

Derecho comercial

Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad *holding*

Levantamiento del velo corporativo.
Responsabilidad contractual y aquiliana

PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA

SUMARIO: Premisa.- I. Principios del derecho de sociedades.- A. Tipicidad societaria.- 1. Fundamentos de la tipicidad societaria.- a. Fundamentos económicos.- b. Fundamentos jurídicos.- B. Personalidad jurídica y responsabilidad limitada.- 1. La personalidad jurídica.- 2. La responsabilidad limitada.- a. La tipicidad societaria y la responsabilidad limitada.- II. El grupo empresarial y la responsabilidad de la sociedad *holding*.- A. El grupo empresarial.- 1. Elementos de existencia del grupo empresarial.- a. Subordinación o control.- i. Control interno.- ii. Control externo o contractual.- b. Unidad de propósito y dirección.- B. Responsabilidad de la sociedad *holding*.- 1. El levantamiento del velo corporativo o *disregard of legal entity*.- a. El artículo 37 de la Ley 142 de 1994.- 2. La responsabilidad contractual de la sociedad *holding*.- 3. La responsabilidad aquiliana de la sociedad *holding*.- a. Naturaleza de la responsabilidad consagrada en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.- b. La presunción del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.- Conclusión.

PREMISA

El derecho entrega una pluralidad de alternativas a los operadores del tráfico mercantil para organizar, de acuerdo con las diferentes necesidades y objetivos de éstos, el desarrollo de la Empresa, entendida ésta como actividad al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Comercio colombiano.

Los sujetos que quieren abordar la actividad empresarial tienen la posibilidad de escoger entre un amplio menú dispuesto por el ordenamiento jurídico para estructurar jurídicamente dicha actividad, existiendo un sinnúmero de posibilidades dentro de las cuales se destacan, entre otras, las sociedades o compañías mercantiles, la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, las corporaciones, las fundaciones, las cooperativas, los consorcios, las uniones temporales y en general los contratos de colaboración empresarial y, finalmente, los grupos empresariales o de sociedades¹.

La elección entre una o varias de estas alternativas depende fundamentalmente de los objetivos que persigue el operador de acuerdo con el tipo de Empresa que busca desarrollar, el sector, los requisitos y, fundamentalmente, el riesgo que podríamos denominar como de naturaleza jurídico-económica. Lo cierto es que los agentes económicos escogen la figura jurídica que optimice sus objetivos con la menor exposición o riesgo, motivo por el cual podemos afirmar que el Grupo Empresarial o de Sociedades se constituye, por tal razón, en la forma jurídica de la Empresa que propende en mayor grado por el logro de dicha finalidad en la economía actual².

Es indudable entonces la importancia de la figura, por la cantidad de prerrogativas que entrega a los agentes económicos, principalmente por el estímulo del desarrollo y crecimiento económicos y por la inmensa cantidad de beneficios que proporciona en materia de especialización de la actividad o de fases de la Empresa, de separación de riesgos y de división de mercados, entre otros, fundamentalmente por ser apto para la combinación de múltiples estrategias que se implementan bajo el control o subordinación de una sociedad matriz o sociedad cabeza de grupo. De esta forma, cada una de las compañías que conforman el Grupo de Sociedades en ejercicio de su objeto social específico³ actúa en un sector particular de la economía, o se especializa en una fase del proceso productivo de conformidad con las orientaciones de la matriz en virtud de la configuración, en primer término, de una situación de control o subordinación que normalmente se verifica en el hecho de que la mayoría de sus acciones pertenece directa o indirectamente a dicha matriz, sin que ésta sea la única hipótesis de sometimiento⁴.

Podemos decir que cuando se presenta la subordinación junto con una Dirección Unitaria o Unidad de Propósito y Dirección ejercida por la sociedad cabeza de grupo, también conocida como sociedad *holding*, se configura el Grupo Empresarial en derecho colombiano⁵ y se genera una dualidad que fundamenta la razón del Grupo: se tiene así, de una parte, pluralidad jurídica en virtud de la existencia de varias personas jurídicas, posiblemente algunas de naturaleza

- 1 Como puede desprenderse de lo acabado de decir, en nuestro criterio las figuras que se mencionan constituyen un vestido jurídico de la Empresa por encajar perfectamente en la definición que entrega el artículo 25 C. Co., teniendo todas, a pesar del romanticismo del legislador, ánimo de lucro pues fundamentalmente persiguen beneficios de naturaleza económica, constituyéndose como única diferencia el destino que le asignan a lo percibido. En otros términos: toda actividad económica organizada lleva implícito el ánimo de lucro con independencia de la forma jurídica que se adopte para desarrollar dicha actividad, circunstancia que implica la revisión de clasificaciones de los empresarios según tengan o no ánimo de lucro pues el factor determinante, especialmente para ordenar una actitud del Estado en el tema tributario, debe ser la finalidad ulterior en la disposición de las ganancias.
- 2 F. GALGANO. *Il codice civile. Commentario. La società per azioni. Principi generali*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, 119.
- 3 Artículos 99 y 110 numeral 4 C. Co.
- 4 Artículos 26 y 27 Ley 222 de 1995.
- 5 Artículo 28 Ley 222 de 1995.

societaria y otras de carácter extrasocietario y, de otra parte, unidad económica o empresarial, ya que normalmente un solo capital alimenta las compañías subordinadas y se remunera directa o indirectamente, sin contar con que en el fondo existe un único centro decisional en la Empresa de Grupo⁶.

No obstante los beneficios acabados de mencionar, el Grupo Empresarial, o mejor de Sociedades, puede tener como origen la constitución de sociedades de capitales, principalmente del tipo de las anónimas, en fraude a la Ley y con el objetivo de proteger los intereses de alguien o de varios que precisamente no persiguen un ejercicio adecuado de la actividad económica y por ello violan el orden jurídico; hecho este que impone analizar el tema del beneficio de la responsabilidad limitada de los accionistas y de la personalidad jurídica societaria con el fin de hacer efectiva la responsabilidad en contra de quien determina la voluntad de las sociedades subordinadas en detrimento de intereses que el ordenamiento jurídico también considera dignos de tutela, como los del tráfico jurídico en general, los de los acreedores, los de los accionistas minoritarios tanto de la sociedad cabeza de grupo como de las subordinadas, etc.⁷.

Por lo dicho, es claro que el gobierno del Grupo Empresarial, que más bien es una Empresa de Grupo, se radica en un sujeto de derecho, normalmente persona jurídica-societaria, que se conoce como matriz, cabeza de grupo o simplemente sociedad *holding*, que detenta la facultad de determinar el futuro de todas las unidades que se encuentran bajo su mando, aprovechando al máximo dos de los principales dogmas del derecho de sociedades tradicional: la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada, según los cuales cada uno de los miembros de la Empresa de Grupo tiene su propia autonomía y por tal razón no es dable hacer responder a los accionistas, en particular a la sociedad cabeza de grupo, por las obligaciones que formalmente se radican en cualquiera de los demás sujetos que conforman dicha modalidad empresarial.

Sin duda la forma del Grupo Empresarial genera importantes retos para el área jurídica, en particular para el derecho de sociedades, en la medida que principios como la personalidad jurídica societaria y la responsabilidad limitada fueron ideados como atributos de compañías independientes y autónomas, es decir, sociedades isla, en el sentido de que su voluntad se formaba exclusivamente en el seno

6 Como la Empresa en nuestro derecho privado es una actividad, no se excluye que una misma empresa sea ejercida por varios sujetos de derecho. En últimas el Grupo consiste en una estructura que separa las actividades de dirección, en cabeza de la sociedad *holding* (que es pura cuando no desarrolla actividad operativa alguna), y de intercambio o producción, en manos de las subordinadas que por tal motivo se denominan operativas. Esta es la forma natural de la Empresa Multinacional actual que de esta manera separa los riesgos de los distintos mercados y aprovecha las particulares ventajas que cada Estado concede por la constitución de compañías en sus respectivos territorios. Sobre este punto cfr. GALGANO. Ob. cit., 120.

7 P. VERRUCOLI. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*, Milano, 1964, 2. Igualmente cfr. L. MOSSA. "Responsabilità dell'unico socio di un'anonima", *Rivista di diritto commerciale*, vol. 1, Milano, 1937, 177.

de sus órganos, principalmente la Asamblea General de Accionistas impregnada fuertemente por principios democráticos.

Pero la realidad es diferente: el gobierno de la Empresa de Grupo implica que normalmente las decisiones más importantes que afectan a las distintas unidades del Grupo Empresarial, principalmente sociedades comerciales de responsabilidad limitada y anónimas, se toman en el seno de la sociedad *holding* y se imponen a las subordinadas cuyos órganos a lo sumo se constituyen para formalizar las determinaciones ya tomadas extra-asamblea. En otras palabras: las sociedades subordinadas que forman parte de un Grupo Empresarial o de Sociedades, que en últimas es una Empresa de Grupo, ya no son tan dueñas de su voluntad y por tanto no son autónomas para la toma de sus propias determinaciones, principalmente porque la mayoría se encuentra cristalizada e impone sus criterios desde afuera, antes de cualquier reunión de los órganos de las subordinadas que carecen de la dialéctica que normalmente debería existir en materia orgánica, colocando por demás en discusión el interés social de cada una de las entidades societarias que constituyen un Grupo.

La Empresa de Grupo plantea entonces interrogantes importantes al tradicional derecho de sociedades: ¿dónde queda el interés social de las sociedades que conforman el Grupo? ¿Es legítima la dirección que ejerce la sociedad cabeza de grupo? Si la respuesta a esta última pregunta es afirmativa, ¿dónde queda la protección de los accionistas minoritarios de las subordinadas que son *víctimas* de una voluntad impuesta desde afuera por administradores diferentes a los de la sociedad en que detentan acciones? ¿Qué debe hacerse con los acreedores, surgidos contractual o extracontractualmente, de las subordinadas que pueden ver su prenda general afectada por la dirección que de la Empresa de Grupo desarrolla la *holding* que se beneficia de los principios de personalidad jurídica y responsabilidad limitada para negarse a responder?⁸

No se trata de hacer notar en este escrito las inconveniencias del Grupo Empresarial, pues consideramos que uno de los grandes problemas de competitividad de una economía es sin duda la inexistencia de muchos grupos fuertes, en especial en el ambiente económico que por estas fechas vive el mundo. Es más, uno de los primeros obstáculos que debe removerse al abordar el fenómeno de los Grupos de Sociedades es el consistente en la visión negativa que muchas veces tienen el Estado y sus súbditos frente a esta forma de empresa que predomina en la actualidad, pues pareciera presumirse la mala fe como causa para expedir normas que privilegian las patologías sobre la fisiología de la Empresa de Grupo, como por ejemplo presumir la responsabilidad por el sólo hecho del control o subordinación⁹.

8 Cfr. P. CÓRDOBA. "El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo ('Corporate Governance')", en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 115 y ss.

Se busca entonces el efecto contrario: la existencia de una normativa apta para la Empresa de Grupo que normalmente persigue fines loables –al fin y al cabo la Empresa tiene una función social y no involucra sólo intereses particulares¹⁰– que contenga los remedios a las posibles patologías generadas en razón del gobierno del Grupo Empresarial ejercido por la *holding* en consonancia con nuestra tradición jurídica y en plena armonía con una visión favorable de dicha forma empresarial.

Es la responsabilidad de la sociedad cabeza de grupo un tema fundamental de nuestros días, no sólo por el interés académico que genera el argumento¹¹, sino porque últimamente a raíz de importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional¹² el tema adquirió nuevo auge en el ambiente nacional y se viene hablando de *Disregard*, *levantamiento del velo corporativo*, etc. para señalar los eventos en que una sociedad cabeza de grupo debe responder por las obligaciones de sus subordinadas. En general, se trata de indagar acerca de la actitud del derecho frente a los grupos empresariales, y en particular de opinar acerca de si en nuestro ámbito es necesario *descorrer el velo* para imputar responsabilidad a un sujeto de derecho que se desempeña como cabeza de grupo.

I. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE SOCIEDADES

El derecho de sociedades nacional, como acontece normalmente en el derecho comparado¹³, se funda en unos principios que se pueden resumir en la personalidad jurídica societaria, la responsabilidad limitada de los socios y/o accionistas y, aun con algunas atenuaciones surgidas en la práctica societaria y en legislación comparada a propósito de la sociedad anónima simplificada¹⁴, la tipicidad de las clases de sociedad que se pueden constituir por los operadores mercantiles en nuestro orden jurídico.

Se afirma a propósito de los dos primeros principios que la sociedad y sólo ella responde por sus débitos con independencia del origen contractual o extracontractual de los mismos, efectos que son indispensables en la actual vida

9 Parágrafo artículo 148 Ley 222 de 1995.

10 Artículo 333 C. P.

11 Pueden verse publicaciones nacionales muy recientes: AA. VV. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*, Congreso Internacional, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005; S. SOTOMONTE SOTOMONTE. "El fortalecimiento de la sociedad anónima por vía jurisprudencial" y "La responsabilidad societaria en el marco de la sociedad anónima", ambos en *La empresa en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 525 ss.

12 Corte Constitucional. Sentencias T-014 de 1999, SU-1023 de 2001 y C-865 de 2004, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL, respectivamente.

13 G. ROSSI. "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", en *Collana della Rivista delle Società*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1996, 17 ss.

14 A. ROJO. "La sociedad anónima como problema", en *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Madrid, Civitas, 1992, 75 ss.

empresarial, pues además de incentivar la inversión para que los agentes económicos arriesguen sólo hasta el monto de su "apuesta", se constituyen en prerrogativas legítimas en el ámbito de lo que podríamos llamar derecho de sociedades tradicional estructurado para enfrentar el fenómeno de compañías autónomas e independientes en sus intereses y objetivos.

La situación cambia sin duda cuando dichos principios, aceptados expresamente en el derecho positivo¹⁵, son utilizados por estructuras que exceden a la tradicional sociedad comercial, incluso la anónima de grandes dimensiones, por estar diseñadas sobre la base de una pluralidad de compañías y en general de personas jurídicas que son dirigidas o movidas por un solo interés radicado en otro sujeto de derecho que suele ser normalmente otra sociedad comercial conocida como *holding*. La actitud del Estado tiene que dirigirse a la protección de los intereses que por dicha circunstancia resultan más expuestos: acreedores, trabajadores, accionistas o socios externos (es decir, ajenos al poder), y en general el tráfico mercantil, inspiración de fondo de algunas leyes que en el derecho comparado tratan de verificar en la práctica y cuyos resultados aún están en discusión¹⁶.

De todas maneras, es imperativa la adecuación de la normativa comercial a la realidad económica en la cual el Grupo de Sociedades es una forma más de organizar jurídicamente la Empresa, es decir, la actividad económica organizada en el sentido del artículo 25 de nuestro Código de Comercio. Esa la razón para que el Grupo Empresarial sea uno de los argumentos de mayor auge en el actual derecho mercantil y en particular en el derecho de sociedades que parte posiblemente de una contradicción que en la realidad se constituye como el mayor atractivo de la Empresa de Grupo: se reconoce el Grupo Empresarial y se le adjudican unos efectos, pero luego se reniega del mismo cuando se propende por reforzar la independencia jurídica de cada una de las compañías que lo componen. En el caso colombiano esta actitud se plasma en los artículos 28 y siguientes de la Ley 222 de 1995 que reconocen al Grupo Empresarial como algo legítimo que se desdibuja luego con la disciplina, por ejemplo, del conflicto de intereses de los administradores y la responsabilidad de éstos¹⁷, de los órganos sociales que exige que las decisiones se tomen en Junta o Asamblea de Accionistas en el interés común de los socios o de la sociedad¹⁸, y en general de una regulación societaria diseñada hace más de 30 años con mucha sapiencia pero dirigida a sociedades independientes no insertas en la estructura de un grupo.

15 Artículos 98, 353 y 373 C. Co., entre otros.

16 A propósito de la ley alemana del 6 de septiembre de 1965, la Ley brasileña del 15 de diciembre de 1976 y la Ley 222 de 1995 en Colombia. En el seno de la integración europea la discusión se centra en el aún Proyecto de IX Directiva sobre la materia.

17 Artículos 23 y siguientes Ley 222 de 1995.

18 Ordinal 6.º artículos 187 y 420 C. Co.

La circunstancia que se presenta respecto de los Grupos de Sociedades impone una actitud del derecho que en la actualidad se encuentra diversificado para atender los distintos fenómenos que deben ser disciplinados sin que pueda esperarse a la reforma integral de los códigos y sin vulnerar los principios generales que subyacen a dichas obras que siguen siendo monumentales. El derecho contemporáneo debe diversificarse, y el colombiano no puede ser ajeno a ello respetando su historia y principios, para poder tener una actitud de cara a los eventos económicos de la actualidad y ser instrumento del Estado para gobernar supuestos de hecho que posiblemente no se tuvieron en cuenta al momento de expedirse el derecho positivo vigente, siendo para el efecto más instrumento que ciencia, y privilegiando más la concepción de gobierno que la de soberanía para solucionar mejor los problemas colectivos relacionados con la transparencia del mercado, el empleo, el ahorro y el dinamismo de las unidades productivas de la economía¹⁹.

Esa diversificación es la causa de la expedición de normas *especiales* que reforman disciplinas contenidas en los códigos, pero sin dejar de lado la tradición y los principios de nuestro ordenamiento, tal como sucede con muchos temas en nuestro derecho mercantil: normativa financiera²⁰ y bursátil²¹, de comercio electrónico²², concursal y societaria, inmersos en la Ley 222 de 1995, entre otras leyes que se han expedido para que determinadas materias no se queden sin disciplina so pretexto de una reforma integral del Código de Comercio²⁴.

Respecto del Grupo Empresarial la situación no es diferente: se requiere de una disciplina cuya base se encuentra en la Ley 222 de 1995 con algunos complementos que se hallan en otras especialidades, pero sin caer en el romanticismo de tratar de afrontar integralmente la situación con el mismo derecho de sociedades de hace décadas, pues, sin irrespetar los principios generales en materia obligacional y de responsabilidad, debe consagrarse un pacto entre los dogmas de la personalidad jurídica y de la responsabilidad limitada con la legitimación de un sujeto de derecho para ejercer unidad de propósito y dirección sobre varias personas jurídicas a fin de que en eventos de abuso de la figura grupal se pueda lograr el fin principal de todo sistema de responsabilidad: la reparación de la víctima de dicho exceso. En otros términos: la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada del socio o accionista no deben ser absolutos en tratándose del

19 Sobre la actitud del derecho frente al fenómeno de los Grupos Empresariales cfr. CH. HANNOUN. "Le droit et les Groupes des Sociétés", en *Bibliothèque de droit privé*, Paris, 1991.

20 Decreto 663 de 1993.

21 Ley 964 de 2005.

22 Ley 527 de 1999.

23 Leyes 222 de 1995 y 550 de 1999.

24 De todas maneras, existen incoherencias de algunas leyes especiales con los principios y valores contenidos en los códigos Civil y de Comercio, obras que aún son aplicables y que proporcionan mejores soluciones a las suministradas por algunas de estas leyes especiales que parecieran más el fruto de la necesidad de estar a la moda que del interés de contar con reglas jurídicas coherentes y aptas para nuestra colectividad.

Grupo Empresarial, esto sin llegar al extremo de sacrificar la seguridad jurídica tan preciada en materia económica, razón por la cual la responsabilidad de la sociedad cabeza de grupo debe ser la excepción y no la regla general pues, entre otras razones, no existe la prueba que permita suponer que siempre que existe un Grupo Empresarial se presenta abuso de quien en el fondo ejerce como jefe de empresa, y mucho menos puede pensarse que la situación de control o subordinación siempre puede ser asimilada en sus efectos a la existencia de una Empresa de Grupo.

A. Tipicidad societaria

Nuestro Código de Comercio en el libro II, que contiene la generalidad de lo que se puede denominar derecho societario privado²⁵, no tiene de manera expresa una norma que consagre el principio de tipicidad, pero sí algunos preceptos que permiten deducir la exclusión en nuestro ordenamiento jurídico de la conocida en doctrina como sociedad atípica. Por ejemplo, el ordinal 2.º del artículo 110 C. Co. que exige en la escritura de constitución la inclusión del nombre según el tipo de sociedad que se constituye y, más aún, respetando las normas de cada uno de los tipos societarios regulados en el Código citado; también puede traerse a colación el inciso 1.º del artículo 167 C. Co. que a propósito de la transformación dispone de manera imperativa que sólo procede dicha reforma estatutaria cuando se adopta cualquiera de las formas de sociedad reguladas en la codificación mercantil.

Es más, la estructura de nuestro derecho de sociedades privado es bastante indicativa de la vigencia del principio de tipicidad societaria: se opta por una parte general aplicable a todas las formas de sociedad contenidas en el Código de Comercio pero luego se afirma que las normas que regulan cada uno de los tipos de sociedad priman sobre las disposiciones de la parte general del libro II, orientación cuyos efectos se palpan en materia de aportes, utilidades, administración de los negocios sociales, órganos sociales, etc. de los distintos tipos societarios²⁶.

No obstante constatar que la tipicidad societaria es un principio inmanente en el derecho de sociedades nacional, cabe preguntarse cuál es su razón de ser e indagar acerca de su justificación actual, sin dejar de lado su estrecha relación con la personificación jurídica de la sociedad comercial y con el régimen de responsabilidad de los socios o accionistas.

25 El derecho de sociedades colombiano tiene una doble naturaleza de derecho público y de derecho privado. El primero, por ejemplo en materia bursátil cuando se exige la adopción de códigos de buen gobierno, como ocurre con la Resolución 275 de 2001 emitida por la entonces Superintendencia de Valores; el segundo básicamente contenido en el libro II del Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995.

26 Artículo 259 C. Co., disposición que es aplicación del principio de primacía de la norma especial sobre la norma general contenido en el artículo 5.º de la Ley 57 de 1887.

1. Fundamentos de la tipicidad societaria

En Colombia puede adoptarse cualquiera de los siguientes tipos de sociedad: sociedad colectiva²⁷, sociedades en comandita²⁸, sociedad de responsabilidad limitada²⁹, sociedad anónima³⁰, sociedad de economía mixta³¹, empresa de servicios públicos³² y sociedad de hecho³³. Vale la pena aclarar que existen normas especiales que obligan a ciertas compañías el adoptar cualquiera de los tipos de sociedad aquí enunciados, tal como acontece con las leyes 45 de 1990 y 100 de 1993, para citar apenas dos ejemplos³⁴.

Cada uno de estos tipos de sociedad está diseñado teniendo en cuenta las necesidades económicas y jurídicas de la actividad empresarial que la sociedad pretende desarrollar en su calidad de comerciante, y de los socios o accionistas que intervienen desde el inicio o con posterioridad. Cada tipo de sociedad tiene elementos referidos a su esencia y a su naturaleza, siendo posible mediante la estipulación de los particulares modificar los segundos ya que las sociedades comerciales en nuestro sistema surgen exclusivamente de un contrato³⁵ al que le es aplicable el artículo 1501 C. C.³⁶.

Es claro entonces que los contratantes, o posteriormente los socios o accionistas, pueden variar mediante la estipulación los elementos naturales del tipo de sociedad que pretenden constituir o que se encuentra en vigencia, como sucede

27 Artículos 294 y ss. C. Co.

28 Artículos 323 y ss. C. Co., que regulan la sociedad en comandita simple y la sociedad en comandita por acciones.

29 Artículos 353 y ss. C. Co.

30 Artículos 373 y ss. C. Co.

31 Artículos 461 y ss. C. Co.

32 Artículo 19 Ley 142 de 1994.

33 Artículos 498 y ss. C. Co.

34 L. C. NEIRA. *Apuntaciones Generales al derecho de sociedades*, Bogotá, Temis, 2006, 19. El ilustre profesor y doctrinante manifiesta que las leyes especiales no crean nuevos tipos de sociedad sino que remiten a la regulación ya contenida en la Ley, es decir en el Código de Comercio. No obstante lo afirmado por tan importante jurista, dicha afirmación no se extiende a las empresas de servicios públicos ya que la Ley 142 de 1994 en su artículo 1915 afirma: "En lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas", dejando en claro que la norma distingue a la empresa de servicios públicos de la sociedad anónima, lo cual se compadece con lo dispuesto por el artículo 14 *ibidem* que afirma que se trata de una sociedad por acciones que debemos entender como diferente a la en comandita por acciones y la anónima. Puede verse C. A. ATEHORTÚA. *Servicios públicos domiciliarios. Legislación y jurisprudencia*, Dike, 2003, 83 y ss., quien cita a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 10 de septiembre de 1998, M. P.: AUGUSTO TREJOS JARAMILLO, quien manifestó que el control fiscal procede sobre las empresas de servicios públicos, "No por tratarse de sociedades de economía mixta, pues como ya se analizó aquellas empresas constituyen una nueva categoría de personas jurídicas".

35 Artículo 98 C. Co.

36 Como la sociedad surge de un contrato es claro que le son aplicables las normas generales que sobre el contrato tienen tanto el Código de Comercio como el Código Civil, más aún por lo previsto en los artículos 2.º y 822 de la codificación mercantil.

por ejemplo en materia de derecho de preferencia en la negociación de participaciones sociales en la Sociedad de Responsabilidad Limitada y en la Sociedad Anónima, pues mientras en la primera dicha prerrogativa es un elemento natural³⁷, en la segunda es de la naturaleza la libre enajenación de las acciones en que se encuentra dividido y representado el capital social³⁸.

Sin duda la variación que por la autonomía privada se hace de los elementos naturales de los tipos de sociedad puede llevar a confusión, y posiblemente a una derogación parcial en la práctica del principio de tipicidad de las sociedades mercantiles, pero es claro que lo fundamental de cada tipo societario no puede ser variado y por tanto conserva su vigencia dicho paradigma, principalmente por lo dispuesto en materia de responsabilidad de los socios o accionistas que no puede, en principio, ser variado³⁹. Cabe mencionar que existe una aplicación indirecta de las normas sobre la sociedad anónima a los demás tipos de sociedad, ello con ocasión de lo dispuesto por los artículos 352 y 372 C. Co., que podría llevar a afirmar que existe en nuestro orden societario una marcada influencia de dicho tipo de sociedad, pero es claro de todas maneras que la remisión a la que se hace referencia no afecta los caracteres fundamentales y especiales de los demás tipos de sociedad⁴⁰.

Se puede concluir entonces que, no obstante la cercanía que en la práctica se presenta entre algunos tipos de sociedad, el principio de tipicidad sigue vigente en nuestro orden societario, y que cualquier estipulación que varíe en lo esencial el diseño del legislador será sancionada por el ordenamiento jurídico, eso sí, siendo posible que las disposiciones creadas por los contratantes modifiquen los elementos naturales de algunas formas societarias.

a. Fundamentos económicos

La tipicidad societaria se encuentra estrechamente ligada con el tipo de empresa que se pretende desarrollar y que constituye la causa del contrato de sociedad: la Sociedad Anónima diseñada para la gran empresa, la de Responsabilidad Limitada para la mediana y pequeña empresa, la en Comandita para una mediana empresa caracterizada por unos socios que a cambio de no intervenir en la gestión y administración corren un riesgo limitado, y la Sociedad Colectiva estructurada para pequeñas empresas, posiblemente familiares, ejercidas directamente por los

37 Artículo 363 C. Co.

38 Ordinal 3.º artículo 379 C. Co.

39 No podría estipularse que en la sociedad colectiva los socios no responden por las obligaciones de la sociedad pues ello vulneraría una norma imperativa que consagra un elemento esencial de este tipo de sociedad.

40 Por ejemplo, a pesar de lo previsto en el artículo 372 C. Co., el capital social de la sociedad de responsabilidad limitada se halla dividido en cuotas sociales y su cesión implica una reforma estatutaria.

socios. Es claro entonces que la dimensión y clase de empresa a desarrollar por parte de la sociedad mercantil es fundamento importante de la tipicidad⁴¹.

Pero existe otro criterio económico que subyace a la tipicidad societaria: la participación de los socios en la dirección y gestión de los negocios sociales, es decir, la separación radical o atenuada entre Gobierno Societario y propiedad de las partes de interés, cuotas sociales y acciones. La Sociedad Colectiva está hecha para ser dirigida, gestionada y representada por todos y cada uno de los socios, hasta el extremo que delegar implica posiblemente una reforma estatutaria⁴² mientras que las Sociedades en Comandita se fundan en que la administración social sólo incluye a la categoría de los gestores y que los comanditarios requieren para el efecto delegación expresa y específica⁴³. La Sociedad de Responsabilidad Limitada se caracteriza en este punto por entregar la administración y representación de la sociedad a todos y cada uno de los socios⁴⁴, pero se puede disponer en contrario sin requerirse reforma estatutaria, a menos que se hubiere estipulado expresamente la prohibición de delegar. La Sociedad Anónima está levantada sobre el principio de que su gobierno no confluye con la propiedad accionaria⁴⁵ pues se presume que es imposible que toda la extensa masa de accionistas pueda participar en su dirección y representación, siendo posible de todas maneras en pequeñas anónimas la coincidencia de la propiedad accionaria y el Gobierno Corporativo.

Ahora bien, puede afirmarse que los dos aspectos o fundamentos acabados de mencionar originan, o al menos tienen incidencia, en un tercer fundamento económico consistente en el riesgo de la inversión: el legislador societario, dependiendo del tamaño de la empresa y de la intervención de los socios o accionistas, se separa del régimen general que establece que se responde con todo el patrimonio en virtud de la prenda general de los acreedores y por ende dispone que, dependiendo del tipo de sociedad, los socios o accionistas tienen determinada responsabilidad por las obligaciones sociales. En otros términos: cada tipo de sociedad se distingue por un régimen de responsabilidad de los socios o accionistas que si intervienen en la administración de los negocios sociales renuncian de manera implícita a los beneficios de responder limitadamente en los casos en los que se otorga dicha prerrogativa⁴⁶.

Para terminar este punto vale la pena llamar la atención sobre cómo el derecho patrimonial, por vía general, se disocia de una realidad económica inmanente a la inversión: en el mundo de lo jurídico lo normal es la responsabilidad ilimitada, y en la economía es claro que cuando se invierte, de manera implícita,

41 R. URÍA. *Derecho mercantil*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2001, 150.

42 Artículos 310 y ss. C. Co.

43 Artículos 326 y 327 C. Co.

44 Artículo 358 C. Co.

45 Artículos 373 y 434 y ss. C. Co.

46 Como administrador se responde solidaria e ilimitadamente sin atender al tipo de sociedad que se gestiona.

se apuesta hasta el monto de lo invertido, siendo paradójico que el derecho trate de manera especial algo que es lógico desde el punto de vista económico.

No obstante dicha discordancia entre derecho y economía, es clara la prevalencia del carácter consuetudinario del derecho comercial por cuanto la tipicidad societaria descansa sobre una dinámica económica y social que constituye el origen de los diversos tipos de sociedad. Es la normativa la que siguió a la práctica mercantil y no al contrario, por lo que se puede afirmar que los tipos de sociedad surgieron del mundo de los negocios y no en el laboratorio de los juristas⁴⁷.

b. Fundamentos jurídicos

El derecho a menudo acoge diseños para ordenar los efectos jurídicos de las situaciones creadas por los destinatarios de las normas, siendo el derecho penal, el derecho contractual y el derecho de sociedades ejemplo de dicha metodología. Se tipifican las conductas o las actuaciones de los operadores jurídicos para determinar las reglas aplicables que en algunas ocasiones se mueven dependiendo de dos puntos de vista: aquello que no se encuentra tipificado no tiene efectos jurídicos, tal como ocurre respecto del derecho penal, y sólo pueden crearse tipos permitidos expresamente en la ley, como sucede en materia societaria.

La tipicidad societaria tiene una función garantizadora y limitante en virtud de la cual no todas las actuaciones dirigidas a crear sociedades mercantiles tienen la atribución normativa de tipo, pues éste existe en la medida que haya sido acogido por el ordenamiento jurídico. El tipo societario existe cuando es acogido por el derecho positivo que determina cuáles conductas pueden tener como efecto jurídico la atribución del carácter de tipo⁴⁸. El derecho comercial determina qué formas asociativas tipifica, de acuerdo con el carácter consuetudinario de dicha área del derecho privado, según van evolucionando las necesidades de la Empresa que se pretende ejercer en forma de sociedad mercantil y el contenido de las estipulaciones de los contratantes que son fruto de la autonomía de la voluntad⁴⁹.

Pero no debe olvidarse que de todas maneras la tipicidad societaria tiene como fundamento y función limitar la autonomía de la voluntad de los contratantes en provecho del tráfico jurídico en general que estará informado sobre la responsabilidad que asumen los socios o accionistas, sin olvidar la importancia de conocer las normas básicas e imperativas que regulan la creación, estructura, funcionamiento y terminación de cada uno de los tipos de sociedad⁵⁰.

47 En este sentido cfr. L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA. *La atipicidad en el derecho de sociedades*, Zaragoza, Pórtico, 1977, 35.

48 E. BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975.

49 G. FERRI y C. ANGELICI. *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, Utet, 1997, 253 ss.; M. CELIA MARSILI. *Societades comerciales. El problema de la tipicidad*, Buenos Aires, Rubinzal y Culzoni, 2003, 25.

El derecho de sociedades nacional acoge el esquema de tipicidad societaria y en tal virtud rechaza la sociedad atípica como una manifestación clara de una barrera a la autonomía de los privados que no se pueden salir de los moldes que de forma imperativa constituyen la esencia de cada tipo de compañía. Si bien la autonomía privada es la regla general cuando estamos en la órbita del derecho privado⁵¹ que dispone que los particulares o quienes actúen como tales pueden hacer todo aquello que no les esté prohibido, es claro que la tipicidad societaria se constituye como un límite a dicha libertad ya que impone el respeto de unos elementos de la esencia de los diferentes tipos de sociedad comercial, quedando espacio para cambiar únicamente aquellos elementos referidos a la naturaleza de la clase o tipo de sociedad que se pretende constituir para ejercer la actividad empresarial.

En cuanto a la justificación de dicha excepción a la regla general de autonomía contractual a la que en principio pareciera sometida la materia societaria, puede optarse por dos posiciones: la primera dirigida a afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad comercial surge exclusivamente de un contrato y por tal motivo no existe razón para predicar un tratamiento diferente al contenido en el Código de Comercio, y de contera en el Código Civil, en materia contractual, según el cual la autonomía de la voluntad es la reina. Lo único que disocia al contrato de sociedad de los contratos tradicionales de derecho privado es su carácter plurilateral, y al respecto el derecho positivo ya estableció las consecuencias de dicha naturaleza⁵².

Una segunda perspectiva acepta que la sociedad comercial surge de un contrato pero que a diferencia de los contratos en general, donde la atipicidad puede ser admitida, es claro que siempre que se estipule, sin importar la clase de negocio jurídico que se esté celebrando, deben ser respetados los intereses superiores que el derecho está llamado a proteger. La sociedad comercial viene a ser una forma más que suministra el ordenamiento para organizar jurídicamente la Empresa, esto es, la actividad económica organizada, y por tal razón existen intereses superiores que la autonomía privada no puede desconocer. No es un secreto que la Empresa, con independencia de su forma jurídica, tiene una función social⁵³ e involucra intereses que exceden a los de los contratantes que crean al empresario que ejercerá dicha actividad.

La autonomía de la voluntad no puede constituirse en un mecanismo para desconocer que en materia societaria se encuentran involucrados intereses generales que exceden a las partes ya que el empresario, sea o no de naturaleza

50 P. G. JAEGER y F. DENOZZA. *Appunti di diritto commerciale*, 1, Milano, Giuffrè, 1997, 130, citado por MARSILI. Ob. cit., 25.

51 Artículo 6.º C. P.

52 En particular en materia de la *exceptio non adimpleti contractus* cuando se afirma en el artículo 865 C. Co. que esta no procede en los contratos plurilaterales y respecto de los efectos de la declaración de nulidad en el artículo 903 ibídem.

53 Artículo 333 C. P.

societaria, no puede ser ajeno a la función social de la actividad económica que ejerce. Las normas de derecho público impregnan el derecho de sociedades en razón de los intereses en juego, y por ende la tipicidad es una herramienta bastante importante puesta al servicio de intereses superiores.

A diferencia de lo que ocurre en materia contractual general, donde las partes pueden crear figuras atípicas que en principio se circunscriben a ellas en razón del efecto relativo de los contratos⁵⁴ y de encontrarse involucrado exclusivamente su interés, en el campo de las sociedades comerciales se trata no sólo de las relaciones entre los contratantes sino, en principio, de la imputación y de los efectos de las relaciones de la sociedad con los terceros, en particular en lo concerniente al papel que juegan los socios en el gobierno de la sociedad y en materia de responsabilidad por las obligaciones sociales. Saben así los terceros a qué atenerse en materia de administración y representación legal, de la razón social o de la denominación social deducen el régimen de responsabilidad de los socios, la forma en que se divide y representa el capital, las causales por las que la compañía puede dejar de desarrollar su objeto social, si existen normas especiales que relacionen el tipo de sociedad con la actividad económica que ejerce, si hay requerimientos particulares para la distribución de utilidades y en general para la toma de decisiones de sus órganos, etc.

Entonces la tipicidad cumple una función que excede a las partes del contrato de sociedad y por ende involucra de manera principal la responsabilidad de los socios o accionistas por las actuaciones u omisiones de la compañía, punto que es importante recalcar cuando se expresan algunos argumentos en materia de responsabilidad de la sociedad cabeza de un Grupo Empresarial. La verdad, baste decir ahora que cuando las partes obvian las normas imperativas que disciplinan los distintos tipos de sociedad admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, además de generar, posiblemente, la correspondiente nulidad absoluta⁵⁵, se incurre en responsabilidad por las obligaciones de la sociedad, tengan éstas origen contractual o extracontractual, solución que es idéntica cuando de hecho los socios o accionistas, iniciales o sobrevinientes, utilizan el esquema o tipo societario en contravía de las normas imperativas atinentes al diseño tipológico de la sociedad comercial con independencia de que en el contrato se hubieran respetado las normas imperativas a las que se hizo referencia.

B. Personalidad jurídica y responsabilidad limitada

En este aparte es pertinente recordar, junto a las *societas publicanorum* del derecho romano, a SINIBALDO DI FIESCHI y su teoría de la persona ficticia para exonerar a las ciudades de la excomunión de todos sus habitantes y considerar también a la Iglesia

54 Artículo 1602 C. C.

55 Artículo 899 C. Co.

como un cuerpo místico para salvaguardar la unidad y los bienes destinados al oficio religioso. Fundamental es también la evolución de la responsabilidad limitada a partir de las compañías coloniales de los siglos XVII y XVIII que se caracterizaban por ser empresas que juntaban grandes capitales provenientes de distintas clases sociales, que se originaban en un decreto proveniente del poder público denominado *octroi*, el cual reconocía básicamente un derecho al dividendo y la responsabilidad limitada al aporte efectuado⁵⁶.

Dicha responsabilidad limitada se caracterizaba por ser un privilegio del que gozaban exclusivamente las personas ajenas a la dirección de las compañías coloniales, circunstancia que varió cuando la sociedad anónima se trasladó al derecho privado en el cual dicho tipo de sociedad viene a ser considerado como el mecanismo más apto para juntar grandes capitales distribuyendo de manera racional el riesgo, perspectiva que fue acogida en primer lugar por el Código de Comercio francés de 1807⁵⁷.

Se resalta entonces que los conceptos de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada que en algún momento por la función que cumplen en el derecho de sociedades podrían llegar a ser confundidos, tienen una evolución independiente que lleva a cuestionarse acerca de si siempre que se responsabiliza a un socio o accionista, en este caso a una sociedad cabeza de grupo, que puede serlo sin necesidad de ostentar el *statu soci*⁵⁸, se prescinde de la personalidad jurídica de la sociedad que, en principio, debería honrar sus débitos.

En realidad, cuando se hace referencia a la personalidad jurídica societaria y a la responsabilidad limitada, a los modos de obtener dichas prerrogativas y a los efectos de cada una de ellas, tiende la doctrina nacional⁵⁹ a entender que una y otra son iguales, que cumplen casi la misma función y que siempre que se responsabiliza a la persona natural o jurídica que está detrás del ente societario se trata de una aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo, o del *Disregard of Legal Entity*, desconociendo posiblemente nuestra tradición, y tra-

56 ESTEBAN VELASCO. *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, cit., 44; J. GARRIGUES. *Tratado de derecho mercantil*, I, Madrid, 1947, 606 ss.; J. GIRÓN. *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, 1 ss.; F. GALGANO. *Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1976, 115 ss.; A. BRUNETTI. *Trattato del diritto delle società*, II, Milano, 1948, 1 ss.; A. MIGNOLI. "Idee e problemi nell'evoluzione della 'company' inglese", *Rivista Società*, 1960, 663 y ss.

57 Del *Code de Commerce* se resaltan los artículos 19 y 33: el primero referido a la posibilidad de constituer sociedades colectivas, comanditarias y anónimas, y el segundo que limita, por vía general y sin necesidad de concesión alguna, la responsabilidad de los accionistas al monto de sus respectivos aportes.

58 Se hace referencia a la posibilidad de detentar el control o subordinación sin necesidad de tener participación en el capital de las subordinadas, en particular por lo previsto en los ordinales 2.º y 3.º artículo 27 de la Ley 222 de 1995 referidos al control interno de hecho y al control externo o contractual. Cfr. CÓRDOBA. *El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo*, cit., 131 y ss.

59 F. REYES. *Derecho societario*, I, Bogotá, Temis, 2002, 213 y ss.; I. SANÍN. "El *disregard* societario en el Estatuto Tributario", en AA. VV. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*, cit., 27 y ss.

tando de bautizar con algo de novedad un fenómeno que no es nuevo en razón de que se encuentra desarrollado en nuestro régimen general de responsabilidad. La personalidad jurídica y la responsabilidad limitada tienen diferentes momentos históricos: la primera en sus modalidades de concesión pura a la manera del *common law* o bajo la vigencia del sistema normativo otorgado por el artículo 33 del *Code de Commerce* de 1807; la segunda en forma de un *octroi* para estimular las políticas de Estado y el comercio en ultramar⁶⁰.

1. La personalidad jurídica⁶¹

Se dijo que la Empresa, entendida como una actividad económica organizada, puede ser ejercida mediante diferentes mecanismos que provee el derecho: desde patrimonios autónomos hasta entes morales, comenzando obviamente por el comerciante, hoy empresario, persona natural. Pero sin duda, puede considerarse que uno de los mayores aportes que ha efectuado el derecho de sociedades a la Empresa es permitirle a ésta ostentar, mediante el instituto societario, una personalidad propia⁶², tal como lo admite el derecho positivo nacional en el inciso 2.º del artículo 98 C. Co.

De esta forma, la sociedad-persona jurídica es una contratante diferente a los sujetos que le dieron vida jurídica vía contrato, y en general se distingue de los socios y accionistas iniciales o sobrevivientes, de sus administradores y de sus proveedores y consumidores, lo cual lleva a afirmar que en nuestro derecho de

60 ESTEBAN. *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, cit., 43 y ss. La evolución del concepto de persona jurídica en las familias del derecho occidental puede verse en VERRUCOLI. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella Common Law e nella Civil Law*, cit., 2 y ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO. *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1991, 137 y ss.; F. FERRARA. *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli y Torino, 1923, 131 y ss.; T. ASCARELLI. "Considerazioni in tema di società e personalità giuridica", *Rivista di diritto commerciale*, 1954, 1, 245 y ss.

61 No es este el escenario para repetir todo lo que grandes doctrinantes han aportando al concepto de persona jurídica, además de que sería pretensioso hacerlo. Simplemente se expresará una opinión sobre la función que cumple la personalidad jurídica en materia societaria en la perspectiva de la responsabilidad de los socios y/o accionistas, y en particular de una sociedad cabeza de grupo. Adicionalmente, tampoco se hará referencia a la adquisición de la personalidad jurídica, pues si bien era claro que el momento de la escritura pública de constitución era el hecho generador, la Ley 1014 de 2006 generó muchas zonas grises y, a nuestro juicio, desorden en razón de la desigualdad que se creó y la poca claridad acerca de la unidad de materia que debe tener toda ley.

62 El mérito del derecho de sociedades está en conjugar unos atributos que otras formas asociativas no suministran a los operadores económicos: la citada personalidad jurídica, que en nuestro sistema es general para todos los tipos societarios con excepción de la sociedad de hecho; la personalidad jurídica; la posibilidad de transferir la condición de socio que es más palpable en las sociedades anónimas; la evolución hacia el profesionalismo en la administración y, en las sociedades inscritas, la particular forma que puede adquirir la arquitectura de la propiedad accionaria. Cfr., en el derecho comparado, la excelente obra AA. VV. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, New York, 2004.

sociedades, cuando el contrato de sociedad cumple con todos sus efectos, la sociedad es una *persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*. Entonces no son los socios o accionistas los que contratan, ni sus administradores: es la persona jurídica-sociedad comercial la que se relaciona como agente en el tráfico mercantil, con los atributos propios de su naturaleza: nombre, patrimonio, domicilio, etc., lo cual la habilita para tener sus propios derechos y obligaciones diferentes a los de otros sujetos de derecho como sus propios creadores, socios o accionistas. Ese es uno de los principales efectos de la personalidad jurídica societaria: diferenciar las obligaciones y derechos que existen en cabeza de la sociedad de los que se radican en sus socios o accionistas y en sus administradores.

Con la personalidad jurídica las sociedades comerciales se constituyen en el mejor mecanismo para imputar los contratos que conlleva la actividad económica organizada, es decir la Empresa, desempeñando un papel fundamental en la coordinación entre quienes celebran el contrato de sociedad y los consumidores de los productos y servicios que el ente societario produce y presta⁶³. Cualquier inconformidad de los segundos deben dirigirla a la persona jurídica societaria que tiene un patrimonio conformado por los aportes de los contratantes⁶⁴ principalmente para responder a sus acreedores en virtud de la prenda general de los acreedores.

En ese orden de ideas, puede decirse que una es la prenda general a favor de los acreedores de los socios o accionistas, y otra es la prenda general a favor de los acreedores de la persona jurídica-sociedad comercial que por tal razón tienen una protección en la personalidad jurídica de la sociedad que se convierte en vital defensa de los derechos de los acreedores sociales, como por ejemplo en los presupuestos que se deben cumplir para obtener de la Superintendencia de Sociedades la autorización para disminuir el capital social cuando media un reembolso de aportes⁶⁵.

La sociedad que es sujeto de derecho puede disponer libremente de sus bienes y contraer las obligaciones, con las limitaciones que le imponen sus Estatutos

63 R. CLARK. "Agency Costs versus Fiduciary Duties", en J. PRATT y R. ZECKHAUSER. *Principals and Agents: The Structure of Business*, 1984. Sobre esta función que cumple la sociedad anónima cfr. F. EASTERBROOK y D. FISCHER. *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge Ma, y London, Harvard University Press, 1991.

64 Artículos 122 y ss. C. Co. Si uno observa, la principal razón de las normas sobre pago del aporte es la de constituir el patrimonio de la persona jurídica-sociedad comercial, motivo por el cual existen normas acerca de la valoración de los aportes en especie y la responsabilidad que los socios y/o accionistas asumen por dicha actuación, preceptos en la parte especial del libro II del Código de Comercio que exigen determinados plazos para el pago del aporte dependiendo del tipo de sociedad que se constituye, tal como acontece con las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas en los artículos 354 y 376 *ibidem*, etc.

65 Artículo 145 C. Co. Esta norma es una clara demostración del fin que persigue nuestro derecho de sociedades al consagrarla: la protección del patrimonio de la sociedad cuando se disminuye el capital y existe un reembolso de aportes a los socios, lo cual implica una disminución del patrimonio de la persona jurídica y por tanto una desmejora de la posición de los acreedores sociales. En últimas, se pretende conservar en lo posible el patrimonio de la persona jurídica para no desmejorar la prenda general de los acreedores.

Sociales y la ley⁶⁶, incluso a favor de sus acreedores, pues la separación patrimonial que proporciona la personalidad jurídica permite que los activos sociales tengan una protección frente a los administradores y accionistas. En esa perspectiva es claro que el patrimonio social está preferentemente dirigido a honrar las obligaciones de la sociedad, motivo por el que existen normas que de forma imperativa ordenan que primero se paga el pasivo externo que las acreencias a favor de los socios o accionistas⁶⁷. En otros términos: el patrimonio de la sociedad, que es un atributo de la personalidad, se encuentra expuesto frente a sus acreedores, principalmente los de origen contractual⁶⁸, lo cual aumenta la credibilidad de la empresa societaria.

Adicionalmente, la personalidad jurídica conlleva que cuando se aporte un bien o servicio por parte de los socios o accionistas iniciales o sobrevivientes existe, salvo estipulación en contrario, una transferencia patrimonial a la persona jurídica creada, razón por la cual los acreedores de los socios o accionistas solamente pueden perseguir la participación que su deudor tenga en el capital social (parte de interés, cuota social o acción), quedando a salvo los activos de la compañía y por tanto logrando una protección del valor de la empresa societaria respecto de las contingencias que se suceden en la vida de los socios.

La verdad es que la personalidad jurídica societaria no fue concebida para proteger a los socios o accionistas de los acreedores sociales: todo lo contrario, dicha prerrogativa protege los activos de la persona jurídica-sociedad de los acreedores personales de los titulares de las partes de interés, cuotas sociales o acciones. Sin duda, la personalidad jurídica coadyuva a la estabilidad de la empresa societaria pues aísla el valor de esta de las vicisitudes de los socios, consistiendo, en últimas, en el contrapeso de la responsabilidad limitada que en algunos tipos de sociedad concede el ordenamiento para lograr el efecto contrario que es proteger el patrimonio de los socios o accionistas de los acreedores sociales⁶⁹.

66 Particularmente las relacionadas con la especificidad del objeto social que es exigida en los artículos 99 y 110 ordinal 4.º C. Co.

67 El ordinal 2.º artículo 143 C. Co. que permite la restitución del aporte durante la liquidación del patrimonio social únicamente cuando se haya pagado la totalidad del pasivo externo y se haya expresamente estipulado dicha restitución. Igualmente el artículo 240 *ibidem* en relación con los bienes respecto de los cuales se pactó la distribución en especie durante la liquidación: ello sólo procede si se pagó el pasivo externo. Algo parecido con lo dispuesto por el artículo 241 de la misma obra: no se puede distribuir nada entre los socios y/o accionistas si no se ha honrado totalmente el pasivo externo. En verdad, nuestro serecho de sociedades protege a los acreedores, y por excepción los socios y/o accionistas están en la misma posición de los primeros, tal como sucede con el artículo 156 *ibidem* que manifiesta que las utilidades ya decretadas, más exactamente los dividendos, forman parte del pasivo externo, pero para llegar allá de todas maneras se ha debido respetar toda la normativa que indica que primero deben restarse las sumas por impuestos, etc.

68 Artículos 1602 y ss. C. C.

69 H. HANSMANN y R. KRAAKMAN. "What is Corporate Law", en AA. VV. *The Anatomy of Corporate Law*, cit., 6 y ss.

Entonces es muy dudoso que sea correcto afirmar que eliminando la personalidad jurídica o *descorriendo el velo* se logra responsabilizar a los socios y en particular a una sociedad cabeza de grupo por las obligaciones de sus subordinadas, ya que no es razonable manifestar que para imputar responsabilidad a una sociedad matriz es menester hacer caso omiso de una garantía que el ordenamiento societario proporciona precisamente para favorecer a la prenda general de las subordinadas respecto de los acreedores de la sociedad cabeza de grupo.

Para finalizar este punto, es menester confirmar que la personalidad jurídica cumple también el papel de vaso comunicante de las relaciones inter-socios: por ejemplo, es la sociedad quien exige el pago de aporte ante el socio o accionista incumplido y en mora⁷⁰, algo bastante compatible con la naturaleza de plurilateral del contrato de sociedad que impide la *exceptio non adimplecti contractus*⁷¹. Llama la atención también algo fundamental que es efecto de la personalidad jurídica, especialmente en materia de Gobierno Corporativo: los administradores lo son de la sociedad y por ende no tienen relación contractual alguna con los socios o accionistas que deberán acudir a la vía de la responsabilidad aquiliana para perseguir, en su propio interés, a los directores de la compañía⁷².

2. La responsabilidad limitada

En pocas palabras, la responsabilidad limitada implica que los socios y los administradores no son perseguidos, salvo estipulación en contrario en casos concretos, por las obligaciones de la sociedad. Se trata de una prerrogativa que, si bien no es nueva⁷³, es aceptada como algo natural de algunos tipos de sociedad en virtud de que se constituye en importante instrumento contractual y un recurso financiero inigualable. Se anota que en términos estrictamente jurídicos la responsabilidad limitada puede ser un contrasentido en virtud de que atenta contra la regla

70 Artículos 125 y 397 C. Co.

71 Artículo 865 C. Co. Se recuerda que es la sociedad la que adeuda los dividendos decretados a favor de los accionistas o socios, y que son éstos los que adeudan a la sociedad sus aportes. Igualmente, se llama la atención acerca del rol que cumple la persona jurídica-sociedad comercial en temas como el contrato de suscripción de acciones, la emisión y colocación de acciones, etc., que son fenómenos que denotan una relación entre la sociedad y sus accionistas, y no de éstos entre sí.

72 Los administradores son mandatarios de la sociedad que es el sujeto en el cual recae un interés contractual específico y que, en caso de incumplimiento, puede defender sus derechos mediante el ejercicio de la acción social de responsabilidad que no es una alternativa diseñada para solucionar las controversias inter-socios o entre éstos y los *managers*. Esa distinción constituye uno de los principales avances de la Ley 222 de 1995, artículos 23 y ss.

73 Ya se hizo mención a las compañías que eran fundadas mediante un *octroi*. En el *Common Law* puede decirse que sólo desde mediados del siglo XIX en el Reino Unido se admitió la responsabilidad limitada, y en Estados Unidos el precursor de dicha prerrogativa fue el estado de California en 1931. Cfr. P. DAVIES. *Principles of Modern Company Law*, London, Sweet & Maxwell, 1997; P. BLUMBERG. "Limited Liability and Corporate Groups", *Journal of Corporate Law*, n.º 11, 1986, 573 y ss.

de la prenda general de los acreedores⁷⁴ que implica que en el derecho se responde con todo el patrimonio por las obligaciones. Sin duda, existe contradicción entre lo económico y lo jurídico en esta materia: para los economistas el riesgo de la inversión va implícito en la cuantía de la misma, siendo ilógico responder más allá de lo apostado y de contera afirmar que cuando se invierte se juega todo el patrimonio. En el derecho la regla general es la contraria: por todas las obligaciones, generadas o no en una inversión, se responde con todo sin atender al monto de lo invertido como un tope, motivo por el cual la limitación de la responsabilidad es una prerrogativa que el derecho concede sólo en algunas hipótesis en las que por política legislativa se consideró conveniente de suministrar, tal como sucede en algunos tipos de sociedad⁷⁵, en la fiducia mercantil⁷⁶ y respecto del armador⁷⁷.

Es pertinente decir que no es la sociedad mercantil la que tiene una responsabilidad limitada, pues ella responde con todo su patrimonio a sus acreedores, sino quienes actúan como socios o accionistas, dependiendo del tipo de sociedad que se constituye. La responsabilidad limitada indica sólo que quien invierte en determinados tipos de sociedad no responde sino hasta lo invertido.

Cuando se examinan la personalidad jurídica de la sociedad comercial y la responsabilidad limitada que en algunos tipos societarios se suministra por el legislador, puede llegarse a confusiones como concebir a la personalidad jurídica como el mecanismo por el cual los socios o accionistas no responden con su patrimonio por las obligaciones sociales y por esa vía deducir que para imputar dicha responsabilidad es menester abatir o allanar la personalidad jurídica. En ese orden de ideas, deben diferenciarse los efectos de uno y otro instituto, pues de esa forma el ordenamiento jurídico suministrará soluciones más acordes.

La primera gran diferencia consiste en que mientras la responsabilidad limitada de los socios es una defensa a favor de éstos, la personalidad jurídica pretende que la Empresa tenga sus propios activos, es decir, su patrimonio como un atributo de su personalidad. Es entonces un contrasentido afirmar que se abusa de la personalidad jurídica, pues con ello se estaría afirmando precisamente que se respetan en extremo los atributos de la personalidad de la sociedad comercial, además de que por esa vía sería imposible afectar a los acreedores sociales toda vez que la responsabilidad limitada, se repite, no deriva de concebir el ente societario como una persona diferente a los socios.

Una segunda distinción consiste en que, si bien la personalidad jurídica tiende a favorecer a los acreedores de la sociedad respecto de los acreedores personales de los socios o accionistas, es equivocado afirmar que se tiene que prescindir de la personalidad para atribuir responsabilidad a los socios o accionistas, pues

74 Artículo 2488 C. C.

75 Artículos 323, 353 y 373 C. Co.

76 Artículos 1227 y 1238 C. Co.

77 Artículo 1481 C. Co.

con ello se logra precisamente el efecto contrario: se equipara el trato de los acreedores corporativos con el que se prodiga a los acreedores de los socios que seguirán respondiendo limitadamente, obviamente según el tipo societario. No es entonces en nuestro sistema el *Disregard of Legal Entity* el mecanismo idóneo para responsabilizar al accionista, y más a una sociedad cabeza de un Grupo Empresarial, por las obligaciones de la sociedad y en general de las subordinadas⁷⁸.

Por tanto, la personalidad jurídica sirve para diferenciar qué activos están incluidos en la prenda general de las obligaciones sociales, aspecto que es fundamental para las labores de control ejercidas por los acreedores. Puede concluirse entonces que tanto la personalidad jurídica como la responsabilidad limitada contribuyen a reducir el costo del capital invertido en la Empresa Societaria⁷⁹.

Así, una importante función que cumple la responsabilidad limitada en el escenario de las compañías mercantiles consiste en la facilidad que entrega en la delimitación entre las diferentes líneas de negocio, logrando así una más fácil obtención de crédito para las distintas unidades, lo cual es esencial en el Grupo Empresarial que se caracteriza por desarrollar, con las sociedades que lo conforman, una sola empresa desde el punto de vista económico pero que es ejercida en distintas fases por una pluralidad de personas jurídicas⁸⁰. En el Grupo Empresarial los activos destinados para cada negocio o fase de la actividad empresarial pueden ser prometidos a los acreedores que se generan con cada proyecto, lo que es básico al momento de dividir o diversificar los riesgos de las diferentes transacciones que se desarrollan por cada una de las subordinadas.

La limitación de la responsabilidad consiente diversificar mejor las inversiones de los distintos socios o accionistas, incluida la sociedad cabeza de grupo, ventaja que no se lograría en un escenario de responsabilidad ilimitada en el que el fracaso de cualquiera de los emprendimientos se comunicaría a todos los demás⁸¹. Es más, con la responsabilidad limitada la crisis en un proyecto es más llevadera por cuanto es posible compensar lo perdido en un negocio determinado con otras inversiones realizadas, algo fundamental a propósito de los grupos de sociedades, sin olvidar que el beneficio que se comenta incentiva la asunción del riesgo inherente a la Empresa⁸².

Puede verse entonces que la responsabilidad limitada es un beneficio para los socios o accionistas y los acreedores de éstos, pues permite tener claridad, y sobre todo, en las sociedades anónimas facilita la delegación de la gestión de los

78 Se puede afirmar que además de preservar el patrimonio de los socios respecto de las obligaciones sociales, la responsabilidad limitada sirve también a los acreedores de los primeros para que los acreedores de la sociedad no persigan bienes que no garantizan sus créditos, salvo que se haya estipulado lo contrario.

79 HANSMANN y KRAAKMAN. "What is Corporate Law", cit., 9.

80 GALGANO. *Le società per azioni. Principi Generali. Il Codice Civile. Commentario*, cit., 119 ss.

81 H. MANNE. "Our Two Corporation Systems: Law and Economics", en *Va. Law Review*, 53, 1967, 259 y ss.

82 EASTERBROOK y FISCHER. *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., 55.

negocios sociales ya que involucra en el riesgo de empresa a los acreedores sociales que también tienen un papel que cumplir en la supervisión de las conductas de los administradores por ser más profesionales y tener, muy posiblemente, una posición de fuerza superior a la de los accionistas, particularmente en las anónimas inscritas⁸³. Si los socios o accionistas no gozaran, en algunos tipos de sociedad, del beneficio de la responsabilidad limitada, desaparecería el aliciente para participar en compañías mercantiles toda vez que los inversores, además de desembolsar su aporte, deberían gastar esfuerzo y recursos para controlar a quienes gestionan los negocios sociales.

Adicionalmente, en las sociedades anónimas inscritas se tiene que la responsabilidad limitada contribuye a convertir en fungible la calidad de accionista: no interesa quién tiene dicha calidad, circunstancia que no se presentaría en un escenario de responsabilidad ilimitada en el cual cada accionista estaría pendiente de que los demás cuenten con los recursos no sólo para adquirir las acciones sino para responder por las acreencias que la sociedad no pueda honrar.

Un aspecto digno de destacar es el relacionado con la existencia de alguna diferenciación que varíe la responsabilidad limitada dependiendo de si las obligaciones sociales tienen un origen contractual o extracontractual: si se atiende a que cuando la ley no distingue no le corresponde al intérprete hacerlo, puede afirmarse que la responsabilidad limitada se refiere a las prestaciones de origen contractual y extracontractual a cargo de la sociedad. De todas maneras, es pertinente decir que es posible que la responsabilidad limitada opere exclusivamente frente a quienes voluntariamente se hicieron acreedores de la sociedad y no respecto de sujetos que de forma involuntaria sufrieron un daño por negligencia de la sociedad, evento en el cual la responsabilidad limitada podría no ser un elemento esencial de algunos tipos societarios en razón de política legislativa.

a. La tipicidad societaria y la responsabilidad limitada

Por lo dicho hasta acá es claro que la personalidad jurídica no es el dispositivo generador de la responsabilidad limitada en materia societaria y que por ello no es menester eliminar, allanar, descorrer o hacer inoponible la personalidad de la compañía mercantil para hacer responsable a un socio o accionista y, en particular, a una sociedad cabeza de grupo o *holding*. ¿Pero de dónde deriva la responsabilidad limitada en materia societaria? En primer lugar, se reitera que dicho beneficio es una excepción, muy especial por cierto, a la prenda general de los acreedores que es concedida por el ordenamiento jurídico en eventos en que se consideran idóneos los intereses que se protegen.

83 Colombia dio un paso fundamental en la distinción entre sociedades inscritas y sociedades no inscritas con la expedición de la Ley 964 de 2005.

Puede entonces decirse que en el ámbito societario nacional la responsabilidad limitada deriva de la tipicidad societaria, esto es, del tipo o clase de sociedad que se constituye, pues a pesar de existir personalidad jurídica es posible predicar, en algunas clases de sociedad mercantil, responsabilidad ilimitada del socio o accionista. Cuando la sociedad es persona jurídica porque se elevó la correspondiente escritura pública en cumplimiento del artículo 110 C. Co. o se cumplió con lo exigido por la Ley 1014 de 2006, no se puede afirmar que los socios o accionistas, en virtud del nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, responden hasta el monto de sus aportes, pues habrá que ver qué clase o tipo de sociedad se constituyó para deducir hasta dónde se comprometen los constituyentes o los futuros socios.

En nuestro derecho de sociedades, a pesar de la existencia de la persona jurídica-sociedad comercial, puede existir responsabilidad ilimitada de los socios o accionistas, como sucede por ejemplo en la sociedad colectiva⁸⁴, en la sociedad comanditaria⁸⁵, en la sociedad de responsabilidad limitada respecto de obligaciones laborales y tributarias⁸⁶, e incluso en la sociedad anónima por el avalúo de los aportes en especie⁸⁷. Por ejemplo, en la sociedad colectiva no es necesario para responsabilizar a un socio, derribar la personalidad jurídica de la compañía, pues incluso se requiere de un presupuesto que parte precisamente del reconocimiento de la personalidad consistente en requerir previamente para el pago y sin éxito a la persona jurídica-sociedad comercial⁸⁸.

Así las cosas, la responsabilidad limitada en nuestro derecho de sociedades se relaciona de cerca con el principio de tipicidad, o en otro términos, la responsabilidad de los socios o accionistas deriva del tipo o clase de sociedad que se constituye, siendo procedente afirmar que cuando se violan, en la constitución o en el funcionamiento, las normas imperativas referidas a cada tipo societario puede deducirse la responsabilidad ilimitada de los socios o accionistas, tal como sucede, por ejemplo, con el no pago de los aportes al momento de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada⁸⁹ o en el funcionamiento de la sociedad anónima cuando se violan las normas sobre distribución de utilidades⁹⁰.

84 Artículo 294 C. Co.

85 Artículo 323 C. Co.

86 Artículos 36 Código Sustantivo del Trabajo y 794 Estatuto Tributario.

87 Artículos 135 y 354 C. Co. y 43 Ley 550 de 1999.

88 Inciso 2.º artículo 294 C. Co.

89 Artículo 355 C. Co. En este evento la sociedad sigue siendo persona jurídica, pero el incumplimiento de los socios respecto de la prestación de pagar su aporte los hace responsables como en una sociedad colectiva, lo cual demuestra que la responsabilidad limitada depende, en este caso, del tipo o clase de sociedad, y que si no se respetan las normas de la forma societaria se generan consecuencias en materia de limitación de la responsabilidad. Adicionalmente, es un ejemplo de cómo la tipicidad societaria cumple una función garantista del tráfico mercantil: se sanciona una conducta consistente en constituir una persona jurídica bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada sin que medie el pago de aportes y por ende el cumplimiento de las normas del tipo,

Algo parecido sucede cuando un socio comanditario o un tercero tolera la inclusión de su nombre en la razón social de la compañía, caso en el cual se prefieren los intereses del tráfico jurídico sobre la limitación de responsabilidad a favor del comanditario propia del tipo de sociedad⁹¹, o cuando los contratantes no son tan claros al momento de constituir la sociedad en comandita, evento en el cual se presume que el socio es colectivo o la sociedad es colectiva⁹², en la hipótesis de incumplimiento de las normas sobre denominación o razón social en el tipo de la sociedad de responsabilidad limitada⁹³, etc., casos todos estos que no implican abatir la personalidad jurídica societaria.

Es más, cuando se afirma por el Estatuto Tributario que en las sociedades cuyo capital se divide en cuotas sociales, entiéndase sociedades en comandita simple y de responsabilidad limitada, los socios tienen una responsabilidad solidaria por los impuestos dejados de pagar, va implícito el reconocimiento de la persona jurídica-sociedad comercial, pues se trata de una solidaridad pasiva en la que los deudores *in solidum* de la prestación tributaria son la sociedad y sus socios. Incluso puede presentarse el caso de que la sociedad pague los impuestos debidos o que lo termine haciendo uno de los socios con su patrimonio personal, eventos en los cuales tendrán que resolverse las relaciones internas derivadas de la solidaridad⁹⁴.

Se concluye entonces que en todos los eventos en los que la ley, que es una de las fuentes de la solidaridad⁹⁵, establece una responsabilidad solidaria de los socios y accionistas no desconoce sino que reconoce la personalidad jurídica de la sociedad en razón de que ésta, como sujeto de derecho autónomo e independiente de los socios, es un deudor solidario más y que, por lo tanto, si se elimina o se desconoce la personalidad jurídica se perjudica al acreedor o acreedores que por dicha incoherencia contarán con un deudor menos al cual perseguir.

Se observa así que no es poco frecuente la responsabilidad ilimitada del socio o accionista, y que por ello la doctrina nacional no debe alarmarse cuando un juez o tribunal hace responder a un socio o accionista y en particular a una sociedad cabeza de un Grupo Empresarial que no respeta las normas imperativas que son aplicables a los tipos societarios por ella subordinados. Vale la pena preguntarse: si la sociedad cabeza de grupo no respeta las normas imperativas aplicables a los

anunciándose de tal manera que los acreedores creerán que no es posible perseguir el patrimonio personal de los socios.

90 Cuando no se apropia la provisión para el pago de pensiones de jubilación a cargo de la sociedad, o no se cumplen las normas sobre reservas, etc., eventos en los cuales no podrá decirse que el accionista obró de buena fe ya que la ignorancia de la ley no es excusa para su inobservancia. En otros términos, con su conducta ilegal el accionista se hace responsable frente a terceros por violar las normas que sobre distribución de utilidades son aplicables al tipo de la anónima.

91 Artículo 324 C. Co.

92 Artículo 335 C. Co.

93 Artículo 357 C. Co.

94 Artículos 1568 y ss. C. C. y, en especial, 1579.

95 Inciso 2.º artículo 1568 C. C.

tipos de sociedad por ella controladas, ¿por qué razón deben los jueces abstenerse de aplicar las consecuencias jurídicas derivadas de dicha inobservancia o, mejor aún, por cuál razón los jueces deben reconocer un beneficio que la matriz con sus actos no reconoció?

Es pertinente hacer claridad sobre un punto fundamental: no siempre la sociedad cabeza de grupo es accionista de algunas o de todas sus subordinadas, tal como ocurre cuando existe como antecedente de la existencia del Grupo Empresarial un control interno de hecho y/o contractual, motivo por el cual no procede aplicar razonamientos que se predicen exclusivamente de los socios o accionistas para imputar, en estos casos, responsabilidad a una sociedad cabeza de grupo⁹⁶. Así las cosas, los eventos en los cuales los accionistas o socios pierden el beneficio de la responsabilidad limitada no son aplicables a sucesos en los que una sociedad gobierna un Grupo Empresarial que tiene como presupuesto una subordinación fundada en situaciones que no implican participación en el capital de las filiales y subsidiarias.

II. EL GRUPO EMPRESARIAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD CABEZA DE GRUPO

La tipicidad societaria, personalidad jurídica y responsabilidad limitada pueden ser considerados como fundamentos de un derecho de sociedades que podemos denominar tradicional y por el cual, cuando los contratantes celebran y ejecutan debidamente el contrato de sociedad es la persona jurídica, con su patrimonio, la llamada a honrar sus obligaciones en razón de que es ella, como sujeto de derecho, quien celebra los actos y contratos fuente de dichas prestaciones a su cargo. No obstante lo anterior, la tipicidad societaria juega un papel esencial en el tema de la responsabilidad: dependiendo del tipo de sociedad y a pesar de que ésta cuente con la personalidad jurídica y por ende con un patrimonio para cumplir sus débitos, la responsabilidad de los constituyentes o de quienes entren después al esquema societario depende de la forma o clase de sociedad que se haya constituido.

En ese orden de ideas, se puede decir que el tipo de sociedad que mayor limitación de responsabilidad concede es la sociedad anónima⁹⁷ que se comunica a los comanditarios de la en comandita por acciones⁹⁸ y a los accionistas de las empresas de servicios públicos⁹⁹. Le sigue la sociedad de responsabilidad limita-

96 Se hace referencia a las hipótesis de control contenidas en los ordinales 2.º y 3.º artículo 27 de la Ley 222 de 1995. En el caso de que la sociedad cabeza de grupo no sea socia o accionista de una subordinada es válida la pregunta de si el remedio para declarar responsable a la primera consiste en prescindir de la personalidad jurídica de la segunda.

97 Artículo 373 C. Co.

98 Artículo 352 C. Co.

99 Artículo 19 Ley 142 de 1994.

da con las excepciones contenidas en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 794 del Estatuto Tributario, régimen que se extiende a los comanditarios de la en comandita simple¹⁰⁰.

Respecto de la sociedad colectiva es clara la responsabilidad de los socios de forma solidaria e ilimitada¹⁰¹, esto a pesar de contar con la personalidad jurídica que sería la justificación para la exigencia de requerir para el pago primero al ente moral. En lo que tiene que ver con la sociedad de hecho, es pertinente afirmar que se trata de un tipo societario que pareciera justificar el régimen de responsabilidad de los socios en la carencia de personalidad jurídica¹⁰², pero que es claro cuando consagra que con independencia de que sea un sujeto de derecho distinto de los socios éstos responden solidariamente e ilimitadamente por las operaciones celebradas¹⁰³.

Por lo anotado, la responsabilidad de la sociedad cabeza de grupo por los actos u omisiones de la Empresa Grupal debe examinarse dependiendo de dos factores fundamentales: el primero, consistente en determinar si la sociedad *holding* es o no socio o accionista de sus subordinadas, y el segundo, en caso de tener dicha calidad, derivar el régimen de responsabilidad del tipo de sociedad que tengan las subordinadas y llamar a responder de conformidad.

Otra es la situación cuando no media participación de la sociedad cabeza de grupo en el capital de las sociedades filiales y subsidiarias, pues en dichos casos la responsabilidad de la primera no podrá derivarse del tipo o clase de sociedad que tengan las segundas, y es aquí donde pareciera que la doctrina del *Disregard of Legal Entity* podría tener algún valor, sin dejar de lado la posibilidad de que se apliquen las normas sobre responsabilidad de los administradores cuando la sociedad cabeza de grupo tiene una incidencia, formal o no, en la gestión de los negocios sociales de las subordinadas.

A. El Grupo Empresarial

1. Elementos de existencia del Grupo Empresarial

Sobre la determinación de la existencia del Grupo Empresarial puede haber contradicción entre dos posiciones: aceptar que la subordinación es elemento constitutivo, mejor de la existencia, del Grupo Empresarial junto a la unidad de propósito y dirección o, de conformidad con una tendencia más sustantiva, predicar que el único elemento que se requiere es dicha dirección por parte de la sociedad cabeza de grupo¹⁰⁴.

100 Artículo 341 C. Co.

101 Artículo 294 C. Co.

102 Artículo 499 C. Co. Esta norma lo que dice es que como este tipo de sociedad no tiene personalidad jurídica los socios son quienes se obligan.

103 Artículo 501 C. Co.

El derecho positivo nacional adoptó de forma expresa la primera tendencia que exige la confluencia de la subordinación y de la unidad de propósito y dirección para la generación de unas consecuencias jurídicas propias del Grupo Empresarial¹⁰⁵. Entonces el Grupo Empresarial vendría a ser un conjunto de personas jurídicas de diferente naturaleza, formalmente autónomas e independientes, que se encuentran subordinadas y sometidas a una dirección ejercida por parte de la sociedad cabeza de grupo. El legislador colombiano de 1995 acepta la existencia de esta forma empresarial legitimando la dualidad inmanente a ella: unidad económica y pluralidad jurídica en el sentido de que se está ante una empresa jurídicamente plural que es gobernada de manera coordinada y unitaria por una sociedad *holding* o cabeza de grupo.

a. Subordinación o control

En el derecho positivo nacional se exige previamente para la existencia del Grupo Empresarial la subordinación consistente en una situación que le permite a un sujeto de derecho ejercer influencia dominante sobre cualquier clase de persona jurídica, teniendo en tal virtud el primero la posibilidad de incidir en el gobierno de la controlada¹⁰⁶. Se resalta entonces que la noción de subordinación no se circunscribe de forma exclusiva a las sociedades comerciales sino que abarca diferentes formas jurídicas de organizar la Empresa, permitiendo incluso que personas naturales que reúnen las condiciones para ejercer el comercio y que por tanto adquieren la calidad de comerciante, puedan ser controlantes, lo que permite por tanto afirmar que estamos ante un concepto que incluye a toda clase de empresa-rio¹⁰⁷.

104 Sobre dicha dualidad cfr., en derecho comparado, K. HOPT. "Legal Issues and Questions of Policy in the Comparative Regulation of Groups", 45 y ss.; MOURY BENOIT. "Les groupes de sociétés en droit belge", 137 y ss.; Y. GUYON. "Le droit des groupes de sociétés (Droit français)", 195 y ss.; M. LUTTER y W. ZÖLLNER. "Il diritto delle imprese collegate in Germania", 245 y ss.; D. PRENTICE. "The Law of Corporate Groups in Great Britain", 275 y ss.; A. ROJO. "Los grupos de sociedades en el derecho español", 389 y ss.; P. BLUMBERG. "The Law of Corporate Groups in the United States", 473 y ss., todos artículos publicados en *Collana della Rivista delle Società, I Gruppi di Società*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1996.

105 No obstante la influencia del proyecto de IX Directiva Europea sobre los grupos, el legislador colombiano obvió el denominado grupo de derecho que se origina en el negocio jurídico de dominación de creación alemana. Al respecto cfr. R. MANOVIL. *Los grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 421 y ss.; M. NOTARI. "Il gruppo contrattuale nella disciplina antitrust", 1697 y ss., y E. RIMINI. "Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione", 1903 y ss., ambos en *Collana della Rivista delle Società, I Gruppi di Società*, cit., vol. III.

106 Acerca de la noción de control cfr. P. MARCHETTI. "Sul controllo e sui poteri della controllante", en *Collana della Rivista delle Società*, cit., vol. II, 1547 y ss.

107 Superintendencia de Sociedades, Oficio n.º 220-50924 del 12 de noviembre de 1996, en *Doctrina y Conceptos Jurídicos*, 1997, 306 y 307; F. REYES. *Reforma del Régimen de Sociedades y Concursos*, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1996, 244.

La subordinación, no obstante lo hasta acá expuesto, no conlleva necesariamente para su verificación el ejercicio efectivo de un poder, sino que basta con que el poder de decisión de la controlada esté sometido al poder de la matriz. El artículo 26 de la Ley 222 de 1995 exige únicamente dicho sometimiento, con independencia de que se verifique en la práctica, lo cual es coherente con el artículo 27 *ibídem* referido a los eventos en los que se presume dicha situación. Así, en cuanto al concepto de subordinación a nuestro derecho positivo le es indiferente, en principio, el ejercicio del poder y le es suficiente la sola posibilidad de su ejercicio. Entonces el legislador para tutelar los distintos intereses consagra presunciones, con indicios de subordinación más que con la verificación de su ejercicio, eligiendo una modalidad que se funda en la previsión de situaciones de peligro, prefiriendo disciplinar situaciones potenciales en las diferentes áreas de la actividad económica organizada.

Lo anterior significa que la subordinación se verifica normativamente mediante comparaciones solo formales entre la situación fáctica y los supuestos de hecho contenidos en los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, lo cual se reduce a que si existe coincidencia se genera, en primer lugar, una presunción que para nada justifica asimilar los efectos del sólo control con las consecuencias del Grupo Empresarial, empezando por el tema de la responsabilidad que se puede imputar tanto a una simple sociedad controlante como a una sociedad cabeza de grupo, pues mientras en el primer evento existe la mera posibilidad de influir predominantemente, en el segundo se presenta un gobierno de la Empresa en virtud del ejercicio efectivo de la unidad de propósito y dirección.

El Grupo Empresarial supone la subordinación pero no a la inversa, puesto que es común en el tráfico jurídico la existencia de una sociedad controlante sin llegar a ser Empresa de Grupo porque no se presenta el ejercicio de la unidad de propósito y dirección en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995¹⁰⁸. Subordinación y Grupo son jurídicamente distintos y por ello pueden no coincidir, lo cual no implica admitir que normalmente confluyen de tal manera que confunden al legislador¹⁰⁹ que equivocadamente expide una normativa que pretende aplicarse con éxito a situaciones jurídicas diversas en su configuración y efectos¹¹⁰.

108 Un evento frecuente de la sola presencia de subordinación o control consiste en la capitalización de acreencias que le permite al acreedor, ahora accionista, tener la mitad más una de las cuotas sociales o acciones en que se divide el capital de su deudor. Si el acreedor es una entidad financiera no se puede afirmar que el deudor forma parte ahora de un grupo empresarial del sector financiero.

109 Artículos 148, 30 y 31 Ley 222 de 1995, respectivamente. El legislador nacional optó por una salida fácil pero inconveniente: se trasladan los efectos jurídicos de la subordinación a la empresa de grupo, tal como acontece con la responsabilidad de la matriz por el proceso concursal de una de sus subordinadas, la prohibición de participaciones recíprocas y el deber de publicidad en el Registro Mercantil del Grupo.

110 G. F. CAMPOBASSO. "Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari", en *Collana della Rivista delle Società*, cit., vol. II, 789.

Para finalizar es pertinente afirmar que, en principio y salvo las normas protectoras de la libre competencia económica y alguna normativa dirigida a determinados sectores económicos, no existen limitaciones para obtener o asumir la subordinación de una sociedad por parte de una persona natural o jurídica. Existen algunos obstáculos que buscan tutelar los derechos de los acreedores o socios minoritarios cuando, por ejemplo, se llega a dicha situación vía fusión o escisión, con especial referencia al derecho de retiro¹¹¹ y a la protección de titulares de acreencias. Es digna de mencionar la limitación que por vía general se impone, en razón del principio de separación entre Banca e Industria, para que las entidades financieras puedan ser accionistas o socios de empresas que pertenecen al sector real de la economía¹¹².

i. *Control interno*. Constituye la modalidad principal de subordinación consagrada en los ordinales 1.º y 2.º del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, relacionada fundamentalmente con la mayoría en el capital social o con el dominio, que no presupone siempre¹¹³ la propiedad de las acciones, en los órganos sociales de las controladas¹¹⁴. Dichas hipótesis reconocidas en la norma citada se verifican con el derecho de emitir el voto en el máximo órgano social, prescindiendo incluso del sujeto que ostenta la calidad de accionista que no es siempre quien ejerce los derechos derivados de dicha situación.

En el primer evento estamos en una situación en la que se dispone de la mayoría en el capital de la subordinada, dependiendo eso sí del tipo de sociedad por cuanto no siempre la mayoría absoluta es suficiente para controlar¹¹⁵, y en el segundo a pesar de no ser socio o accionista mayoritario se tiene el derecho de mandar en el seno de los órganos de la sociedad. Esta segunda modalidad se conoce como control interno de hecho, que se concreta con la facultad de imponer sus decisiones con la mayoría de votos en el seno de los órganos sociales de la controlada sin que se exija la propiedad sobre los títulos. Estamos una vez más ante una división entre propiedad y control de la Empresa¹¹⁶, que se concreta sim-

111 C. M. PENNACCA. *El derecho de receso*, Buenos Aires, Astrea, 1978, 89 y ss.

112 Sobre el tema se pueden examinar los artículos 110 y ss. del Decreto 663 de 1993 conocido como Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; igualmente los artículos 117 y ss. de la Ley 510 de 1999 y la Circular Externa 100 de 1995 emitida por la entonces Superintendencia Bancaria.

113 Por ejemplo el usufructo de acciones o el acreedor prendario que por estipulación expresa ejerce los derechos de accionista. Artículos 411 y 412 C. Co.

114 G. F. CAMPOBASSO. *Controllo societario e poteri della capogruppo nei gruppi e nei gruppi bancari*, cit., 794.

115 Como sucede en la sociedad colectiva e incluso en la sociedad de responsabilidad limitada en la que se exigiría detentar, con una pluralidad de sujetos de derecho, por lo menos el 70% de las cuotas sociales en que se encuentra dividido el capital social, ello para reunir las mayorías exigidas en los artículos 359 y 360 C. Co.

116 Cfr. M. LAMANDINI. "Qualche spunto esegetico sulla nozione di controllo ai fini del consolidamento integrale", en *Collana della Rivista delle Società*, cit., 1460.

plemente con el derecho de emitir la mayoría de votos en las reuniones de los órganos societarios, sin que sea menester, para que opere la presunción de subordinación, el voto efectivo o el ejercicio de la citada prerrogativa¹¹⁷.

Un importante instrumento para que se verifique esta modalidad de control interno lo constituyen los contratos parasociales o acuerdos parasociales, acogidos en la legislación colombiana en su modalidad de sindicatos de voto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995. Así, de forma separada e independiente, o conjuntamente con sus subordinadas, o vía un acuerdo con los demás socios de la compañía en cuestión, puede obtenerse la mayoría en las reuniones de los órganos sociales de las controladas¹¹⁸.

Ahora bien, como estamos ante unos contratos que pueden revestir diferentes modalidades, se presentan situaciones que pueden hacer deducir que nos encontramos ante un control interno y eventos en que se puede predicar un control externo o contractual¹¹⁹. Lo cierto es cada suceso tendrá su solución dependiendo del tipo de acuerdo y sus partes, sin que sea fácil dicha clasificación¹²⁰.

De otro lado, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 presume la subordinación sin que se requiera el ejercicio efectivo de ésta: los efectos jurídicos derivados del control se activan salvo que los interesados que por dicha causa tienen la carga de la prueba, acrediten lo contrario. De lo contrario, será necesario consolidar estados financieros, registrar en Cámara de Comercio, etc.

ii. *Control externo o contractual*. Se hace referencia a nexos contractuales que en su ejecución relacionada con el cumplimiento de las prestaciones que incorporan a favor y a cargo de las partes que están vinculadas, someten a una persona jurídica, normalmente societaria por tratarse de negocios jurídicos concluidos entre comerciantes, a la influencia dominante, directa o indirecta, ejercida por un sujeto de derecho¹²¹. Es claro, de todas maneras, que el legislador colombiano al consagrar este tipo de subordinación no optó por admitir el Grupo de Derecho propio del derecho alemán y que por ello estamos simplemente ante un evento más de control que no implica la existencia de un Grupo Empresarial¹²².

117 En materia de esta modalidad de control interno cfr. G. MINERVINI. "Noterelle esegetiche in materia di società", en *Diritto e Giurisprudenza*, 1950, 288.

118 R. TORINO. *I contratti parasociales*, Milano, Giuffrè, 2000; G. A. RESCIO. "I sindacati di voto", en *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO y PORTALE (dirs.), vol. III, t. I, Torino, 1994, 595 y ss.

119 G. D. MOSCO. "Il controllo tramite sindacato di voto: uno studio empirico", en *Collana della Rivista delle Società*, cit., vol. III, 1655.

120 M. SPOLIDORO. "Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust", *Rivista delle Società*, 1995, 462 y ss.; A. MUSSO. "Il controllo societario mediante particolari vincoli contrattuali", en *Contratto e Impresa*, 1995, 19 y ss.; M. LAMANDINI. *Qualche spunto esegetico sulla nozione di controllo ai fini del consolidamento integrale*, cit., 1469.

121 El artículo 2359, inciso 1.º n.º 3 del *Codice civile* de 1942 afirma que este tipo de control se identifica por el hecho de que una sociedad está bajo influencia dominante de otra en virtud de particulares vínculos contractuales.

Se trata de una modalidad de control cada vez más importante y frecuente por los conocidos contratos de empresa¹²³ que conllevan la capacidad de uno de los contratantes de influir de manera dominante sobre la conducta del otro, es decir, adjudican a un tercero, ajeno a la compañía en el sentido de que carece de legitimación para intervenir en sus órganos, la potestad de influir de forma determinante en el gobierno de la otra parte. La expresión "influencia dominante" utilizada por nuestro legislador en el ordinal 3.º del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, puede ser entendida como el evento en el cual la matriz tiene la capacidad de incidir fuertemente en la vida de la controlada en razón del contrato; o también como la hipótesis de control efectivo que conlleva la sujeción económica cuya fuente es un contrato que incorpora obligaciones que deben ser honradas porque de lo contrario se compromete en gran medida la viabilidad de la subordinada¹²⁴.

Lo primero es que no se exige que el contrato que genera la subordinación exprese literalmente el derecho de ejercer una influencia dominante, ya que lo importante es el ejercicio de dicha facultad en los términos pactados con la esencia, la naturaleza y estipulaciones del respectivo negocio. Estamos en este evento ante un caso de efectivo control pues lo contrario equivale a incumplir un negocio jurídico, indicando esto que el control contractual implica necesariamente su ejercicio. El control interno en Colombia es meramente potencial, mientras que el control externo exige el ejercicio de la influencia dominante ya que colocar barreras en este tema equivale a legitimar un incumplimiento contractual por parte de la controlada que celebró un acto o negocio precisamente en su interés.

Finalmente, a esta modalidad le son aplicables las consecuencias generales derivadas de la subordinación, tales como la prohibición relacionada con la par-

122 El grupo empresarial de derecho traslada el tema al ámbito de la autonomía de la voluntad con el fin de proteger intereses de los accionistas externos y de los acreedores de las personas jurídicas involucradas, principalmente por la ausencia de una disciplina específica en esta materia. Cfr. M. LUTTER. "Il diritto delle imprese collegate in Germania", en *Collana della Rivista delle Società*, vol. I, 217 y ss.; G. CARCANO. "Società europea e gruppi di società", ibíd., vol. II, 851 y ss.; M. NOTARI. "Il gruppo contrattuale nella disciplina antitrust", en ibíd., vol. III, 1697 y ss.; R. MANOVIL. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, cit., 422 y ss.

123 A. MUSSO. "Il controllo societario mediante particolari vincoli contrattuali", en *Contratto e Impresa*, 1995, 19 y ss.; M. SPOLIDORO. "Il concetto di controllo nel codice civile e nella legge antitrust", *Rivista delle Società*, 1995, 506; M. NOTARI. *La nozione di controllo nella disciplina della concentrazioni d'impresa*, Tesi di Dottorato di ricerca in Diritto Commerciale, 5.º ciclo, 1990-1993, 73 y ss.

124 Sobre la primera posición, cfr. E. RIMINI. "Il controllo contrattuale: spunti per una riflessione", en *Collana della Rivista delle Società, I Gruppi di Società*, cit., vol. III, 1906; F. GALGANO. *Diritto civile e commerciale*, vol. III, t. II, Padova, Cedam, 1994, 139; G. SCOGNAMIGLIO. *Gruppi d'impresa e diritto delle società*, Roma, 1989, 119; B. LIBONATI. *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 68. Entre los opositores a la primera tesis y defensores de la segunda, cfr. P. ABBADESSA. "I gruppi di società nel diritto italiano", en AA. VV. *I gruppi di società*, PAVONE LA ROSA (ed.), Bologna, 1982, 111; F. DI SABATO. *Manuale delle società*, Torino, UTET, 1992, 385; y G. F. CAMPOBASSO. *Diritto commerciale*, t. 2, "Diritto delle Società", Torino, 1992, 268.

ticipación de la controlada en el capital de la controlante, la consolidación de estados financieros, la presunción de responsabilidad por el concordato o liquidación de la subordinada, el registro de la situación de control en la Cámara de Comercio, etc.

b. Unidad de propósito y dirección

Consiste en el ejercicio efectivo, no esporádico, del poder emanado del control o subordinación, lo cual es bastante diferente a ostentar la mayoría de los votos en los órganos de las controladas, sea porque se tiene una mayoría en el capital o se cuenta por motivos diferentes con dicha posición de predominio. Se trata, con últimas, de una dirección ejercida por una persona natural o jurídica sobre varias personas morales, de manera regular y persiguiendo un interés determinado por quien ejerce dicho poder.

El Grupo Empresarial, o mejor la Empresa de Grupo, viene a ser entonces como un agregado de sujetos organizados bajo todas las formas jurídicamente posibles, entiéndase sociedad, cooperativa, empresa unipersonal de responsabilidad limitada, fundación, corporación, etc., en el cual existe una relación de control entre uno de dichos sujetos y los demás, y un punto común de referencia o unidad de propósito y dirección bajo la cual están todos y que consiste en la búsqueda y persecución de un interés común para todos, los entes jurídicos o formas organizativas de la actividad empresarial que conforman el Grupo¹²⁵.

En virtud de que el control debe siempre anteceder a la unidad de propósito y dirección y por ende a la configuración del Grupo Empresarial, es indudable el nexo estrecho entre ambas figuras, lo que justifica la discusión acerca de si se requiere o no la convergencia de ambos para la existencia de la Empresa de Grupo¹²⁶. Sin duda, un aspecto fundamental es el referido a la coherencia de predicar las mismas consecuencias que para la subordinación prevé el ordenamiento jurídico para el Grupo Empresarial, pues parece que el simple control no debe generar las sospechas y temores que la normativa debería tener, en una justa medida, para la Empresa de Grupo. En el fondo, no es lógico predicar la misma responsabilidad para una sociedad simplemente controlante y una que se desempeña como jefe de una Empresa de Grupo.

125 P. CÓRDOBA. "El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (corporate governance)", en AA. VV. *La empresa en el siglo XXI*, cit., 136 y ss.

126 Estas corrientes doctrinales plantean, de una parte, la necesidad del control más la unidad de dirección, y por la otra, únicamente el segundo requisito. Cfr. G. LEMME. *Il governo del gruppo*, Padova, Cedam, 1997, 16; P. G. JAEGER. "I gruppi tra diritto interno e prospettive comunitarie", en *Giurisprudenza Commerciale*, 80, 1, 923; G. MINERVINI. *Il gruppo di società e il bilancio consolidato di gruppo*, Roma, 1981; F. DI SABATO. "Concettazione e gruppi del diritto interno", en *Giurisprudenza Commerciale*, 88, 1, 528; F. GALGANO. "La società per azioni", en *Trattato di diritto commerciale*, vol. VII, Padova, Cedam, 1988, 199 y ss.

Con independencia de dicha discusión, en nuestro derecho positivo para que un Grupo Empresarial exista es menester la confluencia de la subordinación y de la unidad de propósito y dirección por parte de una persona natural o jurídica que, además de determinar un interés común a todas las unidades de la organización, ejerza como un verdadero jefe de empresa de tal manera que haga pensar que en términos sustantivos se trata de una sola empresa sin que se afecte, al menos por vía general, la autonomía jurídica de cada uno de los miembros de la misma. En últimas, se trata de una sola empresa desarrollada por varios sujetos, en especial sociedades comerciales, conllevando que el concepto de Empresa siga siendo singular no obstante la pluralidad de sujetos que desarrollan la actividad económica organizada¹²⁷.

Pero de forma si se quiere paradójica, el derecho que reconoce el Grupo Empresarial defiende la autonomía jurídica de cada uno de los integrantes o titulares de la Empresa de Grupo, lo cual significa que el Grupo Empresarial no es sujeto jurídico autónomo y diferente de los entes que lo conforman, prescindiendo por ello nuestro legislador de un punto de vista más económico, sustancial si se prefiere, que predica que una sola empresa puede ser ejercitada por varios sujetos de derecho. Nuestro derecho societario se estructura, y no renuncia a ello, a concebir el derecho de las compañías mercantiles sobre el paradigma de la sociedad isla en el que el concepto de interés social es de la estructura del tema societario. Se propende entonces por un entendimiento menos formal de la Empresa de Grupo, empezando por comprender que la subordinación, a pesar de que en nuestro derecho positivo siempre antecede al Grupo, es sólo algo potencial e independiente con sus propias consecuencias, siendo la principal de ellas el constituir indicio o presunción de la unidad de propósito y dirección.

La normativa nacional comete un craso error cuando traslada las consecuencias de la subordinación al Grupo Empresarial o viceversa, en primer lugar porque la primera no siempre conlleva el segundo y, en segundo lugar, porque olvida que la principal consecuencia que debería contemplarse es que cuando se presenta subordinación se presume al Grupo, y que sea éste el que desate todas las consecuencias jurídicas correspondientes. No es la capacidad de influir de forma determinante sino la existencia de un Grupo Empresarial la que debe desatar las consecuencias en materia de responsabilidad, no de la controlante, sino de la persona natural o jurídica que ejerce efectivamente su poder de manera regular¹²⁸. Es totalmente improcedente afirmar que el control equivale al Grupo y que por ello deben tener idénticas consecuencias.

Entonces la sustancia del Grupo Empresarial se halla no en la subordinación sino en la unidad de propósito y dirección que consiste en que una misma em-

127 *Id.* "Qual è l'oggetto della società holding?", en *Contratto e Impresa*, 86, 327.

128 Sobre esto en particular cfr. N. LATTANZI. "Differenti prospettive di interpretazione del processo di genesi del gruppo di imprese: un confronto tra logica e finalità", en *Collana della Rivista delle Società*, cit., vol. II, 1475.

presa o actividad económica sea ejercitada en forma inmediata por una o varias sociedades o personas jurídicas, las operantes, y en forma mediata por la sociedad cabeza de grupo, de tal manera que una misma empresa es ejercitada por varios empresarios. Pero para nuestro ordenamiento se requiere tanto la unidad de propósito y dirección como la subordinación. Si no se cuenta con cualquiera de estos dos elementos no hay Grupo Empresarial y por ende no se activan las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento societario.

Cabe observar que la unidad de propósito y dirección supone usufructuar y dirigir la Empresa aprovechando al máximo los principios del derecho de sociedades expresados en la tipicidad, la responsabilidad limitada y la personalidad jurídica que conllevan responsabilidades individuales y autónomas, produciendo, si se quiere, cierto peligro para el tráfico jurídico toda vez que se pueden afectar intereses dignos de tutela. Se requiere de un equilibrio entre la facultad de la sociedad cabeza de grupo de ejercer el gobierno de la Empresa y la protección de los que en razón de la estructura particular del Grupo Empresarial se encuentran más expuestos, tales como las minorías en las sociedades dirigidas, sus trabajadores, sus acreedores, etc. Debe existir un ajuste y armonía entre los intereses de las unidades del Grupo, de éste y del tráfico jurídico y económico en general, buscando que el gobierno de la Empresa logre una composición de intereses económicamente y socialmente razonable.

B. Responsabilidad de la sociedad holding

Por la conjugación de los principios clásicos del derecho de sociedades, el Grupo Empresarial se constituye como el mejor vestido jurídico de la Empresa: la diversificación del riesgo, la multiplicación de la limitación de la responsabilidad, la autonomía patrimonial de las distintas unidades que permite separar actividades y mercados y otros beneficios, son suficiente aliciente para que los agentes de la economía opten por esta forma organizativa de la Empresa.

Por ello es totalmente legítima la conformación, desde el inicio o como consecuencia de la evolución de la actividad económica, de grupos empresariales, más aún cuando el ordenamiento jurídico los consagra sin rechazarlos, acepta la unidad de propósito y dirección ejercida por la cabeza de grupo y le adjudica unos efectos. Es totalmente válido estructurar a la Empresa con una pluralidad de sujetos que abordan la actividad económica en sus distintas fases o dependiendo de los mercados en que se quiere incursionar.

Y es que el Grupo Empresarial logra objetivos que la estructura monosocietaria no puede alcanzar: la utilización de los signos distintivos y en general de la propiedad intelectual al interno de la Empresa; la posibilidad de que cada unidad represente un sujeto de derecho con su propia responsabilidad y, lo que es más importante, la limitación de la responsabilidad del sujeto dominante o de quienes invierten en las subordinadas que se dedican a una actividad específica; la

especialización de los administradores de cada una de las entidades; la dialéctica entre sujeción e independencia existente entre los administradores de la *holding* y de las subordinadas; la inexistencia, en principio, de un nexo entre quienes operan en diferentes mercados generando incomunicación de dificultades, etc.

Merece particular comentario una ventaja clave: el ejercicio de la unidad de propósito y dirección por parte de la sociedad cabeza de grupo implica, necesariamente, su injerencia en la vida de las compañías subordinadas, siendo posible predicar que estamos vulnerando normas fundamentales del tradicional derecho de sociedades: la especificidad del objeto social y el respeto por el interés de las controladas. En cuanto al primer aspecto, es claro que cuando una sociedad se desempeña como *holding* en un Grupo Empresarial está legitimada para intervenir en el gobierno societario de las subordinadas y que dicho ejercicio, así no exista una conexión entre el objeto social de unas y otras, no constituye un acto *ultra vires* al objeto social de la *holding* y mucho menos, salvo estipulación en contrario¹²⁹, está vedado para los administradores de la matriz del grupo actuar de conformidad.

En referencia al segundo aspecto mencionado, se tiene que el ejercicio de la unidad de propósito y dirección conlleva que las decisiones de los órganos de las subordinadas no sean fruto de la dialéctica entre quienes componen dichos órganos sino que sean impuestas previamente desde afuera, lo cual puede generar efectos que en una concepción tradicional pueden resultar contrarios a la ley¹³⁰. El accionista minoritario que quiere deliberar puede no tener mecanismos para defender su posición porque un poder externo a la compañía que le emitió sus acciones ya decidió con anterioridad a la reunión de asamblea, constituyendo esto un factor muy favorable para quien ejerce como jefe de la Empresa de Grupo, más aún cuando dicho sujeto se encuentra organizado como sociedad anónima en la que sólo participa el grupo dominante a diferencia de las sociedades subordinadas que pueden tener socios o accionistas ajenos a quienes gobiernan la Empresa.

Así mismo, en una situación normal la sociedad cabeza de grupo no tiene que entenderse con los acreedores de sus subordinadas, incluso en las hipótesis en las que las obligaciones hayan tenido como causa su propio beneficio, lo cual desmejora no sólo la posición de la deudora sino de los acreedores que con las actuaciones de la matriz pueden resultar perjudicados en su prenda general. Es una gran ventaja para la matriz esa libertad y posiblemente esa indiferencia frente a las preocupaciones de su subordinada y sus acreedores, más aún cuando la primera no es socia ni accionista sino que deriva su poder de una fuente diferente.

Se reitera entonces que son muchas las ventajas que ofrece el Grupo Empresarial en comparación con las demás formas de organizar jurídicamente la Em-

129 Artículo 196 C. Co.

130 Por ejemplo cuando el ordinal 6.º artículo 420 C. Co. manifiesta que la asamblea general de accionistas debe tomar las decisiones en interés de la sociedad, o respecto de los administradores que están obligados a desarrollar su gestión en el interés de la compañía que dirigen, etc.

presa, lo cual es bastante importante si se tiene en cuenta que ésta es básica para la prosperidad de las naciones y está llamada a ser la principal colaboradora del Estado en todos los órdenes. No debe partirse entonces del carácter maligno de la figura grupal, todo lo contrario, se constituye en el mejor instrumento para competir en una economía globalizada que exige asumir emprendimientos que requieren mucho esfuerzo financiero y administrativo con el menor riesgo posible. Piénsese por ejemplo en una compañía próspera que decide abordar una actividad económica diferente a la que tradicionalmente le ha generado beneficios: sin la posibilidad de constituir una filial o una subsidiaria que aborde el proyecto se arriesgaría todo, incluso la actividad que siempre le ha generado rentabilidad, afectándose no sólo ella en su viabilidad sino produciendo efectos colaterales para sus propios acreedores y trabajadores. Sin duda, el Grupo Empresarial es una forma de empresa que merece toda la tutela del ordenamiento jurídico.

No obstante lo anterior, la utilización de los principios de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada del socio o accionista en los distintos tipos de sociedad, puede generar efectos que el ordenamiento jurídico debe rechazar, más aún cuando es claro que la personalidad jurídica en la Empresa de Grupo tiene un carácter menos sustantivo y más instrumental, a lo que se suma el factor de que sólo se puede eliminar la limitación de la responsabilidad cuando se vulneran las normas sobre los distintos tipos de sociedad por parte de la *holding* que tiene el *status soci*, dejando por fuera las hipótesis en las que la sociedad cabeza de grupo no es socia ni accionista pero gobierna a su antojo a las subordinadas.

En el ejercicio de la unidad de propósito y dirección por parte de la sociedad cabeza de grupo pueden generarse situaciones contrarias a la filosofía del ordenamiento societario: el nombramiento de *managers* de las subordinadas en razón a su lealtad a los directores de la *holding*; la eliminación total de la dialéctica en los órganos de las filiales y subsidiarias en virtud de la preconstitución de decisiones; el abuso, por parte de la matriz, en el patrimonio de las subordinadas hasta el punto de producir confusión; la celebración de contratos en perjuicio de las subordinadas sin existir compensación alguna; el traslado de pérdidas a las subordinadas con menor participación de la *holding* y, por el contrario, de las utilidades a las subordinadas que tienen una mayor participación de la sociedad cabeza de grupo; etc.¹³¹.

No se discute que la libertad de Empresa es un derecho reconocido por nuestra Carta Política¹³² y que por ello puede afirmarse que formar un Grupo Empresarial es inherente no sólo a la mencionada libertad sino también a nuestro sistema económico. Pero es claro que la Empresa tiene una función social¹³³ que no puede ser desconocida por el empresario, en particular por la sociedad cabeza de grupo, y que no es procedente afirmar que la actividad económica organizada se

131 GALGANO. *Il codice civile. Commentario*, cit., 141.

132 Artículo 334 C. P.

133 Artículo 333 C. P.

encuentra vinculada a dicha función sin que dicho valor de nuestro ordenamiento jurídico se comunique a quien la ejerce¹³⁴.

Se tiene entonces una doble alternativa: en virtud de que la Empresa de Grupo es fundamental para el desarrollo y crecimiento económicos y con el objetivo de atraer la creación de empresas a nuestro territorio, predicar, y obrar de conformidad, la imposibilidad de hacer responder a la sociedad cabeza de grupo por los débitos de origen contractual y extracontractual de las filiales y subsidiarias, sirviendo para ello el argumento de la seguridad jurídica consistente en aplicar las normas legales que consagran la responsabilidad limitada de quienes participan en el capital de éstas y la independencia jurídica de la persona sociedad comercial respecto de sus socios o accionistas¹³⁵, sus administradores y, en general, de terceros ajenos a las prestaciones de cualquier origen que deben honrar.

De otra parte se puede argumentar que, si bien cuando nos encontramos en la escena grupal existe una pluralidad de sujetos cuya estructura implica responsabilidad limitada de quienes participan en su capital, en el fondo se tiene una sola empresa en virtud de que existe un solo centro decisional por cuanto el interesado viene a ser siempre un solo sujeto. En últimas, una posibilidad consiste en procurar un entendimiento del Grupo Empresarial más sustancial que formal para imputar las relaciones jurídicas y en últimas las consecuencias normativas a quien resulta ser el verdadero interesado.

Nuestra opinión no pregona la aplicación radical de cualquiera de estas dos posibilidades, ya que ambas pueden llegar a producir resultados poco beneficiosos así persigan fines dignos de tutela: de una parte el no reconocer jamás la responsabilidad de una sociedad cabeza de grupo puede llegar a producir resultados de injusticia material, particularmente en el escenario de los daños producidos por las subordinadas como consecuencia de la unidad de propósito y dirección ejercida por la cabeza de grupo o por negligencia de ésta. En el tema de la responsabilidad extracontractual hay un ingrediente digno de tener en cuenta: quien es acreedor en virtud de que se le produjo un daño, además de ser reparado debe ser tenido en cuenta en razón de que su calidad de acreedor la adquirió involuntariamente pues precisamente no celebró contrato alguno y por el contrario es un perjudicado por la actividad de Empresa. Los acreedores de origen contractual, mal o bien, tienen la posibilidad de examinar las virtudes de su deudor y de analizar previamente si quieren vincularse o no a la Empresa de Grupo como prestamista, trabajador o consumidor, prerrogativa con la que no cuentan los acreedores de origen extracontractual.

Por otra parte, abrir la puerta totalmente genera consecuencias muy desfavorables que ahuyentan la inversión en compañías y producen tal inseguridad a los

134 Sobre la discusión contractual-institucional en la perspectiva del grupo empresarial cfr. CÓRDOBA. "El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (corporate governance)", cit., 194 y ss.

135 Artículos 98, 353 y 373 C. Co.

operadores mercantiles que será difícil planear negocios a largo plazo. No conviene sentar reglas generales que penen a quien arriesga so pretexto de presumir que persigue fines poco altruistas, ya que la función social de la Empresa no puede llegar al extremo de hacer desaparecer el ánimo de lucro inherente a la actividad económica.

Se requiere entonces una posición que equilibre o logre una transacción entre la posibilidad de la sociedad cabeza de grupo de ejercer la unidad de propósito y dirección y la utilización de los principios de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada. Dicho equilibrio significa que se concede a la *holding* el derecho de gobernar la Empresa de Grupo irrespetando, en beneficio del grupo, el interés social de las subordinadas a cambio de que la aplicación de dichos principios societarios no sea tan radical, precisamente para proveer los remedios que, en caso de abuso de la matriz, sea menester suministrar.

1. El levantamiento del velo corporativo o "Disregard of Legal Entity"

Se trata del remedio más radical del que puede disponer la ley o el juez, dependiendo del sistema jurídico en el cual nos encontremos, verificándose fundamentalmente cuando la injerencia de la sociedad cabeza de grupo sobre una o varias de sus subordinadas es de tal magnitud que se puede afirmar que estamos frente a un simulacro formal o a una ficción de grupo¹³⁶. Se trata del no reconocimiento, total o parcial, del principio de alteridad subjetiva contenido en el inciso 2.º del artículo 98 C. Co. y por esa vía de imputar a la matriz relaciones jurídicas que en principio se entienden contraídas exclusivamente por la sociedad-persona jurídica subordinada¹³⁷.

No se trata en esta sede de explorar todo lo que se ha dicho acerca de esta teoría en el derecho comparado, empezando por el norteamericano en donde se originó el instituto¹³⁸ y siguiendo con el *civil law*¹³⁹ en donde se presentan fuertes

136 GALGANO. *Il codice civile. Commentario*, cit., 142 y ss.

137 Puede hablarse de levantamiento del velo, inoponibilidad o desestimación de la personalidad jurídica, etc., pero en el fondo la medida siempre es la misma: no se reconoce la independencia de personalidad entre la sociedad y sus socios. MANOVIL. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, cit., 972.

138 Sobre la evolución de esta tesis en derecho norteamericano PH. BLUMBERG. *The Law of Corporate Groups - Problems of Parent and Subsidiary Corporations under State Statutory Law*, Boston, Little, Brown & Co., 1995. En este derecho existen indetificadas ciertas conductas que pueden llevar a descorrer el velo: la sociedad cabeza de grupo tiene todo o casi todo el capital de la subordinada, tiene los mismos administradores y sedes, la subsidiaria financia a la matriz o viceversa, la sociedad cabeza de grupo y la subordinada se pagan mutuamente obligaciones que formalmente están en cabeza de cada una de ellas, la sociedad cabeza de grupo no respeta el patrimonio de la subordinada, el gobierno de la subordinada depende totalmente de la sociedad *holding*, etc. En el Reino Unido la desestimación ocurre cuando la filial o subsidiaria está totalmente subcapitalizada, los negocios de todas ellas no son independientes y cuando la existencia de la subordinada se debe a una conducta de la sociedad matriz para eludir normas

problemas de sistematización de la figura a pesar de la consagración positiva en los ordenamientos uruguayo y argentino¹⁴⁰, sino de examinar su aplicación en el derecho colombiano en razón de que se trata de un tema actual por algunos pronunciamientos de nuestra Corte Constitucional. Vale decir, como adelanto, que existe bastante confusión: se toman dichos pronunciamientos y determinados preceptos normativos como supuestos o ejemplos de aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo cuando en realidad se trata de la vigencia de principios y reglas que ya están en nuestro ordenamiento jurídico y que por ello no implican algo novedoso.

El levantamiento del velo corporativo conlleva una sanción muy rigurosa para eventos que merecen ese tratamiento consistente, en últimas, en desconocer total o parcialmente la personalidad jurídica societaria de una o varias subordinadas para imputar los efectos de las relaciones jurídicas a la sociedad cabeza de grupo. Ameritaría dicha pena la conocida confusión de patrimonios que se verifica cuando la *holding* utiliza el patrimonio de las subordinadas como cosa propia sin respetar autonomía patrimonial alguna. Las filiales y subsidiarias entonces son superadas respecto de su personalidad jurídica para llamar a responder a la matriz por las obligaciones que formalmente se encuentran en cabeza de ellas. En otras palabras, si la sociedad matriz no respeta el atributo patrimonial de la personalidad jurídica de sus filiales y subsidiarias los tribunales no tienen motivo para hacerlo¹⁴¹.

Se busca entonces, mediante una relativización del concepto de personalidad jurídica, evitar consecuencias ajenas al mismo ordenamiento jurídico, en especial cuando en virtud del abuso de la personalidad jurídica se dejan de aplicar normas jurídicas, por ejemplo sobre competencia económica, que regulan otros institutos jurídicos, o se pretende realizar un comportamiento que directamente no pueden ejecutar los socios o accionistas y, en el fondo, la sociedad cabeza de grupo.

imperativas. Cfr. D. PRENTICE, "Group indebtedness", en C. SCHMITTHOFF y F. WOOLDRIDGE. *Groups of Companies*, London, Sweet & Maxwell, 1991.

139 En el *civil law* se reitera lo dicho para los ordenamientos argentino y uruguayo, pero sin que ello signifique que no exista doctrina y una posible aplicación de la teoría en otros países, sin olvidar que puede presentarse confusión en razón de la metodología de los principios generales y de la abstracción inherente al sistema del *civil law*. En Bélgica cfr. P. VAN OMMESLAGHE. "Les groupes des sociétés et le droit européen des sociétés", ponencia presentada en el Lieja en octubre de 1972, y citada por MANOVIL. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, cit., 993. En Italia, a pesar de la resistencia de los tribunales, ya existe jurisprudencia, tal como narra GALGANO. *Il codice civile. Commentario*, cit., 143. En España, C. BOLDO. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Navarra, Aranzadi, 2000.

140 Artículos 54 Ley Argentina de Sociedades y 189 y ss. Ley Uruguaya de Sociedades.

141 La denominada confusión de patrimonios se verifica cuando la sociedad matriz o en general los accionistas tratan los bienes de las subordinadas como propios, abusando de su poder y generando frente a los terceros la falsa creencia de que la sociedad cabeza de grupo es deudor de las obligaciones sociales que formalmente se radican en la sociedad subordinada.

Es un remedio que penetra la esencia de la Empresa de Grupo para evitar la vulneración de intereses que el ordenamiento jurídico considera prevalentes.

El sistema normativo de obtención de la personalidad jurídica societaria en el derecho colombiano, cuya base positiva se encuentra en el artículo 98 C. Co., sería considerado como un régimen que suministra la personalidad societaria con la condición de su correcta utilización y atendiendo los fines lícitos de su nacimiento. Como puede observarse, la personalidad jurídica de la sociedad comercial es un derecho que se adquiere cuando se cumplen los requisitos fijados, por vía general, en el orden jurídico, siendo por tanto correcto hablar, más que de la inoponibilidad o desestimación de la persona jurídica, o de descorrimiento o levantamiento del velo corporativo, etc., de abuso del derecho de la personalidad jurídica, con las connotaciones que a dicho principio general le entregó la jurisprudencia nacional y que han venido evolucionando durante muchos años en nuestro país. Es mucho más coherente la aplicación de la teoría del abuso del derecho, sobre la cual ya se recorrido bastante que aplicar teorías surgidas en otros ambientes y con otros principios. Además, si se observa bien, el *Disregard of Legal Entity* es una sanción al abuso del derecho de la personalidad jurídica que conlleva como efecto, cuando es aplicada, la responsabilidad de quien cometió el abuso, es decir, de la sociedad cabeza de grupo.

La personalidad jurídica es un derecho concedido por el ordenamiento jurídico, condicionado en su ejercicio, como todo derecho, a evitar su abuso. Cuando se abusa de los derechos, estos se relativizan conllevando total o parcialmente su no reconocimiento porque existen derechos que, a juicio de la ley, merecen una mayor protección.

Entonces el Estado mediante el derecho tiene no solo la prerrogativa sino el deber de reprimir los abusos que se cometen con todos los derechos, incluido el de la personalidad jurídica que no tiene porqué ser tratado con diferencia. No debe olvidarse que el derecho en el fondo es un instrumento de poder, en este caso del Estado, para erradicar prácticas contrarias a los principios o valores que el mismo Estado, por medio del ordenamiento jurídico, pretende hacer prevalecer, lo cual es valioso en tratándose de los Grupos Empresariales en cuyo seno la persona jurídica asume un papel instrumental para el logro de otras finalidades impuestas por quien ejerce la unidad de propósito y dirección.

Pero no siempre que se impone responsabilidad a una sociedad matriz se está ante el levantamiento del velo corporativo, en razón de que muchas veces la solución aplicada parte precisamente del valor contrario consistente en el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad comercial. Se reitera que la responsabilidad limitada deriva del tipo o clase de sociedad y que por ello cuando la tipicidad se irrespeta o se abusa de los principios o prerrogativas que proporcionan determinadas formas societarias se estará ante otro abuso, no el del derecho de la personalidad jurídica sino el del tipo de sociedad que confiere la limitación de la responsabilidad.

Por ejemplo, para llamar a responder a un socio colectivo no es menester decretar que se abusó de la personalidad jurídica de la sociedad colectiva sino simplemente imputar las obligaciones sociales a los socios porque así lo ordena la ley en ese tipo de sociedad a pesar de ser un sujeto de derecho diferente a sus socios. No pueden confundirse muchos eventos en los que la responsabilidad de la sociedad cabeza de grupo y en particular de los socios y accionistas deriva es del tipo de sociedad y no del retiro del derecho de la personalidad jurídica.

Muchos de los eventos individualizados por la doctrina nacional como levantamiento del velo corporativo no tienen dicha naturaleza, en primer lugar, por lo acabado de anotar en el sentido de que la responsabilidad de los socios deriva del tipo de sociedad y no de la personalidad jurídica a ella atribuida, lo que hace innecesario desestimar la personalidad jurídica; y, en segundo lugar, porque en dichas hipótesis se sancionaría el abuso de otros derechos, como por ejemplo el de la responsabilidad limitada del accionista, partiendo precisamente del reconocimiento de la personalidad jurídica societaria¹⁴². Además, no es concebible para responsabilizar a una sociedad cabeza de grupo privar a una o todas sus subordinadas de la personalidad jurídica que, como se vio, sirve es al interés de los acreedores de las segundas para que el patrimonio de éstas no sea agredido por los acreedores de la matriz. En otros términos: obviar la personalidad jurídica de las filiales y subsidiarias implica también una renuncia importante para los acreedores de dichas compañías y, más aún, para los de la sociedad cabeza de grupo.

A nuestro juicio, el levantamiento del velo corporativo tiene expresa admisión en dos eventos en el derecho positivo colombiano: de una parte, en el artículo 44 de la Ley 190 de 1995 que corresponde al llamado Estatuto Anticorrupción, norma que no dice nada nuevo pues las autoridades penales siempre han perseguido a los socios y administradores de las compañías envueltas en actos delictuosos, razón por la cual no se hará comentario especial sobre la misma; de otra parte, en el artículo 37 de la Ley 142 de 1994 que se refiere a la desestimación de la personalidad interpuesta en el ámbito de todos los intervinientes en el mercado de los servicios públicos domiciliarios.

a. El artículo 37 de la Ley 142 de 1994¹⁴³

Es ésta una norma que autoriza a las autoridades judiciales y administrativas para que conozcan de asuntos relacionados con actos administrativos y contratos

142 Nos referimos básicamente a las normas sobre valoración de aportes en especie, a los artículos 71, 148 y 207 de la Ley 222 de 1995, de una parte; y, de la otra, a las normas sobre beneficiario real contenidas en la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores y en la Ley 142 de 1994 en materia de servicios públicos.

143 "Artículo 37. *Desestimación de la personalidad interpuesta.* Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades e inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustan-

emitidos y suscritos por los sujetos citados en la norma a tener en cuenta, no a la persona jurídica que formalmente interviene sino a los beneficiarios reales del acto o contrato.

Interesa en este punto únicamente los efectos de esta norma sobre la personalidad jurídica societaria, razón por la cual no es del caso hablar de la Superintendencia y de las comisiones de regulación, y se hará énfasis es en las empresas de servicios públicos que se rigen por lo dispuesto para las sociedades anónimas. Lo primero que hay que decir entonces es que la norma tiene por objeto garantizar la legalidad de los actos y contratos emitidos y celebrados por las empresas de servicios públicos con el objeto de que no se vulneren las normas sobre inhabilidades e incompatibilidades, motivo por el cual las autoridades judiciales y administrativas tienen un campo de actuación bien definido y no general.

Un segundo aspecto digno de destacar consiste en que la norma pretende que las relaciones jurídicas que se crean en razón de los actos y contratos se imputen al beneficiario real de los mismos y con ello se apliquen normas cuya observancia es obligatoria, precisamente como sucede con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, sin que cuente para nada la empresa de servicios públicos-persona jurídica que celebró, por ejemplo, un contrato. El marco de actuación de la norma es bastante claro: procede sólo cuando se examina la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos para determinar si se respetó la normativa sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 142 de 1994 y, de contera, imputar las relaciones derivadas de dichas actuaciones a los sujetos que en sustancia se benefician.

Se autoriza entonces a la administración y a la jurisdicción a no tener en cuenta a la persona jurídica-empresa de servicios públicos cuando se pretenda dar aplicación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades impuesto por la Ley 142 de 1994 a dicha clase de sociedad, motivo por el cual es bastante dudoso que un acreedor de obligación contractual o extracontractual surgida en el desarrollo del objeto social de la empresa de servicios públicos pueda valerse la norma que se comenta. Se reitera que la responsabilidad limitada de los accionistas de las empresas de servicios públicos deriva del tipo de sociedad y fundamentalmente del artículo 373 C. Co., aplicable por virtud del artículo 19 de la Ley 142 de 1994, y no de la personalidad jurídica adquirida por vía general y por las mismas razones en aplicación del artículo 98 C. Co.

Tampoco parece conveniente para un acreedor de origen contractual el que se prescinda de su deudor-persona jurídica formal y se vaya en contra de un bene-

cialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley". La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de esta norma en sentencia C-066 de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

ficiario real que muy posiblemente tiene más acreedores. Normalmente el acreedor analiza la situación de su deudor y las garantías que éste ofrece, y dependiendo de dicho examen celebra o no un contrato con la empresa de servicios públicos, razón por la cual no le conviene entrar a concursar con los acreedores del beneficiario real del contrato que muy posiblemente no desconoce y por el contrario aceptó, y que ahora no puede rechazar o aceptar, porque ello sería como alegar su propia culpa en su propio beneficio.

No se deben dejar de lado dos aspectos fundamentales: en primer lugar, el beneficiario real puede ser una sociedad cabeza de grupo que a la vez es empresa de servicios públicos, lo cual conlleva que prescindir de la personalidad de la subordinada haga que los acreedores de ésta tengan que ir a compartir la prenda general del beneficiario real y por ello se les desmejore su situación. El segundo tema es que los acreedores pueden ser usuarios y con ello se puede lograr un efecto perverso: el tratamiento de los usuarios de dos empresas de servicios públicos se equiparará según lo disponga el beneficiario real, es decir la sociedad cabeza de grupo, para sus propios usuarios, lo cual puede perjudicar gravemente a los de la subordinada cuya personalidad se desestima.

De todas maneras bien vale la pena reiterar a modo de conclusión: la norma actúa sólo cuando las autoridades judiciales y administrativas examinan la legalidad de los actos y contratos emitidos y celebrados por las empresas de servicios públicos y para efectos de determinar si se violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consignado en la Ley 142 de 1994, para nada más, razón por la cual los acreedores contractuales o extracontractuales de las empresas de servicios públicos subordinadas no pueden utilizarla para imputar sus acreencias a la sociedad cabeza de grupo en razón de que su deudor no les satisfizo la prestación a su favor o les causó un daño.

2. La responsabilidad contractual de la sociedad cabeza de grupo

Pareciera, por el título de este numeral, que se hace referencia exclusiva a los eventos en los cuales la sociedad cabeza de un grupo empresarial se obliga directamente en interés de cualquiera de sus subordinadas o simplemente garantiza las acreencias de éstas, lo cual se compadece con el contenido del Informe Especial exigido en el ordenamiento jurídico¹⁴⁴.

Pero el título también se refiere a situaciones de responsabilidad de la matriz por las obligaciones de sus subordinadas en razón del clausulado del contrato de sociedad que celebraron, lo cual impone afirmar por anticipado que esta responsabilidad contractual es aplicable en los grupos en los cuales el control o subordinación se funda en la calidad de socio o accionista de la sociedad cabeza de grupo. En

144 Artículo 29 de la Ley 222 de 1995 que obliga a redactar un informe especial en el que se consignen, entre otras, las operaciones más importantes celebradas por la sociedad cabeza de grupo en interés de sus subordinadas.

otros términos: dependiendo del tipo societario adoptado por las subordinadas en los contratos que les dieron nacimiento, la matriz tiene determinada responsabilidad por las obligaciones sociales de las filiales y subsidiarias, lo cual conlleva, sin duda, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.

A nuestro parecer la citada responsabilidad emana de un contrato y por tal razón es de naturaleza contractual, así beneficie a terceros que en principio tienen exclusivamente una relación jurídica con la persona jurídica-sociedad comercial constituida. En otros términos: como bien es sabido, la sociedad comercial surge de un contrato en nuestro derecho de sociedades, de naturaleza plurilateral pero sujeto a muchas normas que sobre teoría general del contrato se encuentran incorporadas en la codificación comercial, y por remisión, en la civil¹⁴⁵. En ese orden de ideas, al contrato de sociedad, que es típico, le es predicable y aplicable el artículo 1501 C. C. según el cual cada contrato tiene elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales para variar, mediante estipulación, los segundos.

Las normas imperativas sobre cada tipo societario son de la esencia del contrato de sociedad y por tanto se entienden incorporadas en el clausulado así las partes no digan nada al respecto, y en caso de contrariarse de hecho o por pactar sin respetar dichas normas se generan, en el primer caso, consecuencias nocivas para quien con su conducta incumple las normas del tipo societario adoptado y, en el segundo, nulidad absoluta¹⁴⁶.

En ese orden de ideas, la responsabilidad inherente al tipo de sociedad que se constituye es una responsabilidad contractual a cargo de la sociedad matriz, aun cuando dichos elementos esenciales que integran el contrato de sociedad terminen beneficiando a un tercero¹⁴⁷. Es más, a veces mediante elementos accidentales se modifican elementos de la naturaleza del contrato de sociedad relativos a la responsabilidad de los socios, tal como ocurre en la sociedad de responsabilidad limitada cuando un socio asume responsabilidades adicionales que pueden terminar beneficiando a terceros pero que se originan en el contrato de sociedad¹⁴⁸.

Pero la responsabilidad existente en determinados tipos de sociedad a favor del tráfico jurídico en general no puede ser modificada por los contratantes a su favor, ello por cuanto es de la esencia del contrato la responsabilidad que se asume por las obligaciones sociales en cada tipo de sociedad y en beneficio de los terceros. Así por ejemplo, se tiene por no escrita la estipulación que exonere a los socios de la colectiva de la responsabilidad solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales¹⁴⁹, o cuando existe duda sobre la clase de un socio o acerca del tipo societario, circunstancias en las que se prefiere por el ordenamiento una posición garante del tráfico mercantil¹⁵⁰.

145 Artículos 2.º y 822 C. Co.

146 Artículo 899 C. Co.

147 Se trata en el fondo de una estipulación a favor de otro.

148 Inciso 2.º artículo 353 C. Co.

149 Inciso 1.º artículo 294 C. Co.

Entonces sólo se puede aumentar la responsabilidad adquirida según el tipo de sociedad, pero nunca renunciar a ella por cuanto no está inmerso solo el interés del contratante¹⁵¹, en este caso la sociedad cabeza de grupo; esto en virtud de que nos encontramos ante elementos que integran la esencia del contrato de sociedad y en particular del tipo societario escogido en cada caso por los contratantes. En ese orden de ideas la responsabilidad de los socios en la colectiva, de los gestores en las sociedades en comandita y de los socios en la sociedad de responsabilidad limitada a propósito de las obligaciones laborales y tributarias es de la esencia de dichos tipos de sociedad y no puede ser variada por los contratantes en razón de que ellos no son los únicos interesados y de que de esa manera se variaría la esencia del tipo escogido en el contrato.

Vale la pena hacer un comentario sobre el límite de la responsabilidad contractual que se comenta: en la sociedad colectiva pareciera que es por todas las operaciones sociales, incluidas aquellas de naturaleza extracontractual en virtud de daños producidos a terceros por parte de la persona jurídica-sociedad comercial. En dicho caso, la responsabilidad de los socios colectivos sigue siendo contractual en razón de que su obligación surge de los elementos esenciales del contrato que originó la sociedad colectiva; lo que sucede es que será en beneficio de los terceros, que por lo tanto pueden no sólo perseguir el patrimonio de la compañía que les causó el daño, sino también el de los socios que la integran porque ellos aceptaron, al celebrar el contrato de sociedad, responder solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales, cualquiera sea su origen, razonamiento aplicable a los socios gestores en las sociedades en comandita simple y por acciones.

En la sociedad de responsabilidad limitada la norma ya no habla de operaciones sociales sino simplemente manifiesta que los socios responderán *hasta el monto de sus aportes*¹⁵², haciendo generar el siguiente razonamiento: la responsabilidad en virtud de los derechos de crédito es limitada porque los acreedores conocieron y aceptaron dicha circunstancia, y en el evento de los créditos laborales y fiscales la responsabilidad ilimitada tiene un origen contractual ya que los artículos 36 y 794 del Estatuto Tributario forman parte del tipo de la limitada. Ahora bien, en los daños causados extracontractualmente por la sociedad limitada a terceros se debe decir que en principio los socios no responden a menos que ellos, en razón de detentar el gobierno societario¹⁵³, hayan sido determinantes de la voluntad social, esto es de la culpa o dolo de la compañía, que generó el daño y con ello la responsabilidad aquiliana. En este evento la responsabilidad de la sociedad y de los socios es extracontractual, a menos que uno o varios de los segundos haya estipulado contractualmente su responsabilidad por los hechos dañosos.

150 Artículo 353 C. Co.

151 Artículo 15 C. C.

152 Artículo 353 C. Co.

153 La administración y representación de la sociedad de responsabilidad limitada en cabeza de todos y cada uno de los socios es un elemento de la naturaleza del contrato que genera este tipo de sociedad. Artículo 358 C. Co.

En la sociedad anónima la solución es la misma que en la limitada: la responsabilidad es limitada al monto de los aportes¹⁵⁴ y por ello los accionistas no responden frente a los acreedores voluntarios e involuntarios que la anónima genere en el ejercicio de sus negocios. Se aclara solamente que es muy raro en este tipo de sociedad que todos los accionistas participen en la gestión de los negocios sociales y que por ende exista una concurrencia en materia de responsabilidad extracontractual.

Una conclusión importante que puede extraerse es que el tipo de sociedad que genera menor responsabilidad contractual y menos exposición frente a los acreedores extracontractuales de la persona jurídica-sociedad comercial es el de la anónima, siendo esta la razón para que ella sea la predilecta al momento de conformar grupos empresariales porque, para mayor claridad, es el tipo de sociedad que menos responsabilidad contractual genera para los contratantes iniciales o posteriores¹⁵⁵.

Para terminar este numeral es preciso hacer la siguiente afirmación: no es *Disregard* o desestimación de la personalidad jurídica el llamar a responder solidariamente a la sociedad por impuestos u obligaciones laborales, pues se trata de eventos de obligaciones solidarias en la cual el acreedor, en virtud del tipo societario admitido contractualmente por los socios, se ve beneficiado por contar no sólo con el deudor sociedad comercial sino con otros que junto a ella le adeudan *in solidum* la prestación. Se trata de una obligación que incorpora una solidaridad pasiva con fuente en la ley¹⁵⁶ y que hace suponer todo lo contrario al levantamiento del velo corporativo: la persona jurídica societaria debe, pero no sola en virtud de que es deudora solidaria, junto con sus socios.

Sostener que la responsabilidad solidaria de los socios es una forma de levantamiento del velo corporativo es desconocer una clase de obligaciones que tiene siglos de vida y que parte de la existencia de por lo menos, en el caso de la solidaridad pasiva, dos deudores, y que uno de ellos es la persona jurídica-sociedad comercial. No son equiparables el *Disregard of Legal Entity* y la solidaridad pasiva pues esta última no requiere acabar con la personalidad societaria y es mucho más directa en virtud de que se presume¹⁵⁷ cuando no ha tenido como origen la ley, el testamento o el contrato.

Algo parecido puede decirse del artículo 207 de la Ley 222 de 1995: se trata de una responsabilidad subsidiaria pues requiere que el patrimonio de la persona jurídica en liquidación obligatoria no sea suficiente para pagar el pasivo externo,

154 Artículo 373 C. Co.

155 Uno de los pocos casos en los que habría responsabilidad ilimitada del accionista en la anónima es el referido a la valoración de los aportes en especie, artículos 135 y 398 C. Co. Igualmente cuando se reciben dividendos de mala fe, tal como puede deducirse del artículo 151 *ibídem*.

156 Inciso 2.º artículo 1568 C. C.

157 Artículo 825 C. Co.

sin que sea predicable la solidaridad en virtud de que expresamente se afirma que dicha responsabilidad es proporcional a su participación en la sociedad en liquidación. Importa es que la obligada principal sigue siendo la persona jurídica cuyo patrimonio se liquida y que subsidiariamente responden sus socios o accionistas cuando han abusado del tipo de sociedad.

Se concluye entonces que la responsabilidad acabada de comentar es aplicable únicamente a la sociedad cabeza de un Grupo Empresarial cuando ella ostenta la calidad de socio o accionista y en consideración al tipo de sociedad que se constituye, teniendo por demás esta circunstancia un origen contractual.

3. *La responsabilidad aquiliana de la sociedad cabeza de grupo*

Este remedio, al igual que el anterior, parte de la existencia y reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad comercial, que en este caso generó un daño. En otros términos, no se discute acerca de la personalidad jurídica de las sociedades subordinadas, pues tanto la matriz como las controladas son sujetos de derecho diferentes. Esencial para imputar este tipo de responsabilidad es el daño, consistente en lesionar la empresa social, causado a la subordinada por la influencia perjudicial ejercida por la sociedad matriz, haciendo la claridad de que normalmente el daño es de naturaleza patrimonial¹⁵⁸.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 2341 C. C. se puede tutelar ampliamente a los acreedores de las sociedades subordinadas que son lesionados por una Dirección Unitaria perjudicial de la sociedad cabeza de grupo, incluyendo en esta protección la expectativa del acreedor de que su deudor, es decir la subordinada, conserve su capacidad patrimonial para ejecutar el contenido de la prestación correspondiente. Es posible entonces, con aplicación de la norma citada, sancionar a las sociedades cabeza de grupo en los eventos en que éstas lesionan el patrimonio de sus filiales y subsidiarias colocándolas en situación de incumplimiento frente a sus acreedores.

No es necesario, por ejemplo, levantar el velo corporativo o superar la personalidad jurídica de las subordinadas pues la responsabilidad de la matriz frente a los acreedores de aquellas puede configurarse en la modalidad extracontractual sin discutir acerca de la pluralidad subjetiva de quienes conforman el Grupo Empresarial. Existe por tanto responsabilidad aquiliana de la sociedad matriz cuando con su propio comportamiento, positivo o negativo, influye en el comportamiento y el incumplimiento de las compañías bajo su Unidad de Propósito y Dirección. Se observa que la aplicación de los principios generales de la res-

158 La Ley Alemana de Grupos de 1965 hace referencia específica a este evento en los artículos 312, 317 y 327 que prevén que la matriz puede causar un daño que interese sólo a la subordinada, o que repercuta en los accionistas de ésta con independencia de si se dañó también a la compañía en que participan y, finalmente, un daño a los acreedores de la sociedad subordinada. Cfr. GALGANO. *Il codice civile. Commentario*, cit., 146.

ponsabilidad civil son fundamentales para permitir a los acreedores voluntarios e involuntarios de las personas jurídicas subordinadas actuar directamente en contra de quienes determinan su voluntad. Un ejemplo radica en la posibilidad que tienen los acreedores de las sociedades filiales y subsidiarias afectadas patrimonialmente por la influencia dominante ejercida por la matriz de actuar en contra de ésta por la lesión de su derecho de crédito.

Igualmente los accionistas externos o minoritarios de la subordinada en un Grupo Empresarial pueden actuar en contra de la matriz cuando el valor de sus títulos se deprecie por razón de la influencia dominante ejercida por un tercero, lo que es muy útil si tenemos en cuenta que dichos accionistas en nada pueden incidir en el comportamiento de los administradores de la sociedad cabeza de grupo.

La responsabilidad extracontractual y en general los principios comunes son, en nuestro concepto, mucho más aptos para responsabilizar a la sociedad matriz de un Grupo Empresarial, en primer lugar por tratarse de puntos que ya tienen un desarrollo importante en nuestro derecho, lo que se relaciona mucho con el respeto por nuestra tradición jurídica y especialmente en materia de personalidad jurídica y de responsabilidad limitada de los socios y accionistas según el tipo de sociedad en el cual participen. También, se evitan las improvisaciones en la aplicación de institutos surgidos en otros ambientes, además de evadir las generalizaciones que conllevan que una conquista de siglos como la limitación del riesgo en la actividad empresarial, que es perfectamente lógica desde el punto de vista económico, sea dejada de lado.

Acerca de la responsabilidad aquiliana de la sociedad cabeza de grupo es claro que se predica de cualquier sociedad matriz, sea o no accionista o socia de sus subordinadas, y que existe desde hace mucho tiempo una disciplina contenida en los artículos 2341 y siguientes C. C. El derecho común proporciona las soluciones, y la novedad muchas veces es una reiteración de las mismas o es incompatible con nuestra tradición jurídica. Sobre este aspecto vale la pena comentar el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, norma que equivocadamente es entendida como un evento novedoso de *Disregard* y que significó el pronunciamiento, ya en varias ocasiones, de nuestra Corte Constitucional¹⁵⁹.

a. Naturaleza de la responsabilidad consagrada
en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995

A nuestro parecer se trata de una responsabilidad extracontractual de la sociedad controlante originada en la subordinación y que implica responder por las obligaciones de la filial o subsidiaria en proceso concursal de concordato o liquidación

159 Corte Constitucional. Sentencias T-014 de 1999, SU-1023 de 2001 y C-865 de 2004, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO y RODRIGO ESCOBAR GIL, respectivamente.

obligatoria. En últimas, no se trata sino de un evento en el cual el ordenamiento jurídico adjudica una responsabilidad extracontractual a una sociedad matriz por el incumplimiento de las acreencias de una filial que se encuentra en una situación determinada, lo cual no constituye nada diferente al principio de que el sujeto que causa un daño debe responder.

Ahora bien, conviene hacer algunas precisiones: en primer lugar, se trata de una responsabilidad extracontractual por cuanto la norma para nada desconoce o desestima la personalidad jurídica de la sociedad en concurso, sino que por el contrario deja el mensaje claro de que ésta sigue siendo la principal responsable por sus obligaciones.

Un segundo aspecto digno de destacar consiste en que la responsabilidad extracontractual de la matriz es frente a los acreedores que se hayan presentado al concurso a hacer valer sus acreencias y que se encuentren con que su deudor no cuenta con el patrimonio suficiente para responder debidamente. Es prácticamente impensable que un sujeto de derecho lesionado por un daño provocado por la subordinada en proceso concursal pueda hacer valer esta responsabilidad específica sin contar con una sentencia ejecutoriada o con un acuerdo transaccional o de conciliación con la autora del daño, pues de lo contrario será sólo, dentro de la masa del concurso, un pasivo contingente.

Se trata de un precepto normativo cuyo supuesto de hecho exige que la subordinada se encuentre sometida a un proceso concursal de concordato o de liquidación obligatoria, ningún otro, razón por la cual sólo procede en estos eventos. Ahora bien, cualquier persona, acreedor voluntario o involuntario, puede tratar de hacer responsable a una sociedad matriz sin necesidad de esa norma y sin la exigencia de que la subordinada esté sometida a un concurso, pues bastará simplemente que pruebe, en el proceso respectivo, los elementos de la responsabilidad de conformidad con los artículos 2341 y siguientes C. C.

b. La presunción del parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995

La novedad de la norma citada consiste fundamentalmente en la presunción de responsabilidad en contra de la sociedad matriz o controlante en virtud del concordato o de la liquidación obligatoria de cualquiera de sus subordinadas. Mucho puede decirse acerca de la conveniencia o inconveniencia de esta previsión, pues se trata en últimas de la dialéctica entre la sustancia y la seguridad jurídica a la que se hizo referencia en páginas anteriores.

De todas maneras es pertinente dejar algo en claro: la responsabilidad de una sociedad cabeza de grupo no puede limitarse de manera absoluta, pero ello no conlleva el consagrar normas que no se compadecen para nada con la esencia del Grupo Empresarial. La Empresa de Grupo requiere para su existencia la concurrencia de la subordinación y de la unidad de propósito y dirección, siendo posible que se presente simplemente la primera, sin necesidad de que se llegue a ser Grupo Em-

presarial, tal como sucede con los acreedores que se convierten en accionistas mayoritarios en el seno de su deudor en razón de una capitalización de acreencias.

Así las cosas, la norma comete un error fundamental: presume la responsabilidad por el concurso de la subordinada cuando se presenta el sólo control o subordinación, previsión que puede llevar a muchas injusticias e incoherencias, empezando por el hecho de que existe la subordinación por la sola posibilidad de gobernar a la filial o subsidiaria y que de esta forma se presume una responsabilidad por la sola potencialidad de influir predominantemente y no por un ejercicio efectivo de un poder. En otros términos: en las situaciones de subordinación en las que la matriz no ejerce su poder se le presume responsable, algo que no se compadece con la realidad empresarial.

La causa de esta equivocación está sin duda en la confusión de los conceptos de subordinación y de Grupo Empresarial, que, se repite, no son lo mismo. La subordinación siempre antecede a la formación de la Empresa de Grupo pero no es ésta, siendo posible en la práctica la mera subordinación sin que se conforme el Grupo. La norma debió presumir la responsabilidad sólo cuando existe efectivamente Grupo Empresarial, en razón de que además de la subordinación se presenta la unidad de propósito y dirección por parte de la sociedad cabeza de grupo, es decir, un gobierno de la Empresa que lleve a presumir que la situación de concordato o de liquidación obligatoria se produjo por el ejercicio del poder de la matriz.

Acerca de la presunción puede decirse también que es una hipótesis en la cual se aplica el régimen de responsabilidad por actividades peligrosas y no el de la responsabilidad por culpa, lo cual, en la práctica, hace que la matriz tenga la carga de la prueba de su inocencia. Puede afirmarse entonces que el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 dividió en dos la responsabilidad extracontractual de la sociedad matriz: en primer lugar, cuando no existe concordato o liquidación obligatoria de la subordinada, evento en el cual se aplican los artículos 2341 y siguientes C. C. y, en segundo término, cuando una sociedad se encuentra en cualquiera de dichos concursos y es subordinada por una sociedad matriz bajo cualquiera de las modalidades del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, evento en el que se presume la responsabilidad de la controlante y se haría extensivo lo contenido en nuestro derecho privado para las actividades peligrosas, eso sí, en forma subsidiaria y limitada a los acreedores que se presentaron al concordato o a la liquidación obligatoria, pues no se debe premiar a los acreedores que no ejercen debidamente sus derechos, aspecto que debió ser tenido en cuenta por nuestro máximo Tribunal Constitucional.

CONCLUSIÓN

Se concluye que es necesario que la sociedad cabeza de grupo responda cuando en ejercicio de la unidad de propósito y dirección sobre sus vinculadas lesiona, por acción u omisión, intereses dignos de tutela como los de los accionistas mi-

noritarios, los de acreedores sociales y los intereses colectivos, lo que en cierta forma significa reconocer que detrás de toda persona jurídica hay seres humanos que por no respetar la autonomía del propio interés de la persona jurídica correspondiente no pueden ser beneficiados con la pluralidad subjetiva o con la irresponsabilidad por sus actos y omisiones, obviamente siendo equilibrados para no generalizar en la aplicación de soluciones esgrimidas para situaciones concretas que conduzcan a destruir la limitación del riesgo propia de las sociedades de capital¹⁶⁰. De todas maneras, los remedios están en nuestro ordenamiento jurídico y se pueden hacer efectivos con mayor seguridad que los entregados por institutos foráneos, más aún cuando nuestra Corte Constitucional ha demostrado que la irresponsabilidad de las sociedades cabeza de grupo no es absoluta, quedando de por medio eso sí la necesidad de un procedimiento claro, respetuoso de los derechos de los involucrados y ágil.

160 Tradicionalmente olvidamos que las personas jurídicas incorporan en el fondo seres humanos, tal vez porque la realidad jurídica implica que la mayoría de personas en el mundo reciban sus ingresos de personas jurídicas, laboren para ellas, y consuman y aprovechen los productos y servicios que dichos sujetos prestan, sin contar con que el Estado ostenta también dicho carácter. C. SUÁREZ ANZORENA. "Personalidad de las sociedades", en *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo-Perrot, 1, 1973. El mismo Tribunal de La Haya manifestó hace ya varias décadas que los Estados democráticos deben tener normas que permitan responsabilizar a las sociedades cabeza de grupo, sea entendiendo y consagrando que la personalidad jurídica no es un absoluto o disponiendo de normas que hagan fácil verificar la responsabilidad extracontractual. Sentencia Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd. o formalmente Bélgica contra España, publicado en *E. D.*, 48, 1005 y ss.

