicas en forma de sociedad anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XLI, n.º 1000, 1966, p. 268.

48 Manuel Alberto Restrepo Medina, "La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 4, n.º 2, 2002.

49 Xabier Añoveros Trias de Bes, "La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal pública", en AA. VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid: McGraw Hill, 2002, p. 3747.

50 El artículo 2.º de la Constitución Nacional establece: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y

siva que inspira al Estado en la constitución de personas jurídicas que, en condición de empresario, realizarán una actividad económica organizada, es decir la empresa pública.

Lo acabado de indicar implica aceptar claramente que el empresario estatal es el más llamado a dar cumplimiento a la función social de la empresa<sup>51</sup>, pues este tipo de empresario, particularmente en las actuales circunstancias, es el más idóneo para la creación de empleo, la protección de los recursos naturales, la producción y el suministro de bienes y servicios a la comunidad, etc.

Un reflejo de la necesaria intervención del Estado en la economía es la existencia de la empresa pública ejercida por el empresario estatal, es decir, una persona jurídica de derecho público constituida por el ente estatal para el cumplimiento de sus fines. En armonía con lo acabado de indicar, la empresa pública puede ser definida como una actividad económica organizada ejercida por personas jurídicas de derecho público que, por tal razón, tendrán la calidad de empresarios, tal como ocurre con las entidades descentralizadas en el ámbito nacional, como, por ejemplo, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de participación mixta, las empresas de servicios públicos mixtas y oficiales, y las sociedades entre entidades públicas, todas ellas expresión de lo que en este escrito hemos denominado Estado empresario.

## 2. CONCEPTO DEL GRUPO EMPRESARIAL PÚBLICO

Teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse entonces que el grupo empresarial público es una empresa ejercida por varios sujetos de derecho público bajo la dirección unitaria o unidad de propósito y dirección de uno o varios sujetos de igual naturaleza. En términos concretos, puede decirse que nos encontramos ante una sola empresa ejercida por sujetos de naturaleza pública, sin que sea por tanto incorrecto utilizar la expresión empresa pública de grupo. Esta empresa pública de grupo se fundaría en los mismos elementos a

cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Corte Constitucional, sentencia C-885 de 2007.

51 Artículo 333, Constitución Nacional. Se resalta que la función social de la empresa se enmarca en una economía social de mercado. Véase jurisprudencia reciente en Corte Constitucional, sentencia C-063 del 18 de diciembre de 2021. También, del mismo tribunal, sentencia C-088 del 19 de septiembre de 2018.

los que se ha hecho alusión: personalidad jurídica de sus integrantes, la subordinación o el control y el ejercicio de la unidad de propósito y dirección.

La definición propuesta a pesar de fundarse en la Ley 222 de 1995 dirigida a incorporarse en el libro de nuestra codificación mercantil dedicado a las sociedades comerciales, es una definición que tiene un carácter mucho más general que la definición estricta del grupo de sociedades, esto por cuanto parte de acoger un hecho incontrastable en el mundo de la empresa: la participación, cada vez mayor, de personas jurídicas no societarias en la actividad económica organizada. En efecto, en los grupos públicos pueden participar como matriz o como subordinadas, tal como acontece con las empresas industriales y comerciales del Estado, personas jurídicas no societarias. En otras palabras: la generalidad de la definición propuesta, que parte de concebir al grupo como grupo empresarial y no exclusivamente como grupo de sociedades, es armónica con la existencia del grupo empresarial público. Esto, en la medida de que pueden participar no solamente las sociedades entre entidades públicas, las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos mixtas por acciones, sino incluso también otro tipo de personas jurídicas de derecho público que no tienen naturaleza societaria, tal como sucede, se reitera, con las empresas industriales y comerciales del Estado, las entidades territoriales, corporaciones autónomas regionales, etc.

Todo lo acabado de señalar es consecuencia de un modelo de Estado social de derecho en el cual el ejercicio de la empresa no es exclusivo de los sujetos de derecho privado, sino que el ente estatal, para el cumplimiento de su misión, se viste de empresario para el logro de los fines del Estado. Por ello tiene también la opción de organizarse como grupo empresarial, totalmente público o incluso con la participación de particulares en las sociedades de participación mixta<sup>52</sup>. De esta forma, no puede desconocerse que

52 Las sociedades de participación mixta serían dos en el ordenamiento jurídico colombiano: las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, que de conformidad con el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 son entidades descentralizadas. En cuanto a las primeras tenemos que tienen previsión legal tanto en el Código de Comercio como en el derecho público. Así, el artículo 461 de la codificación mercantil señala: "Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario". Por su parte, el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establece: "Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley". De otra parte, encontramos las empresas mixtas de servicios públicos definidas por el artículo 14.6 de la Ley 142 de 1994 como aquellas "en cuyo capital la nación, las entidades descentralizadas de aquella tienen aportes iguales o superiores al 50 %". No puede considerarse entonces que las empresas mixtas de servicios públicos domiciliarios sean sociedades

en nuestro país existen importantes grupos empresariales estatales, como sucede, por ejemplo, con Empresas Públicas de Medellín, Grupo Energía de Bogotá y Ecopetrol.

En esa medida es claro que la naturaleza pública de algunos grupos empresariales confirma que en materia de grupo empresarial, a pesar de que la temática en general está ubicada en una ley reformativa del libro del Código de Comercio dedicado a las sociedades comerciales, el derecho de sociedades puede ser catalogado como insuficiente, por lo menos si dejamos de lado la posibilidad de la existencia de un derecho público de sociedades, eventualidad que de ninguna manera es desdeñable<sup>53</sup>. En otros términos: en la disciplina jurídica del grupo empresarial, público o no, confluyen normas pertenecientes a diferentes áreas de la ciencia jurídica, como por ejemplo el derecho de la competencia<sup>54</sup>, el derecho concursal<sup>55</sup>, la normativa contable

de economía mixta, esto por cuanto se trata de sociedades comerciales diferentes, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-736 de 2007, de la siguiente manera: "La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la corporación, y por lo dicho, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas que señalan las particularidades de esta actividad". En esta misma providencia, la Corte también indicó: "Distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a sí las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no son sociedades de economía mixta. Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta es contraria a la Constitución".

- 53 Es indudable la existencia de lo que podríamos denominar un derecho público de sociedades, más aún cuando existen en nuestro derecho positivo normas jurídicas de derecho público que disciplinan en esencia temas societarios. Por ejemplo, el Estatuto Orgánico del Sector Financiero, la Ley 964 de 2005, la Ley 226 de 1995, la Ley 142 de 1994, etc. Son normas de derecho público que disciplinan temas societarios, sin dejar de lado, claro está, el artículo 60 de la Constitución Nacional. En la actualidad es inconcebible, en opinión del suscrito, concebir el derecho de sociedades como un fenómeno exclusivo del derecho privado. Véase Friedrich Kübler, *Derecho de sociedades*, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 33.
- 54 Juan Ignacio Ruiz, *El privilegio del grupo*, Valencia: Tirant lo Blanch - Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, 1999, pp. 71 y ss.
- 55 En materia de grupos e insolvencia, véase Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001. Igualmente, véase de Juana Pulgar Esguerra, "El concurso de sociedades integradas en un grupo", en *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, t. I, Navarra, Aranzadi: Thomson Reuters, 2011, pp. 447 y ss.

y en los grupos públicos el derecho público, principalmente en su forma de derecho administrativo<sup>56</sup>, etc.

El grupo empresarial público, así definido, no es ajeno a lo que se denomina y se trató brevemente como huida del derecho administrativo, por lo que es claro entonces que en la empresa pública de grupo conviven el derecho público y el derecho privado, es decir, está presente la combinación a la que se aludió en páginas anteriores, sin que la mayor o menor cantidad de normativa de derecho público susceptible de aplicación elimine la categoría de grupo empresarial público. Lo que sí es cierto es que, así nos encontremos ante la figura del grupo empresarial, el carácter público de las personas jurídicas que ejercen la empresa de grupo estatal puede incidir en los pilares que se mencionaron cuando se propuso páginas atrás la definición de grupo: la independencia jurídica de los integrantes de la empresa de grupo, el control o la subordinación, y la unidad de propósito y dirección. Dicha incidencia no puede sustraerse de la esencia que el derecho positivo exige para la configuración del grupo empresarial, es decir, si bien puede existir la aplicación de algunas normas o interpretaciones que inciden en la materia del grupo público, es claro que este para que sea tal debe ser en sustancia un grupo empresarial.

Puede concluirse que el grupo empresarial público es un conjunto de entidades públicas, fundamentalmente sociedades, subordinadas a una persona jurídica de derecho público que ejerce sobre aquellas unidades de propósito y dirección con el objetivo de dar cumplimiento a los fines del Estado, siendo la dirección unitaria o unidad de propósito y dirección un elemento mucho más sustancial que el de la simple subordinación por cuanto esta se supone y debe ser ejercida en el ámbito de lo público. Esta definición implica que es necesario admitir que las entidades públicas que integran un grupo público empresarial deben ostentar personalidad jurídica, es decir ser sujetos de derecho, ya sea que participen en el extremo de la dirección unitaria o como subordinadas de la matriz o *holding* pública.

Es claro entonces que la influencia de la carta política y del derecho administrativo en la conformación y funcionamiento de los grupos públicos empresariales es cardinal, y que en esta materia el derecho de sociedades muestra de nuevo sus falencias para recepcionar con una inexistente autosuficiencia el fenómeno de los grupos empresariales. En efecto, la razón de ser del grupo público empresarial es sin duda dar cumplimiento efectivo a los fines del Estado previstos en el artículo 2.º de la Constitución Política, y

56 Véase AA. VV., *Reestructuración de empresas y grupos. Reflexiones contables y jurídicas*, Madrid: Wolters Kluwer, 2018.

no el mero y único ánimo de lucro que inspira la misma figura en el ámbito de la empresa privada<sup>57</sup>.

## 2.1. ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL GRUPO EMPRESARIAL PÚBLICO

Señalamos en la parte final del literal anterior que, si bien el grupo público conlleva particularidades propias derivadas de su naturaleza, el concepto se basa en los tres fundamentos que se mencionaron de la definición proporcionada por el derecho de sociedades, esto es la pluralidad jurídica, la subordinación o control, y la unidad de propósito y dirección.

Estos fundamentos de la definición de grupo empresarial tienen tratamiento u origen en el derecho privado, lo cual refleja, una vez más, que el derecho administrativo y, en general, el derecho público en materia de la actividad empresarial por parte del Estado se vale de figuras propias del ámbito *iusprivatista*, se esté o no de acuerdo con dicha utilización, pues de todas maneras puede generarse que por dicha vía se evadan requisitos previstos en el derecho público para la protección de intereses generales<sup>58</sup>.

Es evidente que en esa "huida" hacia el derecho privado sobresale el régimen de contratos de entidades públicas, ya sea por vía general como lo establecen, por ejemplo, los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, o por su naturaleza específica como, por ejemplo, ocurre con el régimen contractual de las empresas de servicios públicos mixta y oficiales con fundamento en el artículo 31 de la Ley 142 de 1994. Igual mención merece la utilización de la normativa societaria, especialmente la referida a la sociedad anónima, como por ejemplo la remisión a la normativa societaria que hacen la misma Ley 142 de 1994 en su artículo 19.15, o la Ley 489 en sus artículos 94 y 97 referidos a las sociedades entre entidades públicas y las sociedades de economía mixta, respectivamente.

En materia de la empresa de grupo pública encontramos entonces una profundización de la utilización del derecho privado por parte del Estado que se vale de dicha herramienta para lograr los fines que el mismo persigue y que están consignados fundamentalmente en el artículo 2.º de la carta política. En efecto, la pluralidad jurídica alude necesariamente a la personalidad jurídica, tema que ha tenido mayor desarrollo reciente en el ámbito del derecho de sociedades; el control y la subordinación, fundamentalmente

57 Sobre una definición de grupo público pero dirigida principalmente a al grupo público conformado primordialmente por sociedades de capital, véase Mercedes Fuertes, *Grupos públicos de sociedad*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 72 y ss.

58 Pedro Batalla y Carolina Bravo, "El desarrollo de actividades empresariales por la Administración: La instrumentalización de las formas del derecho privado. Breves notas sobre la 'huida del derecho administrativo' y las sociedades públicas en los sistemas colombiano y español", *Iustitia*, n.º 8, 2010, pp. 217 y ss.

societario, ha tenido también un estudio especial en el marco del tema societario, obviamente sin perjuicio de la normativa de derecho público sobre la materia; y respecto de la unidad de propósito y dirección o dirección unitaria, se trata de un requisito introducido por la Ley 222 de 1995 sin perjuicio de que tenga su espejo en el derecho público a propósito de lo señalado por el artículo 41 de la Ley 489 de 1998 sobre la orientación y control de las entidades públicas.

Pues bien, el control o subordinación y la unidad de propósito y dirección contenidos en la Ley 222 de 1995, aplicable por la denominada "huida del derecho administrativo", son predicables también de las entidades públicas que participan en la empresa pública de grupo, particularmente las entidades públicas que tienen la naturaleza jurídica de sociedades de economía mixta y, contrario a lo que señala la Superintendencia de Sociedades en una opinión no muy reciente, respecto de las empresas industriales y comerciales del Estado<sup>59</sup>.

### 2.1.1. La pluralidad jurídica

Característica, a nuestro juicio fundamental, del grupo empresarial, es su ambivalencia: mientras que desde la orilla económica puede ser considerado como una sola empresa, desde la perspectiva del derecho el criterio es la pluralidad, motivo por el cual se señaló que el grupo es, en general, una sola empresa ejercida por varios empresarios, definición para la cual es indiferente la naturaleza pública o privada de la empresa de grupo.

Entonces puede decirse que una característica o elemento clave de la existencia del grupo público empresarial es la participación de por lo menos dos personas jurídicas independientes, lo que significa que las integrantes deben ostentar su propia personalidad jurídica, la cual se profundiza en el escenario del grupo empresarial público, pues toda persona jurídica de derecho público debe, para su nacimiento, ser creada por la ley o contar con la autorización de la misma. Es decir, debe haber una norma jurídica emitida, según el caso, para los ámbitos nacional, departamental, municipal o distrital,

59 Superintendencia de Sociedades, oficio 100-56079 del 16 de septiembre de 1998. En este interesante concepto, la entidad manifiesta que el Estado puede ser parte no solamente de relaciones de control o subordinación, sino que también puede integrar grupos empresariales. Señala que pueden existir matrices o controlantes de naturaleza pública, de conformidad con las innovaciones incorporadas por la Ley 222 de 1995, sino que también pueden ser subordinadas o controladas cuando la entidad pública tiene naturaleza societaria más no cuando carece de dicha naturaleza. En lo que concierne a las empresas industriales y comerciales del Estado, se discrepa de dicha posición por cuanto la remisión que se hace al derecho privado incluye las relaciones de subordinación respecto de esta clase de entidades que, si se miran con atención, se corresponden con la empresa unipersonal de naturaleza estatal.

que cree o autorice el nacimiento de la respectiva persona jurídica de derecho público, lo cual es plenamente coherente con la descentralización prevista en la Constitución Nacional y en la Ley 489 de 1998<sup>[60]</sup>. Es más, al tratarse Colombia de una república unitaria descentralizada puede concluirse que el grupo empresarial público surge precisamente de la descentralización necesaria para atenuar el carácter central del Estado, que debe hacer presencia en todos los escenarios en los que los fines del mismo Estado reclama.

En cuanto a la pertinencia del concepto de personalidad jurídica en el derecho público, se considera que, en primer término, el mismo tendría para efectos del grupo empresarial público la misma entidad que ostenta en el derecho privado, esto por la remisión que hace el mismo derecho público (la citada Ley 489 de 1998, por ejemplo) frente al régimen legal aplicable a algunas entidades descentralizadas, en particular las que tienen naturaleza societaria, como por ejemplo las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas y, como no, las sociedades públicas. En segundo término, doctrina autorizada admite que el concepto de personalidad jurídica en el derecho administrativo se funda en gran parte en la evolución de este instituto en el derecho privado, sin perjuicio de las particularidades que la disciplina de los intereses en juego impone, sobre todo para algunos en consideración de un mayor carácter instrumental que sustancial del concepto de personalidad jurídica<sup>61</sup>.

La admisión del concepto de personalidad jurídica juega un rol fundamental en materia del grupo empresarial público: a cada una de las personas morales que lo integran se le imputan sus derechos y obligaciones, esto por contar con patrimonio propio, y, como si ello fuera poco, a cada sujeto

60 Artículo 68, Ley 489 de 1998: "Son entidades descentralizadas del orden nacional los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objeto principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado aun cuando gozan de autonomía administrativa están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas. Las entidades descentralizadas se sujetan a las reglas señaladas en la Constitución Política, en la presente ley, en las leyes que las creen y determinen su estructura y a sus estatutos internos". En esta materia no puede perderse de vista que el artículo 1.º de la Constitución Nacional establece "Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista". Sobre el concepto de descentralización, véase Corte Constitucional, sentencia C-727 del 21 de julio de 2000.

61 Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 239 y ss.

moral se le adjudican las actuaciones y decisiones de sus órganos. En otros términos: la personalidad jurídica de las entidades de derecho público conlleva, como en el derecho privado, la separación de patrimonios entre el o los constituyentes de la persona moral y esta, lo que supone, por lo tanto, que las obligaciones y derechos que contraiga y adquiera la persona jurídica se le imputan a su propio patrimonio, al igual que ocurre con las obligaciones y derechos contraídas y adquiridos que se reflejarán exclusivamente en el patrimonio de sus constituyentes. Así, cuando la persona jurídica de derecho público se obliga el o sus constituyentes no se estarán obligando y viceversa, lo cual es perfectamente útil en materia del grupo empresarial. Es más, la separación o división patrimonial a la que se alude protege el mismo interés de la persona jurídica estatal y por ende defiende la prenda general de sus acreedores, sin dejar de lado que la desestimación tiene el mismo carácter excepcional y exigente que la jurisprudencia ha señalado en ya varios pronunciamientos.

De esta forma puede señalarse que se estructura no solamente lo concerniente a la conformación del grupo empresarial estatal proveniente de una pluralidad de personas jurídicas de derecho público, sino que también se adjudica el control y la propiedad de participaciones en el capital de las subordinadas sin dejar de lado que, en muchas ocasiones, la unidad de propósito y dirección proviene precisamente de decisiones y actuaciones de los órganos de la matriz estatal que son recibidas por los órganos de las subordinadas.

Se reitera que la personalidad jurídica en esta materia produce el efecto referido a la separación patrimonial, motivo por el cual no pueden confundirse los patrimonios de los asociados de carácter público y la sociedad con participación pública<sup>62</sup>, o el de la entidad bajo cuya tutela se encuentra una empresa industrial y comercial del Estado con el de esta, lo que debería tener un efecto procesal importante en la práctica judicial. Asimismo, protege el patrimonio del mismo ente moral por cuanto las vicisitudes patrimoniales de las entidades públicas accionistas, con particular referencia a las sociedades que tienen participación pública (sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicas y oficiales y las sociedades públicas), no se trasladan a la sociedad participada, argumento que vale también para la empresa industrial y comercial del Estado subordinada<sup>63</sup>.

Estos beneficios derivados de la personalidad jurídica, fundamentados básicamente en el efecto consistente en que los hechos y omisiones de una

62 Joaquín Garrigues, *Curso de derecho mercantil*, t. II, Bogotá: Temis, 1987, pp. 44 y ss.

63 Sobre esta función de la personalidad jurídica, véase Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "What is Corporate Law?", en AA. VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford: Oxford University Press, 2004.

persona jurídica de derecho público que conforma un grupo empresarial estatal no se imputan a las demás integrantes de la estructura grupal, son fundamentales para la empresa pública, empezando por el factor consistente en que de esta forma se preserva el patrimonio público, sin dejar de lado el logro de la especialización propia de los grupos empresariales. En concreto: las situaciones jurídicas, contractuales o no, de cada persona jurídica pública se imputan en principio a ella, sin vincular, para bien o para mal, a las demás integrantes de la empresa de grupo pública, lo que es coherente con que la existencia de cada una de ellas, por normativa imperativa, debe tener una justificación y unos objetivos claramente determinados exigidos por la ley y en general por los principios de la actuación administrativa previstos en el artículo 209 de la carta política. Esto es algo muy compatible entonces con la especialización del objeto de cada persona jurídica de derecho público que permitirá que cada una se dedique, dentro de la empresa de grupo pública, a la fase o actividad que le corresponde según determine la matriz, también pública, en ejercicio de la unidad de propósito y dirección que, como puede colegirse, deberá respetar la norma de creación o que autoriza la constitución de cada subordinada.

No sobra señalar que si bien la personalidad jurídica en el derecho público podría tener, según doctrina citada, un perfil más instrumental que sustancial, posición que por cierto no compartimos, es claro que el Estado, para el caso colombiano la nación, ostenta personalidad jurídica y que, dentro del mismo ente estatal, por cierto, si se quiere aparte de ese gran ente moral, existen otros institutos a los que la ley expresamente les atribuye, como requisito de su esencia, el atributo de la personalidad jurídica, sin atenuaciones y con plenos efectos. En nuestra opinión, la personalidad jurídica, tanto en el derecho público como en el derecho privado no tiene ese carácter tan instrumental, pues es claro que en ambos sectores del derecho las personas jurídicas se crean para un fin, ya sea para cumplir los fines del Estado o para la realización de intereses particulares, sin que por ese motivo pueda considerarse que la personalidad jurídica es por ello exclusivamente un mero instrumento, pues cada vez más es claro que ella tiene su propio interés hasta el punto de considerar espurios los actos que son contrarios al mismo.

Lo acabado de indicar puede englobarse señalando que la remisión que se hace al derecho privado, que en el ámbito de los expertos en derecho público se denomina como la huida hacia el derecho privado o del derecho administrativo, tiene efecto tanto en la concepción de la personalidad jurídica de las entidades públicas que ejercen la actividad empresarial e industrial, como en las consecuencias de dicha personificación, lo que implica entender que dicha personificación, que en el caso de las mencionadas entidades proviene de manifestación expresa de norma imperativa y por ende constituye una imposición de la ley, tiene connotación sustancial y no un mero

carácter instrumental, lo cual indudablemente conlleva de los operadores jurídicos el respeto por la personalidad jurídica de los empresarios públicos.

En estos términos debe aplicarse el instituto de la desestimación de la personalidad jurídica, es decir, considerando que el mismo es de aplicación excepcional cuando se cumplen de manera estricta los presupuestos que exige la normativa de derecho privado para su aplicación en un caso concreto dentro del ámbito societario y no como una regla general por tratarse de sujetos de derecho público<sup>64</sup>.

Así, para desestimar la personalidad jurídica de un empresario público, que ostenta su condición de ente moral por expresa disposición de normas imperativas de derecho público, se debe partir del carácter excepcional y exigente de dicha medida judicial, pues en esta materia la remisión al derecho privado no hizo distinción o excepción alguna, lo que, desde esta perspectiva, supone que la imputación directa de hechos, actos o contratos realizados por dichos sujetos de derecho público no tienen una razón legal, en el ámbito de la figura del grupo público empresarial, para ser imputados directamente a la matriz de la empresa de grupo pública. Esto, pues las actuaciones de las subordinadas no implican ni vinculan a la matriz, es decir a la entidad pública, de cualquier naturaleza, que ejerce como cabeza de grupo la unidad de propósito y dirección.

Es más, habida cuenta de las exigencias que consagra el derecho público para la procedencia de la creación de una persona jurídica estatal, dentro de las que se destaca su creación misma por norma jurídica (ley, ordenanza o acuerdo) o con su autorización, es casi que inviable jurídicamente invocar su creación fraudulenta o con la intencionalidad de causar perjuicios, lo que indica que la desestimación podría más bien encaminarse mediante acciones judiciales previstas en el derecho público dirigidas a la inconstitucionalidad de la ley o la nulidad de la ordenanza o del acuerdo, y no por el simple ataque a la personalidad jurídica misma del respectivo ente público.

Es pertinente indicar también que en tratándose de la sociedad por acciones simplificada, que se personifica jurídicamente mediante la inscripción del respectivo documento constitutivo en la Registro Mercantil<sup>65</sup>, es posible

64 Sobre la desestimación de la personalidad jurídica, la Superintendencia de Sociedades ha desarrollado una línea jurisprudencial que se funda en un entendimiento de la figura como la solución más gravosa que puede existir cuando se utiliza indebidamente la personificación jurídica societaria, motivo por el cual se exige una elevada carga probatoria. Pueden verse sentencias importantes en esta materia emanada de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles, como por ejemplo las que se distinguen con los números 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, 80100015 del 15 de marzo de 2013, 801-23 del 24 de mayo de 2013, 800-55 del 16 de octubre de 2013, 800-97 del 12 de octubre de 2016, 2018-01320178 del 12 de julio de 2018 y la 2019-01-301633 del 9 de agosto de 2019, entre otras.

65 Artículo 2.º, Ley 1258 de 2008.

atacar la personificación contravirtiendo el acto administrativo de inscripción emitido por la correspondiente Cámara de Comercio que, como se sabe, en esta materia cumple una función pública que por lo tanto está sometida a los distintos medios de control. Incluye el ataque de los actos administrativos que emiten las cámaras de comercio en cumplimiento de dicha función tanto por la vía gubernativa como jurisdiccional. Esta posibilidad se extiende, claro está, a las sociedades por acciones simplificadas participadas por el Estado de forma mixta o con accionariado totalmente público<sup>66</sup>.

Para concluir, la personalidad jurídica de cada uno de los sujetos de derecho que integran el grupo empresarial público debe ser entendida y aceptada, por lo menos, con la misma intensidad que tiene en el derecho privado, pues de lo contrario la empresa pública de grupo se encontrará en desventaja frente a sus competidores en el mercado, esto por una injustificada mayor exposición de la matriz o cabeza de grupo pública. Es más, puede decirse que la personalidad jurídica de las entidades o instituciones públicas que integran un grupo público empresarial tiene un carácter mucho más sustantivo y, por ende, más robusto por cuanto su creación o la autorización para su nacimiento se dispone en normativa de carácter imperativo.

Y es que la personalidad jurídica de las entidades públicas que conforman el grupo empresarial público es más fuerte si se considera que cada una de ellas debe tener su propio patrimonio, su autonomía financiera y administrativa, y su propia personalidad jurídica, lo que implica honrar normas de obligatorio cumplimiento, por cada sujeto del grupo, de las normas presupuestales, fiscales, etc., que las cobijan, sin que pueda decirse, por ejemplo, que por ser un grupo público tienen un solo presupuesto o conforman un solo patrimonio para efectos de imputación obligacional. Habida cuenta de lo anterior, incluso puede manifestarse que el requisito de la pluralidad jurídica se concreta con mayor nitidez por parte del grupo empresarial público que en su similar del ámbito privado y que las conductas que pongan en duda dicha pluralidad tienen una mayor incidencia (penal, disciplinaria y fiscal), por su carácter irregular, en la empresa pública de grupo.

### 2.1.2. La subordinación o control

El control o subordinación, como se ha venido señalando, es un elemento esencial para la configuración del grupo empresarial, público o privado, sin dejar de lado que, tal como lo ha incluso mencionado la jurisprudencia del Consejo de Estado, no puede hablarse de la existencia de un grupo empresarial

66 Corte Constitucional, sentencia 091 del 26 de febrero de 1997. También la sentencia 1142 del 30 de agosto de 2000.

sin la previa subordinación o control, mientras que sí es posible que se presente dicha subordinación sin que se materialice el grupo empresarial<sup>67</sup>.

En cuanto a lo que se genera cuando se presenta la subordinación, la Corte Constitucional señaló que "pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos"<sup>68</sup>.

Es indudable que, en 1995, el Legislador, si se quiere con independencia de la concreta institución del grupo empresarial, amplió y profundizó la disciplina del control o subordinación. Así, al delinear sus aspectos más importantes, se dejó de exigir para la existencia de la relación de subordinación el requisito de la matriz de ser una persona jurídica societaria, pues matriz podrán ser las personas jurídicas (de cualquier naturaleza) y las personas naturales, sin dejar de lado que la definición misma propiciaría la existencia de lo que la Superintendencia de Sociedades denomina *control conjunto*<sup>69</sup>. Ahora bien, en la perspectiva privatista, el control se entiende como una situación en la cual "una persona natural o jurídica tiene la capacidad de ejercer una influencia de dominancia sobre una o varias personas jurídicas de tal manera que se pueda formar y ejecutar la voluntad decisiva de las sociedades sometidas al control o dominio"<sup>70</sup>. Dicha definición la compartimos en la medida en que acepta que cualquier persona jurídica pueda ser subordinada, pero que, precisamente por ello, no se adaptaría al precepto legal en la materia<sup>71</sup>.

67 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, pronunciamiento de septiembre 24 de 2019 ante consulta elevada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

68 Corte Constitucional, sentencia 510 de 1997.

69 Para la Superintendencia de Sociedades, el control conjunto se presenta "cuando una pluralidad de personas controla una o más sociedades, manifestando *una voluntad de actuar en común* distinta de la *affectio societatis*, mediante circunstancias tales como la participación conjunta en el capital de varias empresas, la coincidencia en los cargos de representación legal de las mismas, la actuación 'en bloque' en los órganos sociales, etc.". Superintendencia de Sociedades, concepto n.º 11460 del 17 de febrero de 2000. Más reciente pueden verse los oficios 115-010549 del 2 de febrero de 2017, 115-036029 del 26 de abril de 2019, 220-200540 del 15 de octubre de 2020 y 220-015739 del 19 de febrero de 2021.

70 Javier Francisco Franco Mongua y Diego Fernando Rey Guerrero, "El control societario en Colombia: La internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales", *Con-texto*, n.º 48, 2017, pp. 59 y ss.

71 Artículo 260, Código de Comercio, reformado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995.

Con fundamento en la guía que en su momento publicó la Superintendencia de Sociedades, el control consiste en que el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas<sup>72</sup>. Ahora bien, en la Circular Básica Jurídica expedida por la mencionada entidad brilla por su ausencia, tal como sucedería respecto de la unidad de propósito y dirección, un concepto o una definición de control. No obstante la carencia de una definición, es claro que el concepto de control involucra que el poder de decisión de la persona jurídica societaria se encuentre sometido a la voluntad o influencia dominante de la matriz o controlante, que puede ser o no de conformación plural. Esto, a pesar de la independencia jurídica de la controlada, pues la existencia de la subordinación no pone en duda, de forma automática, la personalidad jurídica de los sujetos entre los que existe el vínculo de control o subordinación, sino más bien todo lo contrario, es decir, que el control parte de la existencia de por los menos dos sujetos: el controlante y el controlado.

La legislación colombiana acude a suministrar una noción de control<sup>73</sup>, evitando posiblemente la búsqueda de un concepto específico que le cierre la puerta a la eventualidad de que cada área del derecho tenga su propia concepción en atención de los intereses en juego<sup>74</sup>. Esta metodología del Legislador se complementa con la herramienta de las presunciones, contenidas en el artículo 261 del Código de Comercio (modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995), que en el fondo constituyen indicios bajo los cuales puede atribuirse la posibilidad o la facultad de ejercer una influencia dominante por parte de la matriz sobre las sociedades subordinadas, lo que significa que incluso el ordenamiento no se adentra en la relevancia de la influencia que en sustancia debería existir para considerar la configuración de la subordinación o control, sino que, más bien, con la técnica de los indicios consagrados en forma de presunción, se presume la dependencia.

Si se quiere, cuando se examina la normativa del control incorporada en la Ley 222 de 1995, es decir su noción, las presunciones y en general los efectos de su configuración, se concluye que estamos ante normativa de peligro en el sentido de que se procura proteger al tráfico mercantil, a las

72 Superintendencia de Sociedades, Guía práctica de matrices y subordinadas.

73 Establece el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995: "*Subordinación*: 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, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria".

74 Tal como sucede, por ejemplo, con la noción de control para efectos del derecho de la competencia al tenor del artículo 45.4 del Decreto 2153 de 1992 y con el artículo 9.º de la Ley 1340 de 2009.

minorías y al mismo Estado de una figura que, de ser mal utilizada, puede ocasionar males difíciles de reparar.

El hecho consistente en considerar que el Legislador haya utilizado una metodología o perspectiva preventiva para prever la figura del control, no significa de manera alguna que este, de forma automática, sea espurio, pues la regla general es que se puede acceder y detentar el control de una o varias sociedades y las excepciones a dicha regla obedece más bien a políticas del Estado frente a sectores estratégicos de la economía, tal como sucede, por ejemplo, con el sector financiero o el sector energético.

En efecto, el control, por regla general, como instituto del derecho de sociedades, legitima una posición jurídica de la matriz para ejercer una heterodirección de las sociedades subordinadas<sup>75</sup>, sin que por ello la subordinación pueda ser asimilable a la unidad de propósito y dirección. Es más, puede decirse que el control es en el derecho nacional la concreción de la posición jurídico-económica por la cual el sujeto de derecho que tiene la condición de matriz ejerce la unidad de propósito y dirección, razón de más para ser considerado como una situación jurídica legítima.

Y es que si se miran las hipótesis de control presuntas en el ordenamiento colombiano puede llegarse a una conclusión en ese sentido, pues tanto el control por participación (artículo 261.1 del Código de Comercio) como el control por mayoría de votos o control interno de hecho (artículo 261.2 del Código de Comercio) parten del hecho de una posición de la matriz al interior de los órganos, si se quiere del máximo órgano, de las subordinadas, lo que arroja de legitimidad el ejercicio de los derechos que una posición de esa naturaleza entraña. En lo atinente al control externo o contractual (artículo 261.3 del Código de Comercio)<sup>76</sup>, la fuente de dicha legitimidad es el contrato mismo que, como se sabe, es fuente de obligaciones en nuestro ordenamiento jurídico<sup>77</sup>.

Resta hacer referencia a la relación existente entre el control con el grupo empresarial, pues, como se señaló, en nuestro ordenamiento es claro que puede existir el primero sin que se constate la existencia del segundo, mientras que, de conformidad con el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, no puede haber grupo sin la verificación previa del control o subordinación.

75 Piergaetano Marchetti, "Sul controllo e sui poteri della controlante", en AA. VV., *I Gruppi di società*, vol. III, Milán: Giuffrè, p. 1553.

76 Sobre este tipo de control, véase Emanuele Rimini, "Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione", en AA. VV., *I Gruppi di società*, vol. III, Milán: Giuffrè, pp. 1903 y ss.

77 Artículo 1495, Código Civil. Baste decir que el contrato estatal, o incluso los contratos entre entidades estatales, pueden servir como fuente de control o subordinación al tenor del artículo 261.3 del Código de Comercio.

Es claro que en la normativa nacional control y grupo empresarial son diferentes, esto al menos desde la perspectiva pura del derecho positivo que deja de lado la posibilidad de la existencia de los grupos por coordinación en los que el control no sería un presupuesto esencial. Esta distinción entre control o subordinación, y grupo empresarial se mantiene, a nuestro juicio, en el grupo empresarial público en el que el origen del control, como se verá a continuación, tendría una connotación más legal de derecho público y menos de índole tradicional mercantilista propia, en estricto sentido, del derecho de sociedades<sup>78</sup>.

Ahora, sobre las particularidades del control en el grupo empresarial público, es necesario señalar, como se especificó en páginas anteriores, que Colombia es un Estado unitario en el cual el concepto de descentralización juega un rol fundamental en el Estado social, lo que se compagina perfectamente con la normativa sobre la materia que exige que el Estado sea especialmente cuidadoso en este punto, pues la distribución de competencias en los diversos niveles de la administración juega un papel importante en la función administrativa. Es claro que los artículos 209 y 210 se relacionan bastante con la manera como el Estado, en el ámbito de la carta política, debe cumplir su misión, y esto es mediante la aplicación de los principios de descentralización, desconcentración y delegación<sup>79</sup>.

En cuanto a la descentralización, las entidades producto de la misma deben proceder de creación normativa, entendiendo que el fenómeno puede ser territorial, por servicios o por colaboración, lo que indica claramente que la Rama Ejecutiva del poder público tiene en la descentralización un instrumento fundamental para el cumplimiento de la función administrativa. Así las cosas, y con fundamento en la normativa sobre la materia, es claro que se tiene, de una parte, lo que podemos denominar el sector central de la administración pública al cual se encuentran adscritas o vinculadas las entidades públicas que conforman el sector descentralizado de la Administración pública nacional<sup>80</sup>; y, por el otro, el sector territorial en los niveles

78 Mercedes Fuertes, *Grupos públicos de sociedades*, op. cit., p. 83. Esta autora opina que, en los grupos públicos, el concepto determinante es la dirección unitaria que equivale a lo que en Colombia el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 llama unidad de propósito y dirección, sin que el control sea esencial en la perspectiva de los grupos públicos.

79 Artículos 209 y 210, Constitución Nacional. Sobre el concepto de descentralización, véase el artículo 7.º de la Ley 489 de 1998. En la jurisprudencia, Corte Constitucional, sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999 y sentencia C-727 del 21 de junio de 2000. En síntesis, la descentralización es un principio que permite trasladar asuntos, que serían competencia de la autoridad central, a otras autoridades a las que se confía el cumplimiento de ciertas funciones que, en su ejercicio, toma las respectivas decisiones. Más recientemente, véase la sentencia C-306 del 10 de julio de 2019.

80 Con fundamento en el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 se puede afirmar que la Rama Ejecutiva del Poder Público en el ámbito nacional se encuentra organizada de la manera

departamental y municipal<sup>81</sup>. Se tiene que en el sector nacional y en el departamental, municipal e incluso distrital existen el control jerárquico y el control de tutela, los cuales implican una subordinación mucho más intensa de aquella que se encuentra prevista en el Código de Comercio.

Esto significa que las entidades estatales que ejercen actividades industriales o comerciales, en últimas, empresarios públicos que ejercen la actividad económica organizada, es decir la empresa, a pesar de ostentar personería jurídica y autonomía financiera y administrativa, no son organismos o sujetos independientes totalmente en su actuar porque están sujetos al control por parte de la administración y particularmente de las entidades a las que se hallan vinculadas. De este modo, la normativa establece que en el nivel nacional "La orientación, control y evaluación general de las actividades de

que se indica a continuación: en primer término, el sector central está conformado por la Presidencia y la Vicepresidencia de la República, los Consejos Superiores de la Administración, los ministerios y departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica. En cuanto al sector descentralizado por servicios se tiene a los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, los establecimientos públicos, las superintendencias y unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos, los institutos científicos y tecnológicos, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta y las demás entidades nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. Ahora bien y conforme al artículo 39 de la Ley 489 de 1998, en el nivel territorial se proyecta prácticamente la misma organización, resaltándose que dicha norma establece que las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la administración en la perspectiva de los departamentos, municipios y distritos, con la particularidad de que dicha norma, en su inciso 4.º, dice textualmente que en el nivel territorial las demás entidades que les están adscritas o vinculadas y "cumplen sus funciones bajo sus orientación, coordinación y control". Particularmente sobre las empresas de servicios públicos domiciliarios y las sociedades de economía mixta, y sobre todo en materia del control de tutela que se ejerce sobre las entidades descentralizadas, véase Corte Constitucional, sentencia C-910 del 31 de octubre de 2007. En esta sentencia se señala que, si bien las entidades descentralizadas por servicios no están sometidas a un control jerárquico previsto para la administración centralizada, sí se encuentran bajo el denominado control de tutela por parte de las entidades a las cuales se encuentran vinculadas. En esta providencia se reitera la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que el artículo 115 de la carta política no es taxativo y que por ende las sociedades de economía mixta tienen su pertenencia asegurada a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Puede verse también en este tema la sentencia C-736 de 2007.

81 Ya en concreta referencia a las entidades descentralizadas del orden nacional y del orden departamental, municipal y distrital se remite a los artículos 68 y siguientes de la Ley 489 de 1998. Se mencionan especialmente las entidades cuyo objeto sea la realización de actividades industriales y comerciales. Se destaca en las sentencias de la Corte Constitucional citadas en pie de página anterior que se distingue entre administración centralizada y descentralizada.

los organismos y entidades administrativas corresponde al presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo. En el orden nacional los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les están adscritas o vinculadas o integren el sector administrativo correspondiente<sup>82</sup>.

Más allá de lo que ocurre en el nivel nacional, es claro, por ejemplo, que la integración de la dirección, en particular de las juntas directivas de las empresas industriales y comerciales del Estado se rige por lo previsto para los establecimientos públicos<sup>83</sup> y la previsión, en el orden nacional, de que la designación del gerente o presidente de dichas entidades es de libre nombramiento y remoción del presidente de la República<sup>84</sup>.

Como si lo anterior fuere poco, la normativa prevé en el artículo 94 de la Ley 489 de 1998 la asociación de empresas industriales y comerciales, estableciendo que se rigen por lo establecido en el respectivo acto de creación y por lo previsto en el Código de Comercio. Es interesante esta norma cuando preceptúa que se considera como filial de una empresa industrial y comercial del Estado cuando esta detente más del 51 % del capital total, sin dejar al margen que cuando existan varias entidades públicas que participen en el capital de la filial esta se organizará como sociedad de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio. Ahora bien y probablemente en el aspecto que despierta mayor interés frente al argumento de la subordinación, en el numeral 6.º de la norma se consagra con carácter imperativo el control administrativo sobre empresas filiales<sup>85</sup>.

En lo que concierne a las sociedades de economía mixta el artículo 98 de la Ley 489 de 1998 prevé expresamente que en el acto de constitución de estas compañías debe establecerse claramente lo referido a las condiciones de la participación del Estado y lo referido a su vinculación para el respectivo control que sobre esas sociedades debe ejercerse, sin dejar de lado

82 Artículo 41, Ley 489 de 1998.

83 Artículo 89, Ley 489 de 1998.

84 Artículo 91, Ley 489 de 1998. Sobre el libre nombramiento y remoción de dichos directivos, véase la sentencia C-599 del 24 de mayo de 2000.

85 Señala este numeral 6.º: "En el acto de constitución de una empresa filial, cualquiera sea la forma que revista, deberán establecerse los instrumentos mediante los cuales la empresa industrial y comercial del Estado que ostente la participación mayoritaria asegure la conformidad de la gestión con los planes y programas y las políticas del sector administrativo dentro del cual actúen". Corte Constitucional, sentencia C-953 del 1.º de diciembre de 1999.

que, según el párrafo del artículo 97 de la misma ley a las sociedades de economía mixta con participación igual o superior al 90 % del capital social les es aplicable la normativa sobre empresas industriales y comerciales del Estado, lo que supone indudablemente una mayor intensidad del control.

El control es más evidente cuando se señala en el artículo 99 de la misma Ley 489 de 1998 que la representación de las acciones del Estado en las sociedades de economía mixta corresponden al ministro o jefe de departamento administrativo al cual se encuentre vinculada la respectiva sociedad, sin dejar de lado que dicha representación, en caso de que el accionista sea una empresa industrial y comercial del Estado o un establecimiento público, estará a cargo del respectivo gerente o director, según el caso.

Para terminar de ilustrar desde el punto de vista normativo las particularidades propias del control o subordinación en el sector público como requisito para la conformación de la empresa pública de grupo, se tiene que el ordenamiento, también mediante la Ley 489 de 1998, establece expresamente el control administrativo<sup>86</sup>. En efecto, corresponde al presidente de la República, a los ministros y directores de los departamentos administrativos ejercer el control administrativo sobre los organismos y entidades que conforman la Administración pública, esto para que dichos organismos y entidades desarrollen su actividad en armonía con las políticas gubernamentales.

Es claro eso si el control administrativo no conlleva que las entidades y organismos sometidos al mismo deban obtener autorización o aprobación de sus actos por parte de los controlantes, salvo en los asuntos que conciernen al presupuesto. No puede dejarse de lado que en tratándose de empresas industriales y comerciales del Estado, así como de las sociedades de economía mixta, deberá estarse a lo previsto en los respectivos convenios, planes o programas celebrados con la nación y entes territoriales, lo que se asemeja mucho al control externo o contractual previsto en el artículo 261.3 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995.

Llama igualmente la atención que el control sobre las entidades descentralizadas indirectas se realice mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes en los órganos internos de las controladas, lo que produce indudablemente un sabor al control por participación y al control interno de hecho previstos en los numerales 1.º y 2.º del artículo 261 del Código de Comercio.

En lo que concierne a las empresas de servicios públicos domiciliarios, es clara la remisión que en esta materia se hace a la Ley 142 de 1994 por parte del artículo 84 de la Ley 489 de 1998, lo que implica claramente una aplicación de la normativa sobre la sociedad anónima, tipo societario que

86 Artículos 103 y ss., Ley 489 de 1998.

está cobijado por la normativa comercial sobre control y grupo empresarial, esto de conformidad con el artículo 19.15 de la Ley 142 de 1994.

Puede entonces señalarse que el control para efectos del grupo empresarial público tiene una connotación muy diferente respecto de la que se puede observar desde la exclusiva orilla del derecho de sociedades, ya que la existencia de la empresa pública de grupo tiene como fuente importante el principio de descentralización consagrado en la carta política y que es desarrollado en las diferentes normas jurídicas que ponen en actuación dicho principio, tal como sucede, por ejemplo, con la Ley 489 de 1998 a propósito de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades públicas y las empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas y oficiales.

Así, la participación mayoritaria del Estado en una compañía totalmente pública o mixta, o la creación de una empresa industrial y comercial del Estado, así como la constitución de una sociedad pública, se derivan en gran parte de la actuación del principio constitucional y legal de la descentralización, razón por la cual el control adquiere en el ámbito del grupo empresarial público un carácter imperativo por el cual se desarrolla la descentralización administrativa. En otros términos: el control interno (por participación o de hecho) y el control externo (contractual) no derivan simplemente, como en el caso de los particulares, de un acto de voluntad que si se quiere se ejecuta o no, sino más bien del cumplimiento de un deber constitucional y legal atado a la obligación consistente, a cargo del Estado social, de realizar todos los actos tendientes a lograr los fines del mismo.

En otros términos: el control o subordinación en el grupo empresarial público deriva de un acto impuesto, a través de normas de obligatorio cumplimiento, por el ente estatal, ya que se trata de una obligación impuesta normativamente por el orden jurídico, motivo por el cual podría considerarse que la subordinación es simplemente el reflejo del ejercicio de las competencias por parte del Estado que, por lo tanto y a pesar de la varias veces mencionada huida hacia el derecho privado, no tiene la libertad de disponer del poder derivado del control, y del control mismo, en iguales condiciones con las que lo ostenta un particular en el ámbito de la empresa privada.

Se tiene entonces que el control en el grupo empresarial público resulta de una previsión, o mejor, de una imposición normativa. En otras palabras, estamos ante un hecho normativo ineludible, sin que ello lleve al equivoco consistente en señalar que en tratándose de la empresa de grupo pública la subordinación y la unidad de propósito y dirección son concomitantes o conceptos equivalentes, o, más aún, en indicar que el control o subordinación es irrelevante y que lo sustantivo es solamente la unidad de dirección.

Finalmente, la subordinación en la empresa de grupo pública no puede ser ejercida sino por una persona jurídica en cumplimiento de las competencias asignadas a ella por ley y no por personas naturales, esto por cuanto

los funcionarios que intervienen lo hacen en desarrollo de sus funciones como servidores públicos de las respectivas personas jurídicas de derecho público que tienen la condición de matriz o controlante.

### 2.1.3. La unidad de propósito y dirección

Como se indicó en páginas anteriores, la ley colombiana y la Superintendencia de Sociedades no suministran una definición de la unidad de propósito y dirección, también denominada dirección unitaria.

Una primera aproximación al concepto consiste en señalar que la dirección unitaria es el elemento característico del grupo empresarial que lo diferencia de las simples alianzas entre empresarios e incluso del mismo control o subordinación. Se trata de una actuación, si se quiere gestión, de la empresa de grupo por parte de la matriz o controlante que por esa razón se comporta más como un verdadero jefe de empresa y que, probablemente por ello, es denominada, cuando se trata de una sociedad comercial como sociedad cabeza de grupo o *holding*.

De hecho, la existencia de la cabeza de grupo, con independencia de su naturaleza jurídica, otorga sustento a la denominación del grupo empresarial como "empresa de grupo" en el entendido de que con dicha expresión se está aludiendo, por lo menos desde el punto de vista económico, a una sola empresa que está dirigida por un centro decisional cuya titularidad es el sujeto cabeza de grupo que, como tal, es en estricto sentido económico un verdadero jefe de empresa<sup>87</sup>.

La verdad es que la unidad de propósito y dirección es el ejercicio efectivo del poder emanado del control, es decir de la posición jurídica consistente en ejercer una influencia dominante. Puede decirse entonces que la dirección unitaria es el ejercicio que, como jefe de empresa, desarrolla la matriz o controlante con fundamento en el poder emanado de la subordinación para fijar los objetivos y estrategias de la empresa grupal que, directamente o indirectamente, incide en la conducta que como empresarios desarrollan las subordinadas, de tal forma que, en sustancia, nos encontremos frente a una sola empresa ejercida por varios empresarios.

En últimas, el grupo empresarial se conforma por una pluralidad de personas jurídicas sobre las cuales el *holding* termina incidiendo notablemente en la conducta que las primeras tienen en el mercado, característica que proporciona coherencia a la exigencia de presentar, por ejemplo para el caso colombiano, un informe especial<sup>88</sup>, sin dejar de lado la obligación de con-

87 Sobre esta visión, véase Francesco Galgano, *Il Codice civile. Commentario*, op. cit. p. 120.

88 Artículo 29, Ley 222 de 1995. Sobre el informe especial, véase Superintendencia de Sociedades, oficio 220-158553 del 25 de octubre de 2021.

solidar estados financieros<sup>89</sup>, exigencias que, sin poner en duda la alteridad subjetiva o la personalidad jurídica de las integrantes del grupo, permiten ver la realidad económica de la empresa de grupo para la protección de los intereses que podrían resultar afectados por la existencia de la empresa grupal. Dicha influencia se ejerce por la cabeza de grupo mediante la unidad de propósito y dirección, requisito bien distinto al de la mera subordinación y que hace suponer que el traslado de todos los efectos del control al grupo empresarial es un asunto sobre el cual se debe reflexionar.

Cuando se habla de unidad de propósito y dirección, con independencia del carácter público o privado de los sujetos de derecho que conforman el grupo empresarial, estamos ante un jefe de empresa que de forma regular dirige a las subordinadas hacia objetivos impuestos por dicho jefe de empresa, metas que se inspiran muy seguramente en un interés superior –el interés del grupo– y no en el interés individual de sus integrantes cuya existencia y realidad estatutaria, si se mira con atención, están inspiradas y diseñadas para dicha finalidad.

Y es que, como lo indica doctrina autorizada, “la dirección unitaria –también llamada ‘unidad de decisión’ o ‘dirección económica común’– se perfila, sin lugar a dudas, como el elemento decisivo para la formación de un grupo, siendo el que le da coherencia interna puesto que determina la planificación económica del conjunto y marca la línea de conducta en el tráfico de las sociedades agrupadas; sin ella, estaremos simplemente en presencia de una yuxtaposición de sociedades, relacionadas de alguna u otra forma, pero actuando de forma independiente, sin un patrón común que guíe su actuación”<sup>90</sup>.

La unidad de propósito y dirección puede ser más o menos intensa dependiendo del grupo empresarial de que se trate y de sus estrategias económicas y jurídicas. En efecto, pueden existir grupos centralizados en los que la característica es la poca autonomía de las subordinadas y por ende una incidencia importante de la matriz sobre las mismas, o también grupos descentralizados en los cuales las controladas tienen un campo de actuación en el que detentan cierta autonomía, sin que ello constituya una autorización para apartarse de la dirección unitaria.

A diferencia de la subordinación en la que prima un concepto potencial, esto es que el control existe con independencia de que se ejerza, respecto de la unidad de propósito y dirección es claro que debe ser ejercida, esto es, ni la cabeza de grupo y mucho menos sus administradores tienen la discrecionalidad para determinar si la ejercen o no pues no puede confundirse la autonomía para determinar la forma como se ejercerá con la obligación de

89 Artículo 35, Ley 222 de 1995.

90 María Luisa de Arriba Fernández, *Derecho de grupos de sociedades*, op. cit., pp. 204-205.

su ejercicio, afirmación válida tanto para el grupo. Frente a este se tiene que es la ley la que ordena su ejercicio, tal como puede deducirse de los artículos 41, 44, 46, 68, 88, 91, 94, 98, 99, 103 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

Asimismo, la unidad de propósito y dirección debe ser regular, no esporádica, pues es indudable que nos encontramos ante una misma empresa ejercida por varios empresarios bajo la dirección de un *holding* que actúa como jefe de una empresa permanente. Esa estabilidad se dirige fundamentalmente a que la cabeza de grupo o *holding* determine los objetivos del grupo y con ello, se puede decir, aunque suene a sacrilegio en el derecho patrio, el interés de la empresa de grupo que subordina las actividades de las integrantes del grupo. Así las cosas, la dirección unitaria no implica que la cabeza de grupo remplace a las subordinadas en la ejecución de los actos tendientes a la consecución de los objetivos impuestos desde el vértice y mucho menos la sustitución de las controladas. Es bien diferente que el *holding* por razón del ejercicio de la unidad de propósito y dirección pueda determinar el interés del grupo y con ello imponer los objetivos de la empresa de grupo y otra situación es la sustitución de las subordinadas en el desarrollo de su objeto social hasta el extremo que haga parecer como innecesaria su existencia.

Otro punto importante en materia de la unidad de propósito y dirección es el que atañe a su legitimidad. En efecto, la dirección unitaria es legítima y por ende es perfectamente válida la influencia del *holding* sobre las subordinadas consistente en la determinación de un interés de grupo y en la fijación de unas metas u objetivos para realizarlo. No es factible, por lo tanto, una interpretación que exprese el carácter espurio de la unidad de dirección por el simple hecho de que las subordinadas están sometidas no a su propia voluntad sino a una heterodirección proveniente de la cabeza de grupo.

Si bien es claro que el derecho de sociedades tradicional parte del principio consistente en la autonomía jurídica de cada compañía, de lo cual es fiel reflejo el interés social en su forma de interés de la sociedad mencionado en algunas normas societarias<sup>91</sup>, es claro que cada vez es más evidente que la unidad de propósito y dirección se constituye en la facultad legítima de una persona natural o jurídica cabeza de grupo de determinar e imponer un interés superior, el del grupo, que incluso tiene vocación de reflejarse en la realidad operativa y estatutaria de las controladas. Ahora bien, lo que es ilegítimo es el uso abusivo de dicha facultad, mediante la imposición injustificada de directrices perjudiciales, etc., pero esta situación probablemente entra en el ámbito del abuso del derecho en el derecho de sociedades<sup>92</sup>.

91 Por ejemplo, el del artículo 23.1 de la Ley 222 de 1995 o el artículo 420.6 del Código de Comercio y, en fin, el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, para citar algunas normas.

92 En el derecho colombiano no existe una providencia judicial que aborde directamente el abuso del derecho en el ejercicio de la unidad de propósito y dirección. Puede verse el laudo arbitral del 29 de abril de 2016, proferido en el Centro de Arbitraje

El ejercicio de la unidad de propósito y dirección se vincula notablemente con la modalidad de control, interno (por participación o de hecho por mayorías) o externo (o contractual) del cual se deriva el poder del *holding*. Es claro, en este tema, que la dirección unitaria se legitima por la subordinación pues, en el caso del control interno, es evidente que la cabeza de grupo detenta una participación en los órganos de las subordinadas, ya sea que la ejerza de forma directa o indirecta, desde los cuales ejerce la dirección unitaria sin cortapisa que ponga en duda su legitimidad<sup>93</sup>, lo cual es indudable en los grupos por subordinación. En lo que concierne al control externo o contractual la unidad de propósito se legitima precisamente en su fuente contractual pues la pretensión de una abstención es equivalente a la solicitud de incumplimiento del contrato del cual se deriva la subordinación como antecedente del grupo empresarial por subordinación o, incluso en los grupos por coordinación, renegar del negocio jurídico que constituye la génesis misma del grupo.

El ejercicio de la dirección unitaria no puede ser más legítima en el sentido de contar como soporte, en los grupos por subordinación, de una posición jurídica legítima emanada de una posición al interior de los órganos de la subordinada o que tiene como causa un negocio jurídico y, en los grupos por coordinación, un acto, también negocial, del cual surge el grupo<sup>94</sup>. En últimas, la unidad de propósito y dirección, que puede parecer incompatible con una visión tradicional del derecho de sociedades inspirada en la sociedad isla, es totalmente armónica con la forma jurídica propia de la empresa contemporánea, es decir con el grupo empresarial que debe ser asumido por un renovado derecho societario sin pretensiones de exclusividad.

El denominado interés del grupo es relativamente un tema nuevo que se ha propuesto en el seno del derecho de sociedades para abordar los principales problemas que dicha forma organizativa de la empresa impone en la actualidad, esto para hacer propuestas que tengan como punto de partida la realidad económica. En efecto, los puntos referidos al conflicto de intereses, a la responsabilidad de los administradores, a la protección de acreedores y de minorías accionarias y la responsabilidad de la cabeza de grupo adquieren una perspectiva muy distinta tratándose del grupo empresarial, sin dejar de

y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá dentro del proceso arbitral de Inversiones Pimajua S.A.S contra Urbanización Marbella S.A.

93 Peter Hommelhoff, "Società holding e direzione del gruppo", en AA. VV., *I Gruppi di Società*, vol. II. Milán: Giuffrè, 1996, p. 1414.

94 Rafael Manóvil, *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, op. cit., pp. 422 y ss. Véase también Gaudencio Esteban Velasco, "Grupos y gobierno corporativo", en *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 595 y ss.; José Embid Irujo, "El contrato de constitución del grupo en el derecho español", en *Revista Derecho de Sociedades*, n.º 15, 2000, pp. 57 y ss.

lado la incompatibilidad entre los distintos intereses de las personas jurídicas, normalmente societarias, que integran los grupos empresariales.

Lo cierto es que frente a este asunto surge el interés del grupo, probablemente como resultado de una evolución del clásico interés social, como criterio que permitiría la solución de los problemas que propone el grupo empresarial y que acabamos de mencionar con un carácter meramente enunciativo. Es claro, eso sí, que el concepto de interés de grupo no es ajeno a la dialéctica que en su momento existió frente al clásico interés social a propósito de las perspectivas contractual e institucional del derecho de sociedades. Sobre esto baste decir, con fundamento en una posición doctrinal que a pesar de su edad mantiene su vigencia<sup>95</sup>, que es claro que el fin de lucro de los asociados anima fuertemente el instituto accionario, pero en coordinación con la presencia de otros intereses que el derecho de sociedades no puede renunciar a proteger, tal como sucede con los trabajadores, los acreedores, los consumidores, el medio ambiente e incluso el Estado<sup>96</sup>.

Así, la existencia de otros intereses diferentes, no necesariamente contrarios a los de los asociados, es determinante en la actualidad del concepto de interés social<sup>97</sup> y por ende del concepto del interés del grupo que puede considerarse como la síntesis del interés social de sus integrantes. En otros términos, la tendencia que se tenga en materia de interés social, contractual o institucional, se traslada a su par en el seno de los grupos empresariales, es decir al interés del grupo, ello especialmente porque el grupo normalmente es la estructura preferida por la gran empresa que, precisamente por su dimensión, tiene mayor probabilidad de irradiar sus efectos en sujetos diversos a los asociados y que se corresponde perfectamente con la realidad económica.

Puede señalarse entonces que en la empresa de grupo se presentan, en sentido estricto, los intereses del *holding*, el interés de las subordinadas y el interés propio de la empresa de grupo, es decir del grupo, que sirve como fiel de la balanza entre todos los intereses que confluyen. Ahora, esa pluralidad de intereses se refleja en la esfera del gobierno de la empresa de grupo, especialmente en lo que concierne, por ejemplo, al tema de deberes y responsabilidad de los administradores, la responsabilidad del *holding*, etc.

95 Paolo Montalenti, "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", en AA. VV., *I Gruppi di Società*, Milán: Giuffrè, 1996, pp. 1627 y ss.

96 David Yosifon, *Corporate Friction. How the Corporate Law Impedes American progress and What to Do About It*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

97 Para una síntesis de la concepción del interés social, véase Mercedes Sánchez Ruiz, *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Aranzadi: Thomson Reuters, 2000, pp. 57 y ss. Igualmente, María Luisa de Arriba Fernández, *Derecho de grupos de sociedades*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

Puede manifestarse que el interés del grupo, así no esté plenamente reconocido en la normativa a pesar del intento vano de consagrarlo, se corresponde con la realidad económica consistente en que quien controla una persona jurídica que tiene por objeto la actividad industrial o comercial está legitimado, por su propia posición, a ejercer una dirección orientada a un interés determinado por la cabeza del grupo, lo contrario sería razonar en contra de la evidencia que la realidad empresarial arroja.

Indudablemente la existencia de un interés del grupo empresarial, público o privado, comporta una limitación del interés social de sus integrantes o, para ser más exactos, conlleva una adecuación del interés de las integrantes del grupo al interés de este fijado por quien detenta el control y ejerce la unidad de propósito y dirección. Es claro que esa capacidad de imponer y hacer que se realice el interés de grupo tiene límites que en cada caso el operador jurídico deberá tener en cuenta.

En este punto conviene indicar que seguramente el interés social de la cabeza de grupo consiste en la determinación de los objetivos de la empresa grupal, incluyendo posiblemente la fijación de los instrumentos o medios para su consecución. En ese orden de ideas, el interés del grupo viene a ser el criterio que guía las decisiones de los administradores del *holding* y por ende a esta misma que jurídicamente es quien ejerce la unidad de propósito y dirección.

Si se acepta que el interés del grupo, que no está consagrado expresamente en el ordenamiento nacional pero que se halla implícito en el concepto de unidad de propósito y dirección y en la función económica del grupo, es el criterio que guía el gobierno de esta forma empresarial, se llega a la conclusión que su contraposición con el interés social de una de sus integrantes se resuelve en principio a favor del interés de la empresa de grupo<sup>98</sup> de tal forma que las instrucciones desfavorables para cualquiera de las integrantes tendrán legitimidad siempre que se inspiren en el interés de la empresa grupal y que proyecten un beneficio a la cabeza de grupo o a cualquiera de las integrantes que lo conforman, siempre entendiendo que el grupo no constituye un sujeto de derecho.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones conviene ahora abordar lo concerniente al interés del grupo público empresarial que, por su naturaleza, como figura objeto del presente estudio, no puede carecer de un interés que, como veremos, está muy vinculado a los fines del Estado y propende, como debe ser, a una mayor profundización de la función social que a la

98 Por ejemplo, el artículo 308 de la ley alemana de sociedades anónimas que se refiere a este punto en particular. Véase José Miguel Embid Irujo, *Ley alemana de sociedades anónimas de 6 de septiembre de 1965* (BGBl., I, p. 1089), en su versión última llevada a cabo por el artículo 1.º de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBl., I, p. 2509), Madrid: Marcial Pons, 2010.

empresa le atribuye la Constitución Nacional en la perspectiva del Estado social de derecho<sup>99</sup>.

Esto se compagina con la normativa que lleva a afirmar que la unidad de propósito y dirección es una imposición normativa a la cual la cabeza de grupo no puede renunciar so pena de vulnerar normativa de derecho público aplicable. En efecto, el ejercicio de la dirección unitaria es una obligación de carácter legal que tiene la entidad pública matriz, no pudiendo esa persona jurídica excusarse señalando razones de conveniencia, pues el ejercicio de la orientación y del poder que surge de la unidad de propósito y dirección no es, en el grupo público, discrecional sino un imperativo normativo que señala como competencia de las distintas entidades, y por ende de los respectivos funcionarios que las representan, ejercer la orientación y control que se corresponde perfectamente con el concepto de unidad de propósito y dirección propio del derecho privado<sup>100</sup>.

Puede entonces decirse que la existencia y ejercicio de la unidad de propósito y dirección en el grupo empresarial público no es discrecional ni renunciable, tanto desde la perspectiva de la entidad pública que tiene la condición de cabeza de grupo como de los funcionarios que la dirigen y que seguramente ostentan la condición de servidores públicos. Es más, la normativa es clara, particularmente en los artículo 103 y siguientes de la Ley 489 de 1998, así como en los artículos de dicha ley dirigidos a los distintos niveles de la Administración pública, en el sentido de que el control administrativo se ejerce fundamentalmente desde el interior de las personas jurídicas filiales, particularmente las sociedades de economía mixta, lo cual

99 Artículo 333, Constitución Nacional.

100 Así lo establece, por ejemplo, para el orden nacional el artículo 41 de la Ley 489 de 1998: "La orientación, control y evaluación de las actividades de los organismos y entidades administrativas corresponde al Presidente de la República y en su respectivo nivel, a los ministros, los directores de departamento administrativo, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los representantes legales de las entidades descentralizadas y sociedades de economía mixta de cualquier nivel administrativo. En el orden nacional, los ministros y directores de departamento administrativo orientan y coordinan el cumplimiento de las funciones a cargo de las superintendencias, las entidades descentralizadas y las sociedades de economía mixta que les están adscritas o vinculadas o integren el Sector Administrativo correspondiente". En lo que concierne a las entidades descentralizadas está el artículo 68 de la Ley 489 de 1998. Se resaltan en esta ley el control administrativo, dispuesto en los artículos 103 y siguientes, normativa dentro de la cual se resalta el artículo 109 que establece: "*Control de las entidades descentralizadas indirectas y de las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado. El control administrativo sobre las actividades y programas de las entidades descentralizadas indirectas se ejercerá mediante la intervención de los representantes legales de los organismos y entidades participantes o sus delegados, en los órganos internos de deliberación y dirección de la entidad. Igual regla se aplicará en relación con las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta*".

se extiende a nuestro entender a las empresas de servicios públicos oficiales y mixtas y empresas industriales y comerciales del Estado que tienen la condición de filiales.

La Unidad de Propósito y Dirección, que se reitera es impuesta por la ley, consiste fundamentalmente en determinar y ejecutar un interés de grupo que no solamente no contraría los fines del Estado señalados en la carta política, sino que además incentive la consecución o logro de dichas finalidades. Así las cosas, la fijación del interés de la empresa de grupo pública no es discrecional ni optativo en el sentido de que dicho interés, fijado mediante el ejercicio de la unidad de propósito y dirección, tiene que estar dirigido al logro de los fines del Estado impuestos en el derecho positivo que incluso determina jurídicamente los fines de cada entidad, lo cual indudablemente plantea la situación respecto de los inversionistas privados inmersos en estructuras de los grupos públicos y una mayor profundización de la función social de la empresa, sin dejar de lado la incidencia que tiene esta situación en materia de control fiscal, así como en los ámbitos disciplinario y penal para quienes gobiernan las entidades públicas que integran un grupo público empresarial.

## 2.2. EL GRUPO EMPRESARIAL PÚBLICO Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA

Se señaló en páginas anteriores que el grupo empresarial viene a ser desde el punto de vista económico una sola empresa, mientras que desde la perspectiva jurídica nos encontramos frente a una pluralidad. Se trata, en sustancia, de una sola empresa ejercida por varios empresarios, circunstancia diferente a la que durante mucho tiempo fue el común denominador consistente en que una empresa es ejercida normalmente por un solo empresario. Pues bien, sea que la empresa se ejerza por un solo sujeto, persona natural o jurídica, o por varias personas morales, es claro que la función social que la carta política le adjudica en el artículo 333<sup>[101]</sup> es aplicable con todos los efectos jurídicos que se deriven de ella, empezando seguramente por una concepción más obligatoria y menos filantrópica o voluntaria de la conocida responsabilidad social empresarial que, en últimas, es una proyección de la función social a la que se alude<sup>102</sup>. De hecho, si se observa con atención este fenómeno, se encuentra que la Comisión Europea lo concibió inicialmente en el Libro Verde como algo voluntario para luego, en 2011, señalar a la responsabilidad

101 Establece el artículo 333.3 de la Constitución Nacional: "La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.

102 Lina Lorenzoni Escobar, "Responsabilidad social empresarial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: dimensiones de obligatoriedad en la voluntariedad", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 23, n.º 2021.

social corporativa como "la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad"<sup>103</sup>.

La Corte Constitucional, desde los primeros años de su existencia, ha sido clara en el sentido de señalar que la función social de la empresa no es simplemente un enunciado o un principio a cuya realización se aspira, sino, como lo dice el mismo texto constitucional, es una obligación en cabeza de quien ejerce la actividad que el artículo 25 del Código de Comercio denomina empresa<sup>104</sup>. Mas recientemente dicho tribunal se ha referido al tema en los siguientes términos:

24. La empresa, en el escenario de una economía de mercado, se configura como el instrumento para ejercer las libertades económicas de producción e intermediación de bienes y servicios. En otras palabras, se trata de un sistema de "organización económica y productiva socioeconómicamente eficiente creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público) atribuido de libertad económica, con participación de los trabajadores en su gestión o en sus beneficios".

Conforme a lo expuesto, la empresa es una institución económica fundamental porque gestiona y organiza los factores de producción, con la finalidad de generar rentabilidad a quienes asumen el riesgo de invertir su capital, satisfacer necesidades individuales y colectivas, y finalmente, promover bienestar.

Se trata de una entidad insertada en la sociedad porque condiciona la vida y las expectativas de los individuos que, como agentes económicos, interactúan de manera permanente, como consumidores, trabajadores, inversores o ciudadanos que se benefician o se pueden perjudicar por las externalidades generadas por la actuación de la empresa. Bajo ese entendido, a través de ese ente se crean mayores fuentes de empleo, se satisface la demanda de bienes y servicios (aumenta la productividad), se pagan impuestos, se genera desarrollo de tecnología, entre otros aspectos.

103 Alfonso Martínez Echeverría, "El fenómeno del equilibrio en el gobierno corporativo y la promoción de la sostenibilidad por medio de él", en AA. VV., *Interés social y gobierno corporativo sostenible. Deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Aranzadi: Thomson Reuters, pp. 31 y ss. Se destaca también la comunicación de la Comisión Europea dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas" de 2011. Sobre este tema, véase también Elena Pérez (coord), *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, Madrid: Marcial Pons, 2009.

104 Corte Constitucional, sentencia C-006 del 18 de enero de 1993. En otra providencia, la C-040 del 11 de febrero de 1993, se hace referencia al cambio que tiene el tema económico en la carta política actual respecto al sistema anterior.

Bajo esa perspectiva, la razón de ser de la empresa trasciende la maximización de los beneficios privados de quienes la integran y se extiende al compromiso social de generar riqueza y bienestar general, con lo cual se garantizan la dignidad humana, el empleo, el mejoramiento de la calidad de vida, la igualdad, la redistribución equitativa, la solidaridad, la sostenibilidad ambiental y la democracia.

El artículo 33.4 de la Constitución describe a la empresa como la base del desarrollo y consagra una ineludible función social de la que se derivan obligaciones. De igual forma, establece el mandato dirigido al Estado para estimular el desarrollo empresarial. Este tribunal, en sentencia C-624 de 1998, expresó que la empresa juega un papel esencial como instrumento de desarrollo de la iniciativa privada y elemento del engranaje económico global. En ese sentido, la Constitución garantiza la posibilidad de crear empresas que pueden ser individuales o resultar del concurso de varias personas, como ocurre con las múltiples formas de sociedades comerciales y con la unipersonal<sup>105</sup>. También la Corte Constitucional invoca la definición de empresa que, como actividad, se encuentra en el artículo 25 del Código de Comercio para luego abordar el tema del empresario en los siguientes términos:

27. El empresario puede entenderse como aquella persona natural o jurídica que en nombre propio ejercita una actividad de intermediación en el mercado, con fines de lucro. En tal sentido, puede ser individual (persona natural) o social mediante la creación de sociedades mercantiles constituidas de acuerdo con la ley.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la empresa tiene una función social que genera obligaciones para quien la ejerce, sea que se trate de un empresario único (persona natural o jurídica) o plural como acontece en los grupos empresariales. En otros términos: si la empresa, como actividad, tiene asignada una función social que genera obligaciones estas se imputan al sujeto o sujetos que desarrollan dicha actividad, es decir al empresario, sea persona natural o jurídica.

Así, se tiene que la función social de la empresa no es, a nuestro parecer, una exclusiva fuente de filantropía o de *soft law* que se dicta el mismo empresario sino una obligación con fuente en la ley cuyo cumplimiento, dependiendo de cada actividad empresarial, no es optativo para el sujeto de derecho empresario. En ese orden de ideas los empresarios que integran la empresa de grupo están compelidos a dar cumplimiento al imperativo constitucional, obligación que recae fundamentalmente en el sujeto cabeza de grupo, con independencia de su naturaleza jurídica. El grupo, como empresa, tiene una función social que genera obligaciones en cabeza de los

105 Corte Constitucional, sentencia C-265 de 12 de junio de 2019.

empresarios que lo conforman, pero especialmente respecto del sujeto o de los sujetos que tienen la condición de matriz o cabeza de grupo (*holding*). Vale decir que la observancia de la función social de la empresa de grupo es exigible con independencia de su naturaleza pública o privada.

### 2.2.1. El interés del grupo empresarial público

Tema importante en la temática del grupo empresarial es el de la dialéctica entre un interés del grupo y el interés social de las compañías, y en general de las personas jurídicas que lo conforman<sup>106</sup>. En el medio de dicha tensión de intereses se encuentra la protección que la cabeza de grupo debe garantizar no solamente a las sociedades que como subordinadas integran la empresa de grupo pública sino a los accionistas minoritarios que se encuentran en su interior, por ejemplo, en las sociedades de participación mixta en las que el Estado es el accionista mayoritario, sin dejar de lado la existencia de minorías al interior incluso de la misma sociedad matriz<sup>107</sup>.

En esa tensión se verifica una diferencia fundamental entre la empresa de grupo y la empresa societaria tradicional: mientras en esta última el conflicto de intereses tiende a ser esporádico, puntual, en la primera se tiene que la contraposición de intereses tiende a ser una situación con vocación de permanencia<sup>108</sup>.

El mayor conflicto radica entre el denominado interés del grupo frente al interés social de cada una de sus integrantes en condición de subordinadas. La doctrina comparada manifiesta, en consonancia con un antecedente jurisprudencial ocurrido en el derecho español, que la participación de una sociedad en un grupo no implica para ella la pérdida de su autonomía, lo que iría muy de la mano con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 para el caso colombiano. Para esta posición la filial tiene su propio interés social "matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier

106 Paolo Montalenti, "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", *op. cit.*

107 Pierre Bezard, "La protection des actionnaires minoritaires de la société mère et des sociétés du groupe", en AA. VV., *I gruppi di società*, vol. I, Milán: Giuffrè, pp. 655 y ss.

108 Floriano D'Alessandro, "Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società". En AA. VV., *I gruppi di società*, vol. II, Milán: Giuffrè, pp. 1085 y ss. También en la misma obra colectiva, que es un clásico en el derecho de los grupos de sociedades, puede verse en el mismo volumen Gastone Cottino, "Divagazioni in tema di conflitto d'interessi nei gruppi", *op. cit.*, pp. 1073 y ss.

actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que ésta integrado<sup>109</sup>.

Es claro entonces que el nudo gordiano en esta materia está en la admisión de un interés de grupo, cuya determinación está implícita en la facultad, legítima, por cierto, de la matriz de ejercer la unidad de propósito y dirección. Ante la alternativa entre reconocer un interés grupal que primaría sobre el interés de todas las integrantes del grupo en virtud del reconocimiento de la unidad de propósito y dirección, y la de seguir considerando la sacralidad del interés social individual de las compañías del grupo, nos inclinamos hacia la primera posibilidad, no solamente por el hecho de ser una posición mucho más realista frente al fenómeno empresarial sino por la razón jurídica consistente en que la unidad de propósito y dirección es una facultad reconocida expresamente en nuestro sistema jurídico.

Obviamente la posición que se defiende no significa de manera alguna que la cabeza de grupo puede abusar de la dirección unitaria, pues esta debe ser ejercida de forma racional y lejos de la arbitrariedad. Si el grupo empresarial es, desde el punto de vista económico, una sola empresa, desde la orilla del derecho, a pesar de la pluralidad jurídica, no se puede renegar de la naturaleza económica del fenómeno.

La concepción de una mayor debilidad del interés social de las compañías y en últimas de las personas jurídicas integrantes de un grupo empresarial, en su concepción tradicional (institucional o contractual) del derecho privado, es aún más evidente en el grupo empresarial público, esto por cuanto el ordenamiento jurídico aplicable a esta forma jurídica empresarial establecería que así debe ser, sin dejar posiblemente cabida a la flexibilidad que en esta materia existe en el ámbito privado.

La normativa aplicable en este asunto establece en el artículo 41 de la Ley 489 de 1998 que las entidades que tienen la condición de matriz, y por ende los funcionarios respectivos deben ejercer, sin que exista otra opción, la orientación, control y evaluación de los organismos y entidades administrativas, que en el caso serían las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades participadas por este, es decir, lo que en un grupo empresarial denominamos subordinadas. En fin, ya dijimos que en el grupo público la unidad de propósito y dirección no es optativa en cuanto a su ejercicio. Esta característica especial lleva a concluir que la matriz del grupo empresarial público no tiene la alternativa de optar por abstenerse de ejercer la dirección unitaria ya que, en caso de producirse dicha abstención, las respectivas entidades que ostentan la condición de matriz se encontrarían

109 Julia Mas-Guindal García, "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en que participa", *op. cit.* pp. 282 y ss. Se trae a colación en este artículo la sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de diciembre de 2015.

ante el incumplimiento de sus competencias asignadas legalmente, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios implicados en la abstención.

Como si lo anterior no bastase y ya en clara relación con el interés del grupo, puede manifestarse que dicho interés es impuesto normativamente y no es libremente determinable por quienes integran esta forma de empresa pública, situación jurídica que claramente indica que tanto el interés de la matriz como de las subordinadas en la empresa de grupo pública deben estar en plena armonía con el interés del grupo, lo que es coherente con la existencia de verdadero interés del grupo empresarial público que se superpone a los intereses sociales de todas sus integrantes pues estas últimos, en sustancia, deben tener plena consonancia con el interés grupal establecido normativamente. El interés social de las personas jurídicas inmersas en el grupo empresarial público no es más sino un medio para lograr o realizar el interés del grupo que, por lo tanto, se superpone a dichos intereses individuales que incluso pueden ser sacrificados, casi que en aplicación del principio de prevalencia del interés general sobre el particular.

El ordenamiento jurídico colombiano señala, de forma imperativa, por cierto, que la creación de entidades debe tener siempre fuente legal (ley, ordenanza o acuerdo) en el sentido de disponer o autorizar su creación<sup>110</sup>. Pero es más y como si lo anterior fuere poco, la Ley 489 de 1998 establece que la norma que disponga o autorice la creación de una entidad, societaria o no, debe señalar sus objetivos, lo que indica claramente que en la empresa de grupo de naturaleza pública, incluso cuando existe participación de particulares en el capital de entes societarios, el interés del grupo viene impuesto por preceptos de carácter imperativo y por ende es a ese interés al que se deben sus integrantes y los servidores públicos, dejando entrever que incluso los sujetos de derecho privado (por ejemplo los accionistas privados) están sometidos al interés del grupo.

Se tiene entonces que la función social de la empresa de grupo pública se concreta en gran parte en las normas que disponen o autorizan la creación de sus integrantes, pues el empresario público existe, en primer término, para la consecución de los fines del Estado Social en plena armonía con el

110 Artículo 49, Ley 489 de 1998: "*Creación de organismos y entidades administrativas*. Corresponde a la Ley, por iniciativa del Gobierno, la creación de ellos ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y los demás organismos y entidades administrativas nacionales. Las empresas industriales y comerciales del Estado podrán ser creadas o por autorización de la misma. Las sociedades de economía mixta serán constituidas en virtud de autorización legal.

*Parágrafo:* Las entidades descentralizadas indirectas y las filiales de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta se constituirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley, y en todo caso previa autorización del Gobierno Nacional si se tratare de entidades de ese orden o del Gobernador o el Alcalde en tratándose de entidades del orden departamental o municipal".

ánimo de lucro. Si se quiere, podemos estar en este escenario ante una prevalencia clara del *stakeholder value* sobre el *shareholder value* ya que, en sustancia, no existe una finalidad diferente de la empresa pública en la que su función social es sin duda alguna mucho más exigente y evidente, circunstancia que en nuestra opinión deben tener presente los sujetos de derecho privado que en condición de accionistas se involucran con la empresa pública. Es posible también que el fin del Estado esté relacionado con el ánimo de lucro para obtener mayores recursos para lograr los fines del Estado social, obviamente sin perjuicio de la observancia de la normativa de competencia y en general de los preceptos exigibles a todos los empresarios sin distinción fundada en su naturaleza pública o privada<sup>111</sup>.

### 2.2.2. El interés del grupo empresarial público y el ánimo de lucro

Como vimos, la existencia de una entidad pública debe obedecer a criterios racionales que deben estar inmersos en la norma que crea o autoriza la creación de los entes públicos, motivo por el cual el interés del grupo debe estar plenamente acorde con los objetivos que persigue la norma jurídica que se emita para el efecto.

Es posible en la empresa de grupo pública que el surgimiento de la misma se verifique a partir de la creación de una sola entidad pública, por ejemplo, una empresa industrial y comercial del Estado o una sociedad por acciones (totalmente pública o mixta), y que a partir de ella, por la evolución propia de la actividad de la entidad inicialmente constituida, empiece a surgir el grupo por las necesidades relacionadas con el logro de los objetivos inicialmente contemplados en la norma que la creó o autorizó su constitución, siendo claro que la creación de las subordinadas está atada a lo consignado en los artículos 49 y 50 de la Ley 489 de 1998. De todas maneras, la norma jurídica de que se trate debe a su vez estar inspirada en una política pública acorde con la consecución de los fines del Estado, motivo por el cual el criterio político en la creación y en el funcionamiento del empresario público no debe estar ausente y por el contrario se requiere su presencia.

Pero es claro que la presencia de la política pública no conlleva la autorización para estructurar el gobierno corporativo de la empresa pública con criterios de repartición política entre diferentes actores políticos que, normalmente, son quienes en el respectivo momento detentan el gobierno

111 Sobre el Estado accionista, véase Juan Palao, "La titularidad de acciones sociales por el Estado y los derechos y deberes de los accionistas", en AA. VV., *Interés y gobierno corporativo sostenible: Deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Arazandi: Thomson Reuters, 2019, pp. 303 y ss.

del Estado a nivel nacional o territorial. Una cosa es la inspiración que la política pública le debe imprimir, en el buen sentido de la palabra, a la creación y funcionamiento de los sujetos morales de derecho público y otra muy distinta es que los órganos de gobierno de las personas jurídicas de un grupo empresarial público y en general de los empresarios públicos deban integrarse y funcionar en beneficio de agrupaciones de carácter político o ser simplemente un reflejo de acuerdos entre grupos políticos.

El criterio que debe prevalecer es el de un gobierno corporativo apto para que la política pública que inspira la creación de empresarios públicos se logre en plena armonía con los fines del Estado, es decir, se trata de una orientación que debe estar apegada, en el caso del grupo empresarial público, al interés de éste expresado en la normativa que crea o autoriza la creación de los sujetos morales que lo componen. En ese orden de ideas, la remisión que se hace frecuentemente al derecho privado cumple la función de aplicar normas que tienden a que el gobierno corporativo se diseñe e integre atendiendo a estructuras que se han probado con éxito durante décadas por los empresarios del sector privado, tal como ocurre por ejemplo con las normas sobre la sociedad anónima y en particular con los preceptos sobre quienes gestionan el patrimonio de la persona jurídica societaria, es decir los administradores. Así, a la empresa pública integrada por sociedades de economía mixta, sociedades entre entidades públicas, empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de servicios públicos domiciliarios (mixtas y oficiales), le es aplicable la disciplina societaria sobre administradores y por ende a éstos les son exigibles los deberes de diligencia y lealtad, así como su responsabilidad, esto para lograr el resultado consistente en que los directivos estén a la altura, profesional y ética, que se exige para dirigir la empresa pública, ello sin perjuicio y probablemente de forma concomitante con la normativa de derecho público aplicable quienes gestionan la denominada cosa pública.

Es claro que si las entidades públicas que componen el grupo empresarial público tienen en la ley una naturaleza o misión industrial y comercial (tal como acontece con las sociedades públicas, las sociedades por acciones mixtas y las empresas industriales y comerciales del Estado) el ánimo de lucro juega un rol fundamental, lo que quiere decir que el carácter público no riñe con el fin de lucro que el Estado tiene para la ulterior realización de sus fines.

En el fondo la creación de la matriz pública, cuando ésta no es, por ejemplo, un ente territorial, así como de las subordinadas estatales, obedecen a una decisión del Legislador (nacional o territorial) que debe justificar en la norma que expida para el efecto la iniciativa empresarial pública en consonancia con los fines del Estado en el caso concreto y que debe ser por lo tanto consonante con el interés del grupo, sin olvidar que probablemente la obtención del lucro puede ser normalmente solamente un medio para la

protección del interés general<sup>112</sup>, lo que denota una superioridad del interés público, que es el interés del grupo impuesto normativamente, sobre la finalidad última de lucro económico. Esta superioridad del interés público sobre el fin de lucro tradicional del accionista no representaría un problema en los grupos empresariales públicos compuestos por sociedades con accionariado totalmente estatal, pues existiría, si se quiere, total compatibilidad entre el interés del grupo, el interés social de sus integrantes y el interés de los accionistas, también públicos.

El asunto puede ser más complejo cuando las integrantes del grupo público involucran, por su carácter societario, la participación de accionistas privados externos que tienen el interés legítimo dirigido al lucro. Sobre este tópico en particular el derecho de grupos diseñado para el sector privado ha propuesto medidas de protección para los accionistas externos: el sistema de impugnación de decisiones<sup>113</sup>, las acciones relacionadas con el abuso del derecho de voto<sup>114</sup>, el derecho de inspección, el derecho de retiro<sup>115</sup>, etc.

Dichas medidas y otras que existen en el derecho de sociedades tradicional, en la medida de la comentada huida del derecho administrativo serían aplicables a la empresa de grupo pública para la defensa de los accionistas externos privados, pero entendiendo que estos, al momento de vincularse a la respectiva sociedad de participación mixta no podían desconocer las implicaciones de su asociación con el Estado, es decir con un accionista que no tiene como fin último la utilidad sino un interés superior. En otros términos: el accionista privado externo, minoritario o no, no puede argumentar el desconocimiento de la normativa aplicable a las entidades público societarias en las que interviene, pues ello sería alegar la ignorancia de la ley para su inobservancia y en últimas la propia culpa en su beneficio.

El accionista no público corre su riesgo y por lo tanto debe afrontar las consecuencias de sus buenas o malas decisiones empresariales, sea en asocio con sujetos de derecho público o no. En efecto, si el accionista privado surgió de un concurso público, por ejemplo, pues debe afrontar los efectos

112 Mercedes Fuertes, *Grupos públicos de sociedades*, op. cit., p. 158. Esta autora expresamente señala que “Lo verdaderamente importante es el logro público, no el lucro económico”.

113 Sobre este tema, véase, además de las valiosas doctrina y jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades, el importante trabajo de Jorge Hernán Gil, *Impugnación de decisiones societarias*, Bogotá: Legis, 2010.

114 Sobre el abuso del derecho de voto se destaca indudablemente la jurisprudencia emanada de la Superintendencia de Sociedades. Recientemente en doctrina es muy oportuno el trabajo de Fernando Castillo, “El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario”, en *Derecho societario contemporáneo. Artículos*, Bogotá: Ibáñez, 2021, pp. 107 y ss.

115 En materia de derecho de retiro se encuentra en el derecho patrio el valioso trabajo de Rodrigo Puyo, *El derecho de receso o de retiro en Colombia*, Bogotá: Legis, 2017.

de su participación en la competencia pues se supone que desde el momento mismo en que decide concursar para ser accionista del Estado conoce las condiciones en que eventualmente lo hará, sin que quepa con posterioridad aceptar argumentos que desvirtúen esa realidad, más aún cuando el accionista privado que se asocia con el Estado normalmente lo es por su experiencia, su fortaleza económica y su conocimiento del mundo de los negocios. Lo anterior no se opone a que en ocasiones la sociedad mixta deba ser compensada, mediante la ya no novedosa teoría de las ventajas compensatorias (el escrito de Montalenti ya citado es muy completo sobre este tema)<sup>116</sup>, cuando en una ocasión concreta por el ejercicio de la unidad de propósito y dirección de la matriz pública la subordinada mixta resulta perjudicada, evento en el cual puede sugerirse alguna compensación a la respectiva compañía mixta por su sacrificio en procura del interés del grupo empresarial público. En fin, consideramos que cuando el perjuicio se le cause sin justa causa a la sociedad de participación mixta por una abusiva dirección unitaria, o concretamente, sin justificación alguna, al accionista privado sin que exista una norma jurídica que establezca que éste debe asumir la situación por tratarse de algo conexo con el riesgo que debió prever y que asumió, surgirá el derecho a obtener una reparación.

## CONCLUSIONES

El Estado, para el cumplimiento de sus fines, puede ejercer la actividad económica organizada y por ende crear instituciones públicas que tengan por objeto inmediato la empresa. Para ese fin puede crear grupos empresariales públicos.

Para la configuración del grupo empresarial público deben concurrir los elementos de la subordinación, la autonomía jurídica de las diferentes unidades y de la unidad de propósito y dirección, sin perjuicio de las particularidades que dichos requisitos deben cumplir por la naturaleza pública del grupo.

El grupo empresarial público tiene una carga mayor frente a la función social de la empresa consagrada en la Constitución Nacional, motivo por el cual, cuando en la estructura grupal participan inversores privados, estos deben ser protegidos teniendo en cuenta las particularidades de la empresa pública en temas como el interés social y la protección de los *stakeholders*. Indudablemente el interés del grupo tiene un peso importante en estas formas empresariales.

116 Sobre este tema, véase Julia Mas-Guindal García. "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en las que participa", *op. cit.*, pp. 283 y ss.

El grupo empresarial público es una demostración de la convivencia entre el derecho privado y el derecho público, especialmente por la aplicación de las normativas pertenecientes a los derechos comercial y administrativo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. *Reestructuración de empresas y grupos. Reflexiones contables y jurídicas*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- Batalla, Pedro, y Carolina Bravo. "El desarrollo de actividades empresariales por la Administración: La instrumentalización de las formas del derecho privado. Breves notas sobre la 'huida del derecho administrativo' y las sociedades públicas en los sistemas colombiano y español". *Iustitia*, n.º 8, 2010.
- Berta, Giorgio. "I gruppi aziendali. Profili economici". En Giorgio Berta (ed.), *I Gruppi Societari*. Turín: G. Giappichelli Editore, 2011.
- Bezard, Pierre. "La protection des actionnaires minoritaires de la société mère et des sociétés du groupe". En AA. VV., *I gruppi di società*, vol. I, Milán: Giuffrè, 1996.
- Broseta, Manuel. "Las empresas públicas en forma de sociedad anónima". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. XLI, n.º 1000, 1966.
- Caba, Antonio. *El concepto de grupo de sociedades*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Castillo, Fernando. "El abuso del derecho de voto como mecanismo de control del accionista mayoritario". *Derecho societario contemporáneo. Artículos*. Bogotá: Ibáñez, 2021.
- Córdoba, Pablo. "Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad *holding*. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana". *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006.
- Córdoba, Pablo. "El gobierno de la empresa de grupo: Visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo". En *La empresa en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Córdoba, Pablo. "De la unidad de propósito y dirección en materia del grupo empresarial en Colombia". *Revista Virtual E-Mercatoria*, vol. 22, n.º 2, 2023.
- Cottino, Gastone. "Divagazioni in tema di conflitto d'interessi nei gruppi". En AA. VV., *I Gruppi di Società*. Milán: Giuffrè, 1996.
- Cubillos, Camilo Enrique. *La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

- D'Alessandro, Floriano. "Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società". En AA. VV., *I gruppi di società*. Milán: Giuffrè, 1996.
- De Arriba Fernández, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.
- De Castro y Bravo, Federico. *La persona jurídica*, 2.ª ed. Madrid: Civitas, 1984.
- Duque Domínguez, Justino. "El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el derecho español". En AA. VV., *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Madrid: McGraw Hill, 2002.
- Embid Irujo, José. "El contrato de constitución del grupo en el derecho español". *Revista Derecho de Sociedades*, n.º 15, 2000.
- Embid Irujo, José. *Ley alemana de sociedades anónimas de 6 de septiembre de 1965 (BGBL., I, p. 1089), en su versión última llevada a cabo por el artículo 1.º de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBL., I, p. 2509)*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Esteban Velasco, Gaudencio. "Grupos y gobierno corporativo". En *El gobierno de las sociedades cotizadas*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- Forum Europeum. "Por un derecho de los grupos de sociedades para Europa". *RDM*, 1999.
- Franco Mongua, Javier Francisco, y Diego Fernando Rey Guerrero. "El control societario en Colombia: La internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales". *Con-texto*, n.º 48, 2017.
- Fuentes Naharro, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Navarra: Thomson-Civitas, 2007.
- Fuertes, Mercedes. *Grupos públicos de sociedades*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- Gaitán, Andrés. "De la unidad de propósito y dirección en materia del grupo empresarial en Colombia". *Revista Virtual E-Mercatoria*, vol. 22, n.º 2, 2023.
- Gaitán, Andrés. "Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad *holding*. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana". *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2006.
- Gaitán, Andrés. "El gobierno de la empresa de grupo: Visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo". En *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Gaitán, Andrés. *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades, 2011.

- Gaitán, Andrés, y Yira López (coords.), *Conglomerados en Colombia. Actualidad y perspectivas*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades - Universidad del Rosario - Colegio de Abogados Comercialistas, 2022.
- Galgano, Francesco. *Derecho comercial*. Bogotá: Temis, 1999.
- Galgano, Francesco. *Il Codice civile. Commentario. La società per azioni. Principi generali*. Milán: Giuffrè Editore, 1996.
- Galgano, Francesco. *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capital e cooperative*. Padua: Cedam, 2004.
- Galgano, Francesco. *Grupo de sociedades, dirección y coordinación de sociedades*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Garrigues, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*, t. II,. Bogotá: Temis, 1987.
- Gil, Jorge Hernán. *Impugnación de decisiones societarias*. Bogotá: Legis, 2010.
- Hannoun, Charley. *Le droit et les groupes de sociétés*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.
- Hansmann, Henry, y Reinier Kraakman. "What is Corporate Law?". En AA. VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Hommelhoff, Peter. "Società holding e direzione del gruppo". En AA. VV., *I Gruppi di Società*. Milán: Giuffrè, 1996.
- Kübler, Friedrich. *Derecho de sociedades*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001.
- León, Edgar, y Yira López. "Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia". En AA. VV., *Grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.
- Llebot Majó, José Oriol. *Grupos de entidades de crédito*. Madrid: Civitas, 1993.
- Lorenzoni Escobar, Lina. "Responsabilidad social empresarial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: dimensiones de obligatoriedad en la voluntariedad". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 23, n.º 1, 2021.
- Manóvil, Rafael (ed.). *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*. Nueva York: Springer, 2020.

- Manóvil, Rafael. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- Marchetti, Piergaetano. "Sul controllo e sui poteri della controlante". En AA. VV., *I Gruppi di società*. Milán: Giuffrè, 1996.
- Martínez Echeverría, Alfonso. "El fenómeno del equilibrio en el gobierno corporativo y la promoción de la sostenibilidad por medio de él". En AA. VV., *Interés social y gobierno corporativo sostenible: Deberes de los administradores y deberes de los accionistas*. Aranzadi: Thomson Reuters, 2019.
- Mas-Guindal García, Julia. "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en las que participa". En AA. VV. *Interés social y gobierno corporativo sostenible: Deberes de los administradores y deberes de los accionistas*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2019.
- Montalenti, Paolo. "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi". En AA. VV., *I Gruppi di Società*, Milán: Giuffrè, 1996.
- Montiel, Carlos Mario. "Acercamiento al concepto de grupos empresariales: Concurrencia de Elementos Para Su Existencia". *Revista E-Mercatoria*, vol. 8, n.º 1, 2009.
- Olavarría Iglesia, Jesús. *Sociedades de capital*. Valencia: Tirant Lo Blanc, 2011.
- Palao, Juan. "La titularidad de acciones sociales por el Estado y los derechos y deberes de los accionistas". En AA. VV., *Interés y gobierno corporativo sostenible: Deberes de los administradores y deberes de los accionistas*. Aranzadi: Thomson Reuters, 2019.
- Pérez, Elena (coord.). *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- Pulgar Esguerra, Juana. "El concurso de sociedades integradas en un grupo". En *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Navarra: Thomson Reuters, 2011.
- Puyo, Rodrigo. *El derecho de recesso o de retiro en Colombia*. Bogotá: Legis, 2017.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. "La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo". *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 4, n.º 2, 2002.
- Reyes, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2002.
- Rimini, Emanuele. "Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione". En AA. VV., *I Gruppi di società*, vol. III, Milán: Giuffrè, 1996.

- Rossi, Guido. "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere". En AA. VV. *I Gruppi di Società*. Milán: Giuffrè, 1996.
- Ruiz, Juan Ignacio. *El privilegio del grupo*. Valencia: Tirant lo Blanch - Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, 1999.
- Sánchez-Calero Guilarte, Juan. "Breves reflexiones sobre el concepto de grupo en el artículo 4 LMV". En AA. VV. *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Madrid: McGraw Hill, 2002.
- Sánchez Ruiz, Mercedes. *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*. Aranzadi: Thomson Reuters, 2000.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Scmith, Karsten. *Derecho comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997.
- Serick, Rolf. *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2020.
- Serrano Salomón, David Andrés. "La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas", *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, n.º 34, 2015.
- Trias de Bes, Xabier Añoveros. "La sociedad de responsabilidad limitada unipersonal pública". En AA. VV., *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*. Madrid: McGraw Hill, 2002.
- Verrucoli, Piero. *Il superamento de la personalità giuridica nella società di capital nella Common Law e nella Civil Law*. Milán: Giuffrè, 1964.
- Yosifon, David. *Corporate Friction. How the Corporate Law Impedes American progress and What to Do About It*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.