

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL Y LOS GRUPOS SOCIETARIOS

Pablo Andrés Córdoba Acosta

INTRODUCCIÓN

NO HAY DUDA de que tanto el grupo de sociedades como la sociedad o la empresa unipersonal constituyen realidades económicas ante las cuales el derecho debe adoptar una posición determinada, razón suficiente para deducir la urgencia de una adaptación de la norma jurídica societaria a las exigencias originadas por rápidos cambios en la realidad económica por medio de un tratamiento legislativo adecuado que deberá ser interpretado y ajustado por los órganos competentes a la hora de aplicar la ley al caso concreto.

Desde este punto de vista, la materia grupo-sociedad/empresa unipersonal se presenta ante los ojos del jurista bajo tres posibilidades:

1. Dictar para ella una disciplina mediante una ley general;
2. Cumplir tal objetivo con una serie de leyes de sector; y
3. No disciplinar nada y dejar que sea el intérprete quien desarrolle una disciplina bajo la guía de los principios generales del derecho¹.

Para decidir sobre una o varias de estas vías es necesario, en primer lugar y respecto de los grupos de sociedades, considerar que la regulación sobre estos irrumpe en un derecho societario tradicional que se encuentra aferrado a principios considerados indiscutibles, tales como la limitación de la responsabilidad de los socios y la estructura de la persona jurídica, haciendo necesaria, si no una modificación, por lo menos una interpretación distinta y actual de la norma societaria con el fin de gobernar situaciones cada día más diferentes.

Por lo anterior y a manera de ejemplo se habla de grupos, tratándose de la pequeña y mediana empresa, cuando la *holding* está en cabeza de un empresario persona física que responderá por fuera del esquema de la persona jurídica sociedad durante el trámite de un proceso concursal; igualmente respecto de las empresas multinacionales respecto de su responsabilidad por daños al ambiente

¹ Sin duda alguna me parece mejor una adecuada combinación de estos supuestos, especialmente en el derecho nacional donde existe una entidad como la Superintendencia de Sociedades que puede ejercer un rol fundamental en la construcción del derecho societario colombiano. Así mismo, creemos que una institución muy importante para la

construcción de un nuevo derecho de sociedades es la Corte Constitucional, la cual deberá sentar las bases necesarias por medio de la interpretación de las normas constitucionales sobre la empresa. El papel de las dos instituciones adquiere mayores dimensiones si se tiene en cuenta la reciente reforma introducida por la Ley 222 de 1995.

o graves accidentes, responsabilidad que de colocarse en cabeza de la sola sociedad persona jurídica radicada y domiciliada en el respectivo país se vería truncada por la incapacidad patrimonial de la misma considerada en forma aislada.

El hecho de que existan muchas dificultades en la regulación de los grupos de sociedades no quiere decir que el Estado deba olvidarse del tema²; por el contrario, se debe partir del supuesto de que la estructura del grupo cumple una función meritable de tutela desde el punto de vista de la autonomía privada y que como todos los institutos jurídicos tiene fases patológicas que el ordenamiento debe tratar y corregir.

La importancia actual del fenómeno de los grupos se acrecienta si se tiene en cuenta que estos tienen un efecto considerable sobre otras disciplinas jurídicas como el derecho laboral, el derecho de la competencia, los procesos concursales, etc., generando la necesidad de regularlos según los principios de integración y coherencia del ordenamiento jurídico con el fin de entregar claros parámetros dentro de los cuales se deberá desarrollar una adecuada y moderna interpretación y aplicación de las normas.

En segundo lugar, sin duda alguna la sociedad-empresa unipersonal tiene estrecha relación con el tema de los grupos: puede pertenecer a un grupo como controlada o controlante, además de que normalmente, al igual que los grupos, puede ser objeto de la aplicación de doctrinas simulatorias como aquella del levantamiento del velo corporativo por la cual se finge que las deudas de la sociedad o de la empresa unipersonal dominada son obligaciones del socio o empresario único dominante, implicando la frustración del fin por el cual ha sido creado el beneficio de la responsabilidad limitada.

La sociedad unipersonal y la empresa unipersonal se constituyen como instrumentos jurídicos que consienten al empresario único limitar su responsabilidad a lo aportado, salvo los casos excepcionales en los cuales el ordenamiento prescribe la responsabilidad de este por las obligaciones de la empresa³.

El instrumento de limitación de responsabilidad del empresario único tiene estrecha relación con los grupos societarios: no hay duda que tanto la sociedad como la empresa unipersonal constituyen mecanismos aptos para la organización de un grupo, sea como dominantes o dominadas, y en últimas para la estructuración de una empresa⁴.

Así mismo tanto el grupo de sociedades como la sociedad o la empresa unipersonal pueden ser objeto de la aplicación de verdaderas excepciones a los

² Dificultades que consisten en especial en el choque del derecho de los grupos con los principios tradicionales del derecho societario, conflicto que surge principalmente por la lejanía que presenta el primero respecto del segundo al acoger como su fundamento el derecho de la empresa contrapuesto al régimen homogéneo y monolítico del derecho societario.

³ En el derecho comparado es claro el objetivo de la instauración de la sociedad unipersonal o alternativamente de la empresa unipersonal: la limitación de la responsabilidad del empresario único, tal como lo afirma la Directiva XII del Consejo de las

Comunidades Europeas en uno de sus varios considerandos. La directiva ha sido publicada en la *Gaceta Oficial* de la Comunidad el 30 de diciembre de 1989, pp. 40 ss.

⁴ No creo caer en error al afirmar que el grupo es una manera de organizar y de gobernar la empresa que absorbe no solamente la forma societaria sino todo tipo de personas jurídicas. Incluso se puede llegar a decir que el derecho societario no ha podido regular correctamente el fenómeno de los grupos por cuanto estos se encuentran insertados en un mundo más amplio y abstracto como el derecho de empresa.

principios clásicos del derecho societario, tales como la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada de los socios. Tales excepciones se justifican, tratándose de la sociedad o de la empresa unipersonal, si se tiene en cuenta que la estructura de la personalidad jurídica y la creación de un patrimonio separado constituyen instrumentos técnicos escasamente eficaces en garantía de los acreedores y de los terceros en general que entran en contacto con el ente unipersonal, razón por la cual debe existir un sistema de publicidad que entregue a estos información acerca de la estructura de la empresa. Igual análisis puede verificarse respecto de los grupos: el dominio total sobre una serie de sociedades por parte de una persona natural o física puede constituir un peligro para el sistema económico si no existen los medios de publicidad adecuados para hacer conocer dicha situación a quienes se relacionan con una integrante del grupo.

Se agrega el hecho de que tanto el grupo como la empresa-sociedad unipersonal constituyen o pueden llegar a ser mecanismos aptos para la conformación de empresas, es decir, en el grupo se encuentra una serie de personas jurídicas, cada una con su objeto social, que intentan o desarrollan un interés común, el del grupo, que en últimas es el ejercicio de una empresa unitaria; así mismo con el ente o persona jurídica unipersonal se logra el mismo fin pero en forma individual⁵.

Por ello la finalidad de toda reglamentación, además de recibir una realidad imperante en el sistema económico, deberá ser el de eliminar la potencialidad del daño y tutelar los intereses de los acreedores que entran en contacto con entes revestidos de tales características.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta lo dispuesto por la directiva comunitaria europea en materia de sociedad unipersonal que en su artículo segundo manifiesta que: «En espera de la coordinación de las disposiciones nacionales en materia de derecho de los grupos, las legislaciones de los Estados Miembros pueden prever disposiciones especiales y sanciones: a) cuando una persona física sea el socio único de varias sociedades; b) cuando el socio único de una sociedad sea una sociedad unipersonal u otra persona jurídica»⁶.

Esta posición del legislador comunitario europeo conduciría a deducir que existe una orientación tendiente a precluir la utilización de los entes unipersonales como instrumentos de organización de un grupo con el fin de no incentivar el ejercicio contemporáneo de varias empresas individuales detrás de la barrera formada por personas jurídicas distintas y por ello, en este sentido, la creación de un grupo de empresas⁷.

Puede concluirse entonces que gran parte del derecho comparado no se dirige tanto a la manifestación de su desacuerdo acerca de la aplicabilidad del régimen de responsabilidad limitada a las hipótesis enunciadas, sino que trata de evitar

⁵ En materia de derecho de la competencia la Comisión y la Corte Europeas afirman que los grupos, para efectos de las prácticas restrictivas de la competencia y el abuso de posición dominante, deben ser tomados como si jurídicamente fueran una sola sociedad o más claramente constituyen una empresa sin importar la multiplicidad de personas jurídicas y de objetos sociales formalmente diferentes.

⁶ La XII Directiva CEE en materia de derecho de sociedades, *cit.*, art. 2º.

⁷ Sobre este punto véase CARLO ANGELICI. "Società unipersonali: l'esperienza comparatistica", en *Società*, 1993, pp. 893 ss.; G. SCOGNAMIGLIO. "La disciplina della s. r. l. unipersonale: profili ricostruttivi", en *Giurisprudenza Commerciale*, 1994, I, pp. 237 ss.

que la sociedad unipersonal o la empresa unipersonal sean utilizadas como una técnica por parte de los grupos societarios⁸.

En el fondo de toda esta discusión se encuentra la concepción de la sociedad o empresa unipersonal como instrumentos dirigidos a la constitución de empresas de menores dimensiones, sin descartar que al mismo tiempo pueda ser una verdadera y propia sociedad de capital como sucede en Alemania, donde algunas grandes empresas se encuentran organizadas de esta manera⁹.

No existe duda de que el tema apenas considerado tiene importancia y actualidad en el ordenamiento mercantil colombiano, pues con la Ley 222 de 1995 se introdujeron importantes reformas al sistema societario, dentro de las cuales se encuentran la consagración de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada y el tentativo de regular una realidad tan importante para la economía como los grupos empresariales.

Parece por lo tanto necesario comenzar a indagar sobre estos puntos, examen que se hará teniendo en cuenta el tratamiento que en otros países se le ha dado a estos institutos, regulaciones cuyo punto de partida se encuentra en la concepción o consideración de la admisibilidad o no de los grupos y de las empresas y las sociedades unipersonales, su tratamiento legislativo, su razón de ser en el sentido de considerar o no el grupo como un mecanismo de gobierno de la empresa y a la sociedad-empresa unipersonal como instrumento organizativo de la empresa de mediana y menor dimensión.

En todo el análisis que sigue será menester tener en cuenta las más recientes tendencias de desregulación del derecho societario que han influido incluso en las legislaciones más estrictas hasta lograr una atenuación de las normas inderogables acerca de la personalidad jurídica para deducir responsabilidades de los socios abusivos.

Si se considera la gran cantidad de relaciones que pueden existir entre la sociedad y/o empresa unipersonal y los grupos de sociedades parecerá indudable la afirmación de que el tema reviste gran interés desde el punto de vista jurídico-societario, no solamente y en menor medida por el hecho de que el legislador colombiano se haya decidido de una vez por todas a abordar estas materias, sino por la importante razón de que los dos institutos apenas mencionados constituyen una base para un repensamiento total del derecho societario que conllevará necesariamente grandes e importantes consecuencias teóricas y prácticas en el mundo de los negocios.

El presente escrito, más que un tratamiento total de los problemas que pueden surgir respecto al nexo entre el grupo y los entes unipersonales, pretende revelar la importancia que tiene dicha relación y llamar la atención sobre la necesidad de una interpretación de la norma societaria teniendo en cuenta principalmente la realidad imperante en la empresa, la cual debe ser y es en últimas la razón de ser actual del derecho de sociedades¹⁰.

⁸ En el derecho italiano se introdujo la actuación de la directiva comunitaria en materia de sociedad unipersonal por medio del Decreto-ley 88 de marzo 3 de 1993. Esta norma en su artículo 7° reformó el artículo 2497 del C. C. relativo a la disolución y a la liquidación manifestando que en caso de insolvencia de la sociedad, por las obligaciones sociales adquiridas durante el tiempo

en el cual las cuotas hayan pertenecido a un solo socio, éste responde ilimitadamente cuando se trate de una persona jurídica o sea socio único de otras sociedades de capital.

⁹ L. CHIARELLI. "La dodicesima direttiva CEE alla luce di alcuni ordinamenti nazionali", en *Rivista di Diritto Civile*, 1992, II, pp. 139 ss.

I. ¿LA SOCIEDAD UNIPERSONAL/EMPRESA UNIPERSONAL ES APTA PARA LA ORGANIZACIÓN DEL GRUPO?

COMO TUVIMOS oportunidad de ilustrar de manera breve en la introducción, parece ser que en el ámbito del derecho comparado la tendencia es evitar que los entes de naturaleza unipersonal, en particular la sociedad o la empresa unipersonal, puedan ser utilizados como instrumento de organización del grupo societario.

Se concluye esto del contenido de la XII Directiva de la CEE en materia de sociedad unipersonal, la cual siempre fue objeto de un debate bastante particular sobre la concepción de la misma como medio para la organización de la empresa de menor o mayor dimensión. Parece ser que el legislador comunitario europeo, sentando previamente un marco general, dejó la libertad a los países miembros de escoger la solución que prefieran: en efecto, países como Italia imponen límites a la hipótesis de una sociedad unipersonal en cabeza de otra persona jurídica, consagrando por ejemplo la responsabilidad ilimitada del socio único por las obligaciones adquiridas por la sociedad unipersonal durante el período de tiempo en que haya subsistido la unipersonalidad¹¹.

Pero detrás de la discusión sobre la aptitud de la sociedad unipersonal para la conformación de grupos societarios se encuentra la aún más interesante disquisición acerca de la admisibilidad o no del grupo societario, y más concretamente la contraposición existente entre el modelo sancionatorio y el modelo legitimatorio de los grupos de sociedades en los que participan sociedades unipersonales dependientes¹².

En efecto, los grupos societarios pueden conllevar consecuencias tales como deficiencias en la tradicional protección en tutela de los socios externos, es decir aquellos que no cuentan para nada en las decisiones de la empresa, y de los acreedores dada la amplia incorporación o anexión de la sociedad dependiente en el grupo de la empresa dominante.

En esta óptica, la tendencia sancionatoria parte de la premisa de una prohibición sustancial de los grupos de esta índole, disponiendo una serie de sanciones para quienes incurren en una violación de la norma. Por el contrario, la tesis de la legitimación orienta el problema sobre la exacta identificación de los presupuestos en base a los cuales los socios pueden aceptar la formación de una estructura de esta clase¹³.

¹⁰ Cfr. GUIDO ROSSI. "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", en *Riv. delle Società*, 1995, pp. 1131 ss.; también DANIEL HURSTEL. "Est-Il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la corporate governance?", en *Revue des Sociétés*, 1995, pp. 633 ss.; igualmente PAUL DAVIES. *Principles of modern company law*, 6ª ed., Sweet & Maxwell, 1997.

¹¹ Artículo 2497 del C. C. de 1942 que dispone que en caso de insolvencia de la sociedad, por las obligaciones adquiridas durante el tiempo en que las cuotas pertenecieron a un sólo socio, este responde ilimitadamente cuando se trate de una persona

jurídica o sea a su vez socio único de más sociedades de capital.

¹² G. HOHLOCH. "Sviluppo recente del diritto delle società in Germania (1989-1991)", en *Giur. It.*, 1992, pp. 284 ss., menciona los denominados en Alemania "grupos de hecho".

¹³ Se entiende entonces la posibilidad de acordar una serie de mecanismos de protección de las minorías desde el momento de la constitución del grupo otorgándoles la posibilidad de bloquear la formación del mismo si no se cumplen ciertos requisitos como la garantía del pago de una eventual indemnización o compensación en cabeza de los socios minoritarios. Es una forma de

En Italia, como se tuvo oportunidad de observar, podemos deducir que con la disciplina introducida por el artículo 2497 segundo inciso literal a) del C. C.¹⁴, en virtud del Decreto-ley 88 de marzo de 1993, se llama expresamente al socio único a responder por los perjuicios causados a los acreedores sociales que han entrado en contacto con la sociedad unipersonal y que por lo tanto, en espera de la coordinación de las legislaciones nacionales en materia de derecho de grupos, se acogió el modelo sancionatorio basado sobre la punición consistente en la responsabilidad ilimitada en la hipótesis de insolvencia de la sociedad unipersonal¹⁵.

Se observa entonces cómo en el ordenamiento italiano la eliminación de los eventuales efectos dañosos de una actividad societaria ilegítima realizada al interior de un grupo no se logra interviniendo sobre la validez o eficacia de dichas actuaciones sino atribuyendo una responsabilidad ilimitada al socio único, en sintonía con las tendencias expresadas por el mismo legislador comunitario en el artículo 2º numeral 2 de la directiva¹⁶.

De todas maneras pensamos que la adopción del modelo sancionatorio no es obstáculo para afirmar la necesidad de la introducción de una normativa tendiente a una más inmediata tutela de los acreedores de una sociedad unipersonal que opera en el interior de un grupo poniendo en peligro su integridad patrimonial, la cual no es protegida totalmente por las normas que preservan la integridad del capital, acogiendo la tendencia a la legitimación, fin que en Italia se trató de lograr permitiendo los grupos empresariales realizados con el control de hecho sobre una sociedad unipersonal dependiente por medio del ejercicio absoluto del poder directivo por parte del socio único o empresa dominante (art. 2497 inc. 2º C. C.)¹⁷, estableciendo la responsabilidad ilimitada de este.

Así las cosas, podemos establecer que de la adopción de los modelos sancionatorio y legitimatorio derivarán la admisibilidad y la aptitud de la sociedad o la empresa unipersonal para la organización de un grupo societario. De todas maneras observamos que algunos ordenamientos como el italiano hacen que el atractivo de la utilización de la sociedad unipersonal en este sentido disminuya ostensiblemente, generando la consecuencia de que el grupo no sea más, en esta hipótesis, un adecuado instrumento de multiplicación de la limitación de la responsabilidad y de implementación de una forma de gobierno societario o mejor de la empresa¹⁸.

proteger a las minorías ante la posibilidad de que por razón del grupo aquellas sufran una injustificada opresión.

¹⁴ Codice Civile, al cuidado de Adolfo di Majo, 10ª ed., Giuffrè, 1996, p. 558.

¹⁵ Interesante pues se sanciona por fuera de las categorías de la invalidez y la ineficacia.

¹⁶ XII Directiva CEE en materia de sociedades, *cit.*, art. 2º.

¹⁷ ANGELICI, en el escrito ya citado, sugiere una regulación especial de los grupos de sociedades en contraposición a la existente en materia de sociedades independientes, basándose en la constatación de una mayor peligrosidad para los terceros pues las sociedades dominadas constituyen un instrumento de la actividad empresarial que no se agota en ellas mismas.

¹⁸ Recordemos que el grupo de sociedades es apto no sólo para la organización de la empresa, razón por la cual sobrepasa los límites propios del derecho societario tradicional circunscrito a los tipos tradicionales y a la noción de control cimentada sobre la posesión de determinadas participaciones en el capital de otras sociedades, sino que también es utilizado hoy en día, y esto a mi parecer es lo más importante, para gobernar la empresa, aspecto sobre el cual es pertinente una reforma de amplia magnitud en el campo del derecho societario, lo que en otras palabras significa la necesidad de debatir el tema del gobierno de la empresa, discusión que involucra aspectos tan esenciales como las concepciones contractualista e institucional de las sociedades de capital.

II. SOCIEDAD UNIPERSONAL-EMPRESA UNIPERSONAL/GRUPO-SOCIEDAD DE CAPITAL

PARECE INDUDABLE que los puntos de encuentro entre la sociedad-empresa unipersonal y los grupos de sociedades generan una inquietud bastante importante ante la inminente derogación de principios del derecho de sociedades que anteriormente se consideraban, por así decirlo, “sagrados”.

Así, institutos como la personalidad jurídica, la limitación de la responsabilidad a lo aportado y la naturaleza misma de la sociedad de capitales deben ser reexaminados ante la gran cantidad de cambios que en el derecho comparado se han efectuado, en especial cuando se ha tratado de dictar una reglamentación sobre los grupos y sobre las sociedades y empresas unipersonales; materias en las cuales encontramos importantes modificaciones a estos principios, como por ejemplo la responsabilidad de la dominante por las obligaciones de la dominada, que desde el punto de vista societario es una persona jurídica distinta, en tratándose de los grupos; o la responsabilidad del socio único por las deudas sociales cuando la empresa o la sociedad sea insolvente o haya sido utilizada en fraude a terceros.

Así las cosas, parece abrirse paso la idea de que el intento de la limitación integral de la participación a las pérdidas, considerada por la doctrina¹⁹ como uno de los factores que consienten la calificación del tipo sociedad de capitales²⁰, no represente más uno de los elementos caracterizantes de dicha tipología societaria y que la fórmula de la personalidad jurídica no puede en cuanto tal representar el único presupuesto para el reconocimiento de la responsabilidad limitada hasta el monto de lo aportado a la sociedad, entregando la consecuencia de que sólo constituye un momento conceptual de la motivación pero no la única y real justificación de ella²¹. En otras palabras, la personificación jurídica de la sociedad de por sí no logra el resultado de la limitación de la responsabilidad de los socios al capital aportado²².

Las mismas consideraciones podrían valer para el tipo sociedad anónima²³, en la que no obstante la introducción de la sociedad o de la empresa unipersonal se consagra una responsabilidad ilimitada del accionista único por las obligaciones

¹⁹ P. SPADA. *La tipicità delle società*, Padova, 1974.

²⁰ Dentro del tema tratado en este artículo se entendería la sociedad de responsabilidad limitada.

²¹ Me parece importante tener en cuenta que muchas veces se afirma que la responsabilidad limitada es originada en la existencia de la persona jurídica sociedad: nada más alejado de la realidad, pues para limitar la responsabilidad en un negocio jurídico determinado basta que las partes lo consientan o que simplemente lo diga la ley, como por ejemplo el patrimonio afectación en la empresa unipersonal de responsabilidad limitada. Hoy se acude a la solidaridad para hacer a los socios responsables por las obligaciones de la sociedad, lo que quiere decir que necesariamente la personalidad jurídica no involucra la responsabilidad limitada y

viceversa. Así mismo es pertinente recordar cómo, en el auge de las compañías de Indias el Estado entregaba una autorización de funcionamiento denominada *octroi*, que por el solo hecho de su concesión limitaba la responsabilidad a lo aportado sin que se considerara a esas sociedades como personas jurídicas. La personalidad jurídica surge después como desarrollo de lo expuesto por Savigny y Gierke que tomaron muchas ideas del derecho canónico.

²² Sobre este punto específico puede verse G. SCOGNAMIGLIO. “La disciplina della s.r.l. unipersonale”, *cit.*, p. 242, o también CARLO ANGELICI. “Società per azioni e in accomandita per azioni”, en *Enc. del dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 977.

²³ En ciertos ordenamientos como el alemán la sociedad anónima puede ser unipersonal.

sociales durante el tiempo en que las acciones resulten pertenecer a una mano o exista insolvencia de la sociedad²⁴, o se acude a tipificar como causal de disolución la reducción del número de asociados al mínimo requerido en la ley para su constitución y funcionamiento o particularmente proveer a la disolución por vía de la concentración de cierto porcentaje de acciones en una sola mano²⁵.

Todo esto conduce a determinar que hoy es discutible la posibilidad de valerse de la responsabilidad limitada como punto de partida para definir o equiparar la sociedad de capitales como aquella en la que por las obligaciones sociales no responden los socios sino en la medida de lo aportado a la compañía.

Es importante aclarar cómo la unipersonalidad de la sociedad, sea ésta anónima o limitada, no implica la adopción de un diferente tipo societario, es decir que el cambio de pluripersonalidad a unipersonalidad o viceversa no puede entenderse como un cambio del tipo y por lo tanto requerir una transformación o, a la luz de la reciente legislación colombiana, una conversión²⁶.

De lo anterior se colige que la limitación de la responsabilidad no es el factor determinante de las sociedades de capital, limitada y anónima, pues si así fuera la existencia de dicho requisito sería necesaria tanto en los eventos de unipersonalidad como de pluripersonalidad, y ello no es así, ya que ordenamientos como el colombiano consagran, como se tuvo oportunidad de ver en las citas anteriores, la disolución de la sociedad por disminución del número de asociados con las consecuencias del caso por las operaciones celebradas después de la ocurrencia de la causal, y otros, como el italiano, atribuyen directamente responsabilidad ilimitada al socio en los casos de unipersonalidad en la sociedad anónima²⁷.

Lo mismo puede decirse de los grupos: muchas veces se consagra la responsabilidad de la dominante por las obligaciones de la dominada sin que le sea dado a aquella invocar la limitación de la responsabilidad o la existencia de dos personas jurídicas diferentes.

Como conclusión de este punto podemos afirmar que las disciplinas relativas a los grupos y a la sociedad unipersonal suponen que el ordenamiento pueda, a propósito de las sociedades de capital, excluir el beneficio de la responsabilidad limitada en los casos en los que considere que en el desarrollo de ciertas actividades económicas intervenga un interés prevalente de los acreedores o del Estado, no suficientemente tutelados en aras de la satisfacción de sus créditos por las normas protectoras de la integridad del capital, resultando de ello la hipótesis según la

²⁴ Como el artículo 2362 del C. C. italiano que dispone en tal sentido.

²⁵ Es pertinente citar el artículo 218 del C. de Co. colombiano que dispone en su numeral 3 como causal general de disolución de todas las sociedades comerciales la reducción del número mínimo requerido por la ley para cada tipo societario, que en tratándose de la sociedad anónima son 5 accionistas y más adelante en el artículo 457 numeral 3 se consagra la concentración en una sola mano de acciones representativas del 95% o más del capital como causal de disolución específica de la anónima. Se consagra durante este período, es decir mientras la sociedad se encuentra en disolución, una responsabilidad solidaria e ilimitada de quien

actúa como liquidador (podría ser el accionista único o mayoritario) por las operaciones ajenas a la liquidación.

²⁶ Artículos 77 y 81 de la Ley 222 de 1995, que a mi parecer son consecuencia de la adopción de la empresa unipersonal y no de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada.

²⁷ En Italia en caso de unipersonalidad sobrevenida de una sociedad limitada no existe tal responsabilidad (salvo si el socio único es otra persona jurídica o siendo persona natural también es socia única de otra u otras sociedades) pues la sociedad unipersonal pertenece al tipo de las limitadas, la cual puede ser unipersonal o pluripersonal.

cual existe un valor diferente de los intereses en juego en la determinación de la aplicabilidad de la responsabilidad limitada según se trate de una sociedad de capitales autónoma e independiente o de una sociedad de capitales insertada en un grupo empresarial.

III. GRUPO-SOCIEDAD UNIPERSONAL/EMPRESA UNIPERSONAL-GRAN EMPRESA

LA RELACIÓN ENTRE la sociedad unipersonal y el derecho de los grupos conlleva consecuencias muy importantes, más aún cuando se considera la relación existente entre la calidad de socio único y el beneficio de limitación de la responsabilidad.

De acuerdo con lo explicado en páginas anteriores se deduce que en el derecho comparado, y particularmente el derecho comunitario europeo, se han constituido limitaciones a la utilización de la sociedad unipersonal dentro de los grupos, que dichas barreras se encuentran principalmente en la consagración de la responsabilidad ilimitada cuando el socio único sea una persona jurídica o a su vez una persona natural que al tiempo tiene el carácter de socio único de otra u otras sociedades de capital.

De todas maneras en la interpretación de dichas prohibiciones la doctrina ha revelado una serie de inconsistencias como las siguientes²⁸:

1. Un sujeto no puede ser socio único de dos o más sociedades de responsabilidad limitada unipersonales conservando el beneficio de la responsabilidad limitada, dejando a salvo la posibilidad, siempre que no se trate de una persona jurídica, de que puede ser socio único de una sociedad unipersonal y con esta constituir una o varias sociedades limitadas manteniendo dicho beneficio.

Las sociedades resultantes de tal operación serían, al menos desde el punto de vista formal, originariamente pluripersonales en cuanto son constituidas originariamente por dos personas, evadiendo la sanción de la responsabilidad ilimitada y creando en sustancia varias sociedades unipersonales con la consecuencia del disfrute de la responsabilidad limitada más de una vez y por tanto utilizando la institución en la conformación de un grupo.

Esta posibilidad no se presenta en el caso colombiano, toda vez que la Ley 222 de 1995 prohíbe expresamente en el artículo 75 la celebración de contratos entre el constituyente y la empresa unipersonal, además de que no establece la responsabilidad ilimitada del único titular de varias empresas unipersonales²⁹.

2. Existe la posibilidad de que un sujeto persona natural constituya una sociedad unipersonal manteniendo su responsabilidad limitada mientras a su

²⁸ F. D'ALESSANDRO durante dos intervenciones en congresos en tema de la sociedad unipersonal manifestó que las limitaciones impuestas por el legislador no serían justificables sustancialmente por racionalidad del sistema jurídico. Así mismo existe una jurisprudencia célebre en Italia emitida por la Corte di Cassazione en noviembre 9 de 1982 que difiere sustancialmente de la manera como el legislador italiano afrontó el problema.

²⁹ De todas maneras es interesante el punto toda vez que Colombia en esta materia es un caso aislado, pues la mayoría de ordenamientos, eso sí en materia de sociedad unipersonal y no de empresa unipersonal (caso en el cual la separación de patrimonios presenta una dificultad), tienen prevista toda una disciplina que regula el fenómeno del contrato consigo mismo, especialmente cuando representante legal y socio único son la misma persona.

vez la sociedad unipersonal constituye varias sociedades unipersonales, caso en el cual la primera responderá como matriz o jefe de grupo pero no el sujeto que de ella detenta toda la participación.

En Colombia puede ser posible que la empresa unipersonal, como persona jurídica y en desarrollo de su objeto social, constituya otra empresa unipersonal y esta a su vez cree otro ente de tal género, lo que es muy posible toda vez que no existe ninguna prohibición en este sentido. Así, la primera podrá contratar con la tercera, la segunda con el constituyente originario, y ya nos podemos imaginar si existen más empresas. En este caso vemos cómo la prohibición del artículo 75 se quedaría en el papel, pues la sanción de ineficacia es taxativa al igual que el límite de la prohibición, permitiendo la utilización de la empresa unipersonal para la conformación de un grupo. Así mismo, en un caso de esta clase será muy difícil deducir la responsabilidad ilimitada de quien constituyó la primera empresa.

3. Puede suceder que un sujeto persona natural constituya dos sociedades unipersonales y que éstas a su vez y entre ellas constituyan otras sociedades limitadas o anónimas: aquí el constituyente originario podría responder ilimitadamente por las obligaciones de las dos sociedades unipersonales originariamente constituidas pero no de las obligaciones adquiridas por las sociedades subsecuentes.

Esta hipótesis, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75, es de difícil ocurrencia en Colombia toda vez que las varias empresas unipersonales del mismo titular no podrían contratar entre ellas, dejando abierta la posibilidad de que una filial de la empresa unipersonal pueda constituir una sociedad comercial con el primer constituyente, pudiendo la misma crear otra sociedad o celebrar cualquier otro contrato con la primera empresa unipersonal creada.

También se puede presentar el hecho de que la empresa unipersonal cree una sociedad comercial con otra sociedad en la cual el constituyente de aquella posea quizá el 99% de las cuotas, como puede ocurrir en una limitada, o el 94% de las acciones si es una anónima. Pensemos igualmente en la posibilidad de que una sociedad comanditaria contrate con una empresa unipersonal del gestor o de algún comanditario³⁰.

Con todo esto se evidencia que utilizando medios formalmente legítimos se pueden obtener resultados económicamente equivalentes a la multiplicación de la responsabilidad limitada que se logra con los grupos societarios, motivo por el cual es bastante importante delimitar el concepto de sociedad o empresa unipersonal y más concretamente se requiere establecer cuándo una sociedad comercial puede ser considerada “unipersonal”.

Esta cuestión es de mucha importancia si se tiene en cuenta que la unipersonalidad puede ser entendida en sentido sustancial o formal, pues de acogerse el segundo criterio se legitimaría el control totalitario indirecto con respecto a las formas legales pero en desacuerdo con la realidad económica consistente en una profunda absorción o control de la sociedad por parte de una persona determinada³¹.

³⁰ Se llama la atención, todo dentro del tema del gobierno societario, sobre la necesidad de trabajar y crear una reglamentación clara sobre el conflicto de intereses.

³¹ Sobre el concepto de unipersonalidad se puede ver B. INZITARI. “La vulnerabile

persona giuridica”, en *Contr. e Impr.*, 1985, pp. 694 ss.; igualmente sobre el punto de la prevalencia de la sustancialidad sobre la formalidad se puede ver C. ANGELICI, ya citado. En un sentido diverso, esto es entendiendo la unipersonalidad según la

En otras palabras es necesario establecer el significado de las expresiones utilizadas por el artículo 77 de la Ley 222 de 1995: “la empresa llegare a pertenecer a dos o más personas” o mejor y más concretamente el significado de pertenencia de las cuotas a una sola persona.

Se puede pensar que la ley colombiana es clara al respecto al definir la unipersonalidad como el evento en el cual todas las cuotas pertenecen a una sola persona, tesis que no sería descabellada al tenor literal de la ley, pero la interpretación de la norma debe tener en cuenta la realidad que se entiende regular, motivo este que impone una perspectiva distinta, por lo menos para determinar las responsabilidades en caso de insolvencia, razón por la cual se podría afirmar la unipersonalidad en una hipótesis en la que, si bien formalmente las cuotas de una sociedad no aparecen en cabeza de una sola persona, la relevancia de la voluntad de la misma es más que determinante, resultando de ello que las cuotas de la sociedad participada son poseídas en el sólo interés de dicha persona.

En realidad lo anterior confirma la aptitud, si bien por vías que podríamos considerar indirectas, de la empresa unipersonal como instrumento para la conformación de un grupo, capacidad que de por sí sola no es ilegítima, correspondiendo a la ley societaria disponer de vías directas que sean aptas para garantizar transparencia en dichas operaciones, salvaguardando de mejor manera a los terceros y en particular a los acreedores.

Consideramos que prohibir no es el mejor camino para lograr la seguridad jurídica, ya que el derecho de sociedades debe acoger en su esencia la realidad económica, legitimando claramente los grupos de sociedades y la sociedad unipersonal, dictando normas claras sobre conflictos de interés³² y por sobre todo dejando espacio a la contratación entre el socio único y la sociedad unipersonal.

IV. CONEXIÓN GRUPO-SOCIEDAD UNIPERSONAL/EMPRESA UNIPERSONAL-RESPONSABILIDAD

EN ESTE PUNTO será tratada la responsabilidad del socio único cuando nos encontremos ante un grupo de sociedades de hecho, es decir, cuando el origen de la dominación no se encuentre en un contrato de dominación sino en una participación importante que consienta la dirección unitaria de dos o más sociedades jurídicamente distintas.

En el derecho comparado es interesante constatar que la solución adoptada por el legislador italiano se caracteriza por una extrema concordancia con el derecho alemán (recordemos la importancia que para la armonización de los ordenamientos societarios tiene el derecho germano), el cual tiende a afirmar la responsabilidad ilimitada de la persona física que sea único administrador y único socio de una serie de sociedades de responsabilidad limitada³³.

participación en el capital en sentido formal, véase C. IBBA. “Pubblicità e responsabilità nella s.r.l. unipersonale”, en *Giur. Comm.*, 1994, I, pp. 266 ss. Sobre la jurisprudencia italiana al respecto parece prevalecer el concepto formal, por ejemplo, en la sentencia emitida por la Corte di Cassazione en diciembre 9 de 1982 en el caso Raytheon, se negó la consideración como único accio-

nista de quien era titular del 99.16% de las acciones de la sociedad.

³² Las normas sobre conflictos de interés no son solamente prohibitivas, por el contrario deben ser laxas y llegar hasta donde lo permiten las leyes del mercado.

³³ CARLO ANGELICI. “Società unipersonali: l’esperienza comparatistica”, *cit.*, pp. 894 y 895.

Origen de dicha responsabilidad sería la pérdida patrimonial de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal³⁴ por la cual la sociedad dominante es responsable por haber ella conducido los negocios de la dominada; así la responsabilidad del único socio encuentra su fundamento en el comportamiento abusivo de éste.

La exoneración de responsabilidad vendría entonces a operar únicamente cuando se demuestre que el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada independiente habría conducido los negocios en igual manera.

Discutible es el criterio para fijar la responsabilidad de la sociedad dominante: será suficiente la dirección continua de la sociedad dominada por parte de la empresa dominante, caso en el cual hablaremos de una responsabilidad derivada de un status u organización, o por el contrario se requiere alguna ulterior cualificación, es decir la falta de consideración del interés social de la dominada por parte de la dominante en interés del grupo, caso en el cual se requerirá un comportamiento abusivo de la empresa dominante y por lo mismo se hablará de responsabilidad por culpa. En otras palabras, se pueden adoptar dos modelos de responsabilidad: el primero se fundamenta en la responsabilidad de la dominante por la mera existencia del grupo; en el segundo además del grupo, deberá demostrarse o existir el daño por culpa de la sociedad dependiente por parte de la sociedad dominante.

Somos partidarios de la adopción del segundo sistema, es decir, opinamos que para determinar la responsabilidad de la dominante será menester la identificación de una continua y completa dirección de los negocios de la sociedad dominada por parte de la primera y la necesidad de un abuso del poder directivo de la dominante en perjuicio de la dominada.

Sobre esta base se construye la legitimación del ejercicio del poder directivo por parte de las sociedades dominantes en los grupos societarios, pues lo único que se sancionará será entonces el abuso en el ejercicio de dicha dirección. De todas maneras el problema de la responsabilidad de la empresa dominante se deducirá de las características propias del desarrollo de la gestión o de la actividad social.

Otra alternativa al tratar la responsabilidad de la sociedad dominante puede partir de la presunción de responsabilidad a cargo del único socio, estructurando el análisis sobre el nexo de causalidad entre dirección continua de las operaciones financieras de la sociedad dominada por parte de la dominante y el origen de las pérdidas patrimoniales de aquella, recayendo sobre la dominante la carga de la prueba para exonerarse de responsabilidad por falta de la existencia de dicho nexo causal.

Así, quien pretende el resarcimiento de un daño deberá probar únicamente la existencia de la dirección regular y continua de las operaciones financieras de la sociedad dominada por parte de otra sociedad dominante, debiendo esta demostrar que las pérdidas sufridas por la subordinada no derivan de su gestión.

Bajo la anterior hipótesis entraría en juego la posibilidad de atenuar la responsabilidad de la sociedad dominante si ésta, no obstante la dirección continua y regular de los negocios de la dominada, actuó prestando la necesaria cautela para salvaguardar los intereses propios de tal sociedad.

³⁴ Nos referimos a los eventos en que el dominado y no como cabeza de grupo. ente unipersonal es utilizado como

Corresponde ahora, una vez presentados los posibles problemas que pueden surgir al momento de interpretar conjuntamente las normas sobre grupos y sociedad unipersonal, adoptar una línea de pensamiento respecto a la ley colombiana y en particular a lo dispuesto por la Ley 222 de 1995.

V. EL TEMA EN LA LEY 222 DE 1995

CON LA LEY 222 se reconocieron dos institutos jurídicos que han causado novedad y curiosidad en el ámbito colombiano: los grupos empresariales y la empresa unipersonal de responsabilidad limitada³⁵.

Como es bien sabido el legislador colombiano acogió la empresa unipersonal desechando la opción de entregar a los operadores del comercio la posibilidad de constituir mediante un acto de carácter unilateral una sociedad de responsabilidad limitada, situación que nos parece un tanto negativa toda vez que desaprovecha en gran medida la amplia regulación que en nuestro ordenamiento existe para los tipos societarios³⁶.

De otra parte, el legislador colombiano hizo un importante esfuerzo al regular los grupos empresariales, los cuales en la vida económica actual constituyen una realidad imposible de ignorar, aplicando la máxima de que siempre es mejor admitir de una manera ordenada y clara una situación fáctica que rechazarla o demostrar indiferencia. No obstante el buen ánimo del legislador del 95, la regulación que nació en materia de grupos no fue la más acertada como consecuencia de la excesiva timidez con la cual se actuó, olvidando que al regularse esta materia los primeros beneficiarios serán los grupos mismos³⁷.

Somos conscientes de que en este artículo no se pretende desarrollar un análisis separado de las figuras jurídicas apenas mencionadas sino una descripción breve de las dificultades que en conjunto ellas pueden presentar, motivo por el cual nos referiremos a aquellos eventos o puntos que pueden, a nuestro juicio, causar perplejidad o problema.

Es clara la Ley 222 en su artículo 71 al permitir que una persona jurídica, sea esta de naturaleza societaria o no, pueda obtener la calidad de titular de la totalidad de las cuotas de la empresa unipersonal, sin que nuestro legislador entregue una

³⁵ La Ley 222 de 1995 es de diciembre 20 de 1995 y para el presente escrito se utilizará la versión editada por la Superintendencia de Sociedades: *Reforma al Código de Comercio y Reestructuración de la Superintendencia de Sociedades*, 1996.

³⁶ Un dato importante: Portugal es el país de la CE que adoptó la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, por razones según la doctrina un poco inexplicables toda vez que utilizó principios del derecho societario que ya se encuentran revaluados. Es clara la diferencia existente entre la sociedad y la empresa unipersonal: mientras la primera constituye un tipo societario la segunda no, lo que en nuestro sentir, a pesar de los reenvíos a la normativa en materia societaria, constituye una desventaja pues se dejan de abordar campos tan importantes como los contratos entre la sociedad y el socio único,

actos que no son posibles con la empresa unipersonal y que en la mayoría de los ordenamientos se encuentran regulados. A lo anterior se suma el problema de la posible confusión de los patrimonios del constituyente y de la empresa unipersonal.

³⁷ No hay duda de que el paso fue importante, pero pienso que se hubiera podido hacer más, por ejemplo reconociendo claramente la existencia de los grupos de hecho y de derecho evitando el equívoco de tratar unidamente los dos y atribuirles las mismas consecuencias; el no haber dispuesto el carácter reservado de la información que sobre la conformación y existencia de los grupos debe existir sobre el punto, no habiendo tratado el punto sobre la separación sector bancario-sector industrial, a mi parecer básicos para el crecimiento y la confianza de las economías, etc.

consecuencia o una disposición especial para esta hipótesis frente a la que contempla a una persona natural como titular de la totalidad de las cuotas³⁸.

Sobre este particular nuestro legislador lo único que requiere es que la persona jurídica reúna las condiciones que en los estatutos o en la ley se necesitan para ejercer el comercio, dejando, en principio, la puerta abierta para la constitución de un grupo de sociedades y por ende multiplicando el beneficio de la limitación de la responsabilidad de los asociados.

No hay duda de que la empresa unipersonal de responsabilidad limitada, si bien es objeto de la aplicación de las normas sobre sociedades en general y en particular las concernientes a la sociedad de responsabilidad limitada³⁹, constituye una persona jurídica distinta de su constituyente⁴⁰, apta para formar parte o mejor para ser instrumento de la creación de un grupo empresarial.

Lo anterior es indudable, al menos en principio, si se tiene en cuenta lo preceptuado por los párrafos primero y segundo del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, que reemplazó el anterior artículo 261 del C. de Co. estableciendo unas presunciones de subordinación o mejor de la situación de control incluso cuando en ellas participen, como dominantes o dominadas, o para ser más claros, como controlantes o subordinadas en una situación de control, personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria.

La duda de si la empresa unipersonal pueda ser parte de un grupo empresarial surge de la consideración basada sobre la redacción de la norma, pues no hay duda de que cuando se trate de presunción de subordinación la empresa unipersonal está incluida, pero el problema surge al analizar la norma que en forma particular se refiere al grupo empresarial, es decir el artículo 28 de la Ley 222 que dice: «*Grupo Empresarial*. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección...».

Es importante para aclarar el punto reconocer que la Ley 222 de 1995 al hablar de subordinación (art. 27) y de grupo empresarial (art. 28) se refiere a dos momentos diferentes; tanto es así que puede existir la situación de subordinación pero no grupo empresarial.

No hay duda de que la empresa unipersonal, según lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 en sus dos párrafos, puede estar involucrada en una situación de control o subordinación, como controlante o controlada; la duda surge respecto del grupo empresarial el cual exige siempre, según nuestra ley, previamente la situación de control.

No obstante la posible falta de claridad de la norma al tratar el grupo empresarial (art. 28 Ley 222/95) creemos que es totalmente extendible a la empresa unipersonal, pues la expresión entidades debe ser interpretada en el sentido de cobijar personas jurídicas de carácter societario y personas jurídicas de carácter extrasocietario⁴¹.

³⁸ Recordemos cómo en el derecho italiano el artículo 2497 del C. C. consagra la responsabilidad ilimitada del socio único persona jurídica de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal y cómo la directiva CEE entregó libertad a las legislaciones de los países miembros para consagrar responsabilidades especiales en el evento de que el socio único sea una persona jurídica,

principio que también regiría para el caso de que se eligiera la vía de la empresa unipersonal.

³⁹ Artículo 80 de la Ley 222 de 1995, *cit.*, p. 41.

⁴⁰ Sin que por este hecho exista la limitación de la responsabilidad, como tuvimos la oportunidad de observar al inicio de este escrito.

Sentadas las bases para considerar que la empresa unipersonal es susceptible de formar parte de un grupo empresarial, es pertinente examinar tanto las protecciones que para este evento entrega la ley a los terceros, dentro de estos particularmente los acreedores de la sociedad, y el sistema de responsabilidad que acogió nuestro ordenamiento.

En cuanto al primer punto es clara la Ley 222 que en el parágrafo del artículo 71 estableció un criterio importante: si se utiliza la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros se establece la responsabilidad solidaria del titular de las cuotas y de los administradores que estuvieren involucrados, por acción u omisión, por las obligaciones derivadas de dichos actos defraudatorios y por los perjuicios causados.

Pareciera que la norma acabada de citar fuera amplia en cuanto a las hipótesis de responsabilidad, pero en realidad es muy estricta y deja por fuera muchas situaciones que en el mundo de los negocios se presentan cada día. La responsabilidad de que trata el parágrafo del artículo 71 es una responsabilidad restringida a los eventos de actos defraudatorios de la ley o en perjuicio de terceros, lo que quiere decir que dicha norma no podrá ser invocada cuando se trate de la violación de un interés legítimo derivado de una actuación no dolosa del socio único o de los administradores de la empresa unipersonal.

Nos parece que además la norma entrega muchas dificultades para su operatividad práctica: en primer lugar no consagra una vía procesal especial y veloz⁴² y además de requerirse la prueba del fraude a la ley, lo cual quiere decir un pronunciamiento que reconozca como ilegítimo el uso de la empresa unipersonal respecto a la ley y con relación a un caso determinado, y del perjuicio a terceros, se necesitará probar el dolo o al menos la culpa de quienes intervinieron o facilitaron dichos actos, eso sí, en combinación con el artículo 200 del C. de Co. reformado por la Ley 222 de 1995.

En nuestro parecer hubiera sido más conveniente para salvaguardar el interés de los terceros remitir a las normas sobre protección del capital existentes para el régimen general de sociedades y consagrar simplemente la responsabilidad ilimitada del titular, o a lo menos una presunción de ésta, en caso de insolvencia de la empresa unipersonal, pues en la realidad será muy difícil obtener la satisfacción de los créditos incumplidos por la empresa unipersonal sobre la base de la norma en comento.

Otra tutela a los terceros es la contenida en el artículo 75 de la Ley 222, que podríamos decir que tiene tres modalidades:

1. La prohibición al empresario de retirar, directa o indirectamente, en beneficio propio o de un tercero, bienes pertenecientes al patrimonio de la empresa.

2. Le está vedado al empresario contratar con la empresa unipersonal.

3. Se prohíbe igualmente la contratación entre empresas unipersonales de un mismo titular.

⁴¹ De lo que sí se olvida el artículo 28 es de contemplar la hipótesis de que el control sea ejercido por una persona natural, omisión que puede causar inconvenientes en la medida que sea una persona natural la que obviamente actúa como controlante.

⁴² Error aún más grave si se tiene en cuenta que en Colombia se cuenta con una entidad del Estado especializada en derecho societario como la Superintendencia de Sociedades.

Respecto a la primera hipótesis, tenemos que en principio vedar la sustracción de bienes de la empresa por parte de un empresario irresponsable es sano, pero no se puede presumir la culpa y el dolo de los empresarios, todo lo contrario, deben ser ascendidos por la ley en el sentido de considerarlos profesionales honestos y diligentes en el ejercicio del comercio. Con esta prohibición llegamos al punto de que una ventaja básica de los grupos, como la posibilidad de que, con distintos fines que ameritan tutela, se presente transferencia de bienes de la matriz a la subordinada y viceversa, se encuentra prohibida.

El prohibir, como en el literal B, la contratación entre el empresario y su empresa es desconocer o por lo menos limitar la calidad de persona jurídica de la segunda y desvirtuar cualquier negociación *holding* (persona natural o jurídica)-empresa unipersonal, elemento casi esencial en la existencia de los grupos societarios.

En este punto es pertinente afirmar que no se incurriría en violación alguna de la ley en caso de que una empresa unipersonal subsidiaria contrate con la matriz, por ejemplo si Juan constituye una empresa unipersonal que a su vez constituye otra de la misma clase: no existe impedimento legal, al menos formal, para que la empresa unipersonal de segundo grado contrate con Juan e incluso formen una sociedad limitada, o comanditaria, etc.

De otra parte es más fácil evadir la prohibición de que varias empresas unipersonales del mismo empresario contraten entre sí: basta que exista una empresa unipersonal que contrate con una sociedad (que a su vez puede constituir otra empresa unipersonal) en la que el empresario único detenga gran parte del capital.

La Ley 222 de 1995 intentó, creemos que fue así, vedar cualquier posibilidad de utilizar la empresa unipersonal para la conformación de un grupo societario o empresarial, lo que pensamos es contradictorio por ser la misma ley que consagró en el derecho positivo el fenómeno del grupo.

Además, como afirmábamos al inicio de este escrito, la actividad mercantil trascendió hace mucho la persona jurídica sociedad considerada en forma aislada con el fin de buscar mayor competitividad y posicionarse mejor en el mercado, lo que quiere decir que en muchos casos la organización de una empresa o su manejo se puede lograr por medio del grupo, y que existe una ley que sin quererlo por vía indirecta prohíbe o por lo menos hace más dispendiosa, con aumento de los costos de transacción, la fundación de empresas.

Reiteramos que en el derecho mercantil existe un sustrato práctico, que las normas surgieron de las necesidades del mundo de los negocios, que la costumbre que de allí surgió es fuente de derecho y que por lo mismo no es correcto que el legislador pretenda invertir un proceso que lleva siglos.

Para finalizar, con referencia a la responsabilidad de la matriz en caso de insolvencia de la controlada, particularmente en caso de concordato o de liquidación obligatoria, el artículo 148 de la Ley 222 establece una responsabilidad o mejor una presunción en el sentido de que la situación de proceso concursal se derivó del control o de la existencia del grupo.

El efecto práctico de esta norma es bastante grande: las sociedades *holding* y las simplemente controlantes deberán probar su diligencia y desvirtuar dicha presunción, so pena de su responsabilidad subsidiaria, es decir de la exposición de su patrimonio en caso de que el de la concursada no alcance para cubrir las acreencias.

El juez del concurso deberá observar la mayor diligencia en estos casos, toda vez que no siempre las únicas beneficiadas de la existencia del grupo son las sociedades *holding*, empresas que podrán exonerarse de responsabilidad probando su poca injerencia en el manejo de la concursada o que a pesar de haber intervenido bastante en la dirección de esta se le brindaron mejores condiciones en su operación a las normales del mercado.

Basta analizar lo que sucede con las famosas cartas de *patronage* en las que una filial obtiene crédito bajo unas buenas condiciones por el hecho de pertenecer a un grupo y la eventual responsabilidad de la *holding*; o considerar que muchas sociedades subordinadas no tienen problemas respecto a lo no vendido porque una sociedad del mismo grupo les compra todo; o el caso de aquellas que se evitan el problema de la comercialización o de decidir el destino de sus recursos pues otra empresa del grupo es profesional en dicha labor y lo hace a bajo costo.

Lo anterior para concluir que el derecho societario colombiano debe, en general, ser repensado, pasando de una concepción de imperatividad y prohibicionismo a uno de libertad contractual con el fin de que el juez, en lugar de presumir la imperatividad de las normas sobre sociedades⁴³, resuelva de acuerdo a la realidad económica abstracta y general de un país entregando, en su aplicación, vida a las normas.

⁴³ Me atrevería a decir que la gran mayoría de las normas societarias que se consideran imperativas lo son por epistemología, es decir, siempre se ha pensado que son imperativas así la norma no lo diga expresamente y por esa razón debe seguir aplicándose de la misma manera. El repensar el derecho de

sociedades impone que el juez piense, al momento de interpretar una cláusula contractual o de resolver una controversia, como lo hubieren hecho las partes en caso de haber estipulado o resuelto ellas solas su controversia.

