

**COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL***
Nos: SU-1023-01 y SU-636-03

Por Camilo Enrique Cubillos Garzón**

El reconocimiento por parte de nuestro Ordenamiento jurídico de un concepto como grupo empresarial ha de ser vislumbrado desde un solo punto de vista, cuál es, que dicha legitimidad del grupo no puede servir de justificación para la realización de actos que transgredan otros intereses conexos al mismo. Con todo, se carece de una sistematización normativa adecuada que propenda por el restablecimiento de derechos, ampliación de deberes y la asunción de responsabilidades; y tal vez es este último uno de los aspectos más controvertidos tanto por la doctrina nacional e internacional, así como por la jurisprudencia.

Abordaré estos comentarios a las sentencias desde la órbita de la responsabilidad existente dentro de dos grupos de empresas¹, sin embargo cabe aclarar antes, que es prudente puntualizar en los siguientes aspectos: un grupo además de contener una relación de diversas personas morales e incluso físicas, también tiene presente un matiz estructural u organizativo que refleja un control o una dirección unitaria, que no es más que una vinculación entre sociedades y la subordinación de estas a otra; no

* Este artículo fue presentado a la Revista el 20 de septiembre de 2004 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 2 de diciembre de 2004.

** Profesor investigador de la Universidad Externado de Colombia. Abogado y Especialista en Derecho de los Negocios de la misma Universidad, Master en Derecho de la Empresa MADE (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona), Doctorando en Derecho con especialidad en Derecho Patrimonial (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona).

¹ Es importante aclarar en aras de la controversia jurídica, que de conformidad con la órbita jurisprudencial presente en estos lineamientos y la forma como se ha extendido en muchos aspectos asuntos como la responsabilidad, he estimado, repito, bajo la visión discutible empleada por la Corte, que perfectamente podríamos estar en presencia de **grupos empresariales** y no de simples **situaciones de control**, me explico; este ente constitucional ha considerado que además de las situaciones de control previstas en los artículos 260 y 261 del C.Co. en que puedan circunscribirse las sociedades controlantes, las mismas han sido las únicas beneficiarias del desarrollo del objeto social de las subsidiarias en cuanto han obtenido un beneficio económico de aquellas, reflejado, por una parte, en la adquisición de la producción carbonífera de la subordinada, y por la otra, en el desarrollo de actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café.

Así las cosas, si solo he de tener presente estas circunstancias perfectamente puedo inferir dicho raciocinio, y esto en razón al siguiente argumento: el artículo 28 de la ley 222/95 prescribe que frente a un grupo empresarial nos hallamos, cuando además de existir un **vínculo de subordinación**, el cual se pone de presente en los artículos 26 y 27 de la Ley 222/95 que modificaron los artículos 260 y 261 del C.Co., concurra una **unidad de propósito y dirección**. Este concepto “unidad de propósito y dirección” obedece no solo a lo esbozado en el artículo 28 “(...) la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante (...)” sino que va mucho más allá, encierra un criterio económico que por su naturaleza es cambiante, reflejando así una realidad empresarial que, considera la Corte, ha sido puesta de presente en sus pronunciamientos.

Concluyo dejando plasmada esta idea; habrá realmente *unidad de dirección* cuando se invista al controlante con facultades para implantar políticas, estrategias y diseños económicos, administrativos o financieros, existirá *unidad de propósito* cuando confluya una finalidad reconocida por todos en beneficio del grupo; por ende, análogamente, mal se puede extender a juicios conceptos y responsabilidades.

obstante este estudio de responsabilidad no ha de ser a la ligera pues ha de tener presente la realidad económica imperante en el mercado², que significa el no perder de vista al grupo como una organización mercantil, como un ente económico con políticas unitarias a seguir, que bien pueden traducirse en unas directivas de reducción de costes³.

Por otra parte, la responsabilidad en los grupos implica que la misma bien puede provenir de la sociedad dominante por haber asumido la dirección de grupo o derivar del órgano de administración de la matriz al ejercer su poder de conformidad con sus funciones⁴. Ciertamente, si la responsabilidad proviene de la sociedad dominante, esta puede circunscribirse a una materia contractual o extracontractual, mientras que si emana del órgano de administración, indefectiblemente nos enmarcaríamos dentro de una responsabilidad orgánica.

Ahora bien, me pregunto, cuáles fueron los parámetros a seguir que tuvo en cuenta la Corte Constitucional al proferir sendos pronunciamientos en materia de crisis empresarial y si esta observó la existencia o no de una responsabilidad contra los administradores o si bien se abordó el criterio de crisis empresarial desde el ámbito del abuso de la personalidad jurídica.

Considero pertinente que más allá de una transcripción literal de los fallos, se hace necesario profundizar en las posibles consecuencias jurídicas y económicas que pueden derivarse de los mismos, sin desconocer, claro esta, la importancia que suscita la relación de hechos y fundamentos de derecho de los mismos; por esta razón a continuación expondré de manera breve, y sin el ánimo de caer en la monotonía investigativa, lo que califico como premisas jurisprudenciales, para luego si poder introducirme en las consideraciones propiamente dichas a los pronunciamientos en cuestión.

PREMISAS JURISPRUDENCIALES

- **Sentencia de la Corte Constitucional de 26 de septiembre de 2001 -Sala Plena- No. de Rad: SU-1023-01.** M.P: Jaime Córdoba Triviño. Acciones de tutela instauradas por Librada de Dios Viuda de Fajardo, Jaime Osorio Avendaño, José Hover Morales García, Daniel Villarreal Quesedo y Fiduciaria Petrolera S.A., Fidupetrol Vs. la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. y otros.

Básicamente se trata de una sociedad anónima Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. (en adelante Flota Mercante o FM) que fue adquirida (80%) por la Federación Nacional de Cafeteros (en adelante Federación o FNC) con cargo a unos recursos parafiscales del Fondo Nacional de Café (en adelante Fondo). El 31 de julio

² **J.N. DRUEY.** (dir), Dar St. Galler Konzernrechtsgespräch, Bern, 1988, Pp. 55 y ss. al citar el trabajo del profesor K. BLEICHER, Forderungen Strategischer und Struktureller Unternehmensentwicklung an die rechtliche Konzipierung des Konzerns.

³ Sobre el criterio económico bien puede consultarse, **P. LIMMER.** Die Haftungsverfassung des Faktischen GmbH-Konzerns: haftungsrechtliche Konsequenzen von Konzernleitung und -organisation. Köln, 1992, Pp. 239-240.

⁴ Estos dos enfoques de responsabilidad son traducidos, respectivamente como **responsabilidad externa**, respecto de terceros y **responsabilidad interna**, frente a los socios y a las sociedades del grupo.

de 2000 la Flota Mercante entró en liquidación obligatoria, estando en cesación de pagos frente a sus acreedores (Pensionados) desde septiembre de 1999; un grupo de ellos acudió a la acción de tutela para reclamar la protección de su derecho al pago oportuno de las mesadas pensionales y en cumplimiento de ellas el liquidador de la FM canceló a los pensionados \$3.500.00 millones.

Esto motivó que a través del mecanismo de protección de tutela se pretendiera el pago de las mesadas adeudadas. En junio de 2001 la Federación entregó a la Flota Mercante, unos recursos que provenían de operaciones REPO realizadas, con estos el liquidador canceló a todos los pensionados las mesadas de agosto de 2000 a mayo de 2001 y la mesada adicional de diciembre de 2000, quedando pendiente las que se causaron, con anterioridad a la decisión de declarar la liquidación obligatoria, de aquellos pensionados que no fueron amparados o no acudieron a la tutela, es decir, las de septiembre de 1999 a julio de 2000. El 3 de agosto de 2001, el Superintendente de Sociedades calificó y graduó los créditos de la Flota Mercante, y en relación con los pasivos los créditos laborales, sin embargo en cuanto a los activos es necesario realizar los inventarios, avalúos y enajenación de activos para obtener liquidez para el pago de los créditos previamente calificados y graduados. En diciembre de 2000 se culminó la etapa de inventarios y luego se designó a la Compañía de Banca de Inversión –INCORBANK S.A. como evaluador de los activos de la F.M. En este momento se encuentran realizando el avalúo y una vez concluido se entrará a enajenar los activos. Empero a juicio del liquidador, “El avalúo de estos activos tiene un contenido altamente técnico que depende de varios factores (rentabilidad, bursatilidad, estados financieros, dividendos arrojados, comportamiento histórico, situación de la economía, etc) motivo por el cual no es posible hacer una estimación de cual será el resultado que obtenga la Banca de Inversión.” “Se prevé un período en que el flujo de caja no alcanzará para pagar mensualmente las mesadas de los pensionados.”

En este estado le correspondía a la Corte Constitucional determinar cuando procede la acción de tutela que ordene el pago de mesadas pensionales y los pagos a las entidades prestadoras del servicio de salud a los pensionados a cargo de una entidad en liquidación obligatoria que no dispone de recursos suficientes para garantizar tales pagos y cuya propiedad accionaria corresponde a recursos parafiscales; determinar si frente a una empresa en estas condiciones, la orden de pagar las mesadas pensionales vulnera el derecho a la igualdad de participación que les asiste a los demás pensionados no tutelantes; finalmente, establecer “(...) si la tutela constituye vía judicial idónea para decretar la procedencia del principio de responsabilidad subsidiaria del Estado, de la **solidaridad** empresarial de la entidad matriz⁵ o de alguno de los mecanismos de normalización de pasivos pensionales. (...)” (Sic) Resaltado por fuera de texto.

En términos generales la Corte Constitucional resolvió, conceder la protección invocada por los pensionados de la Flota Mercante y en consecuencia ordenar al liquidador el pago de las mesadas, sin embargo y para el desarrollo del caso, en los

⁵ Ciertamente, es importante traer a colación uno de los propósitos que tuvo en cuenta la Corte Constitucional en su estudio, cuál fue determinar si la tutela constituía una vía judicial idónea para decretar la procedencia de la “solidaridad empresarial de la entidad”, que no es otra cosa que buscar **la responsabilidad solidaria de la matriz**. De lo resuelto por la Corte puedo inferir que su fin no era determinar la responsabilidad solidaria sino por el contrario establecer **la responsabilidad subsidiaria de la matriz**, no obstante, converjo en esta conclusión una vez confrontado el propósito y lo resuelto por parte de la Corte.

numerales octavo y noveno se resolvió tal vez una de las cuestiones de mayor controversia jurídica y que a continuación transcribo:

“(…) Octavo.- **Ordenar a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio y en la medida en que el Liquidador de la CIFM no cuente en la actualidad con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago inmediato de mesadas pensionales, que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, ponga a disposición del Liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, los dineros suficientes a efecto de que éste proceda a la liquidación y pago de las mesadas adeudadas desde junio de 2001 a todos los pensionados a cargo de la CIFM.** Igualmente pondrá a disposición del liquidador los recursos suficientes para que éste cancele, hacia el futuro y de manera oportuna, las mesadas que se vayan causando en la liquidación obligatoria a todos los pensionados de la CIFM, en cuanto sean exigibles y en la medida en que la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo.

Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFM, en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios.

La orden que aquí se emite tendrá vigencia hasta la culminación del proceso judicial orientado a establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de la misma.

Noveno.- **Ordenar a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio, en la medida en que el Liquidador de la CIFM no cuente en la actualidad con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago inmediato de los créditos correspondientes a aportes de salud, que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, destine los dineros suficientes y cancele, en cuanto no lo haya hecho el liquidador que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, las deudas que esta Compañía tenga con las entidades prestadoras del servicio de salud por afiliación y aportes correspondientes a todos los pensionados a cargo de la CIFM.** La Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café cancelará hacia el futuro, de manera oportuna y en cuanto la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo, los aportes a las entidades prestadoras del servicio de salud para garantizar hacia adelante el servicio a todos los pensionados de la CIFM, en liquidación obligatoria.

Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFM, en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios.

La orden que aquí se emite tendrá vigencia hasta la culminación del proceso judicial orientado a establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de la misma. (...)” Subrayado y resaltado por fuera de texto.

En la forma como expuse las premisas jurisprudenciales de la Sentencia de la Corte Constitucional de 26 de septiembre de 2001, SU-1023-01, así también describiré las que concuerdan con la Sentencia SU-636-03.

- Sentencia de la Corte Constitucional de 31 de julio de 2003 -Sala Plena- No. de Rad: SU-636-03. M.P: Jaime Araujo Rentería. Acciones de tutela instauradas por Luis Mesa Marín, Oscar Emilio Muriel y otros y Manuel Darío Cárdenas Colorado Vs. Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria y Otros.

Esta vez se está en presencia de un proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Segundo Promiscuo Municipal de Amagá, Veintinueve Penal Municipal de Medellín, Diecisiete Penal del Circuito de Medellín y Sexto Civil del Circuito de Medellín, respecto del trámite de amparo instaurado por Luis Mesa Marín, Oscar Emilio Muriel y otros Vs. la sociedad anónima Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria (en adelante Industrial Hullera S.A) y en subsidio las sociedades anónimas Coltejer S.A., Cementos El Cairo S.A. y Fabricato S.A, así como la acción invocada por Manuel Darío Cárdenas Colorado contra la Superintendencia de Sociedades y el liquidador de la sociedad Industrial Hullera S.A.

La sociedad anónima Industrial Hullera S.A, el 4 de noviembre de 1997 entró en liquidación obligatoria y desde esa fecha no cancela las mesadas pensionales de jubilación de los demandantes. El 24 de septiembre de 1999, las Superintendencias de Valores y de Sociedades proferieron una Resolución conjunta, confirmada luego el 21 de diciembre de 1999, en las que declaraban a las sociedades anónimas Fabricato S.A., Coltejer S.A. y Cementos El Cairo S.A. como matrices de la sociedad Industrial Hullera S.A, entre el 20 de junio de 1996 y el 4 de noviembre de 1997; el 23 de febrero de 2000, se aclaró que la Resolución de las Superintendencias era un acto administrativo que declaraba una situación de control, más no incluía un análisis de la responsabilidad subsidiaria. Se estableció que la participación accionaria acumulada en Industrial Hullera S.A por parte de Coltejer S.A., Cementos el Cairo S.A. y Fabricato S.A., cuya participación incluye la de Textiles Panamericanos S.A en su calidad de filial de Fabricato S.A, ascendía al 96.76%, por otra parte, la participación acumulada en las compras por parte de Coltejer S.A., Cementos el Cairo S.A. y Fabricato S.A. ascendía al 99.20% de la producción de Industrial Hullera S.A durante los años 1995, 1996 y 1997.

Las sociedades Cementos El Cairo S. A. y Fabricato S. A. instauraron acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución expedida por las Superintendencias de Valores y de Sociedades del 24 de septiembre de 1999, la resolución confirmatoria y la aclaratoria, en virtud de la cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, mediante sentencia dictada el 27 de Marzo de 2003, con ponencia del Consejero Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Expediente No. 6271), denegó las pretensiones formuladas.

Con base en la declaración de control empresarial, los pensionados de Industrial Hullera S.A acudieron nuevamente a la acción de tutela, con el objeto de que fuera declarada la responsabilidad subsidiaria de tales matrices, conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, pero los jueces constitucionales de instancia consideraron que dicha responsabilidad debía deducirse ante la justicia ordinaria, razón por la cual las solicitudes no prosperaron. El liquidador de la empresa Industrial Hullera S.A. y la Asociación de Pensionados de Industrial Hullera S.A presentaron entonces demandas ante la jurisdicción civil, las cuales cursan ante el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín y Trece Civil del Circuito de Medellín, a fin de que se declare la mencionada responsabilidad en relación con el pasivo por las pensiones de jubilación con cargo a aquella sociedad.

En este estado le correspondía a la Corte Constitucional determinar la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago de mesadas pensionales de jubilación a cargo de una sociedad en liquidación obligatoria, así como la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago subsidiario de mesadas pensionales de jubilación por parte de las sociedades que han ejercido control empresarial sobre una sociedad en liquidación obligatoria. La Corte resolvió, revocar las dos sentencias de los Juzgados Segundo Promiscuo Municipal de Amagá (Antioquia) dentro de la acción de tutela instaurada por Luis Mesa Marín Vs. Industrial Hullera S.A. y la del Juzgado de Segunda instancia Diecisiete Penal del Circuito de Medellín dentro de la acción de tutela instaurada por Oscar Emilio Muriel y Otros Vs. Industrial Hullera S.A y Otros. Igualmente, confirmó la sentencia del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Medellín, que declaraba improcedente la tutela, en el trámite de la acción instaurada por Manuel Darío Cárdenas Colorado y Otros Vs. la Superintendencia de Sociedades y el Liquidador de Industrial Hullera S.A.

En términos generales, la Honorable Corte Constitucional concedió la protección invocada de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, la salud y el mínimo vital de todos los titulares del derecho a pensión de jubilación a cargo de Industrial Hullera S.A, incluidos o no en el auto de calificación y graduación de créditos proferido en el proceso de liquidación obligatoria, como mecanismo definitivo contra Industrial Hullera S. A. y como mecanismo transitorio contra Coltejer S. A., Fabricato S. A. y Cementos El Cairo S. A. y en consecuencia ordenar al liquidador el pago de las mesadas, sin embargo y para el objeto del caso, en los numeral sexto se resolvió, al igual que en la sentencia anterior, el punto jurídico objeto del presente análisis y que a continuación transcribo:

(...) Sexto.- Ordenar a las sociedades matrices, esto es, Coltejer S.A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A. que, en la medida en que el Liquidador de la sociedad subordinada Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria no cuente con los recursos económicos suficientes para pagar las mesadas pensionales de jubilación a cargo de dicha sociedad, dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del plazo señalado en el numeral anterior, pongan a disposición de aquel, a prorrata de su participación accionaria en Industrial Hullera S. A. en Liquidación Obligatoria, los dineros suficientes a efecto de que el mismo liquide y pague las mesadas adeudadas a todos los pensionados a cargo de esta última.

Igualmente, pondrán a disposición del Liquidador en forma oportuna, en la proporción señalada, los dineros suficientes para que éste liquide y cancele hacia el futuro las mesadas pensionales que se causen a favor de todos los pensionados de Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria y descuenta y pague las cotizaciones por concepto de Seguridad Social en Salud, en la medida en que dicha sociedad no pueda hacerlo.

Estas órdenes tienen carácter transitorio y no implican pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad patrimonial subsidiaria que pueda corresponder a Coltejer S. A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A. en la calidad de matrices en relación con las obligaciones a cargo de Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por ser este un asunto de competencia de los jueces ordinarios.

Las mismas órdenes tendrán vigencia hasta la culminación de los procesos que ya cursan ante la jurisdicción ordinaria, orientados a establecer la responsabilidad de las sociedades Coltejer S. A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A, que fueron citados en las motivaciones de esta sentencia, o hasta la culminación de los procesos adicionales que con la misma finalidad instauren los

pensionados de Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991. (...)” Resaltado y subrayado por fuera de texto.

COMENTARIOS

No puedo desconocer que la responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de sus subordinadas en algunos casos es producto de la desviación de formas societarias, no obstante lo anterior, al extenderse la responsabilidad a la matriz no con ello se procura privar al ámbito mercantil de la figura del grupo empresarial, por el contrario y tal como lo mencioné en un inicio, la legitimidad del grupo no puede servir de justificación para la realización de actos que transgredan otros intereses conexos al mismo, bien sea que se trate de daños a terceros o de perjuicios a los propios socios del grupo.

Con todo, el régimen de responsabilidad existente en nuestro andamiaje jurídico, tratándose de personas morales, tiene sus cimientos sobre un pilar de intransmisibilidad de la responsabilidad de la sociedad a sus socios, sin embargo, observo como con el transcurrir del tiempo, la jurisprudencia (Nacional y Extranjera) con algún grado de asiduidad o, como de manera ejemplar lo expone el autor Ángel Rojo⁶, “(...) con razonamientos que, en ocasiones, son manifiestamente insuficientes. (...)” aplican la transmisibilidad de la responsabilidad con fundamento en la doctrina del Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica.

Múltiples son las denominaciones que ha denotado esta técnica y que van desde expresiones como *Desestimación*, *Allanamiento*, *Desenmascaramiento*, *Penetración*, *Redhibición* o *Ruptura del Hermetismo de la Persona Jurídica*, hasta términos angloamericanas como *Disregard of legal entity* o *Piercing of the corporate veil*, sin embargo, la concepción de penetrar dentro del hermetismo de la persona jurídica, se debe en gran parte al tratadista alemán, el profesor Rudolf Serick, quien en su obra *Apariencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles*, se encarga de estructurar y sistematizar esta doctrina.

Para un estudio más detallado sobre la técnica del levantamiento del velo, necesariamente debe acudir a la obra del profesor Serick⁷, también puede consultarse obras de los autores Juan M. Dobson⁸, Carmen Boldó Roda⁹, Ricardo de Angel Yagüez¹⁰ o Piero Verrucoli¹¹, entre otros, que tratan estos y otros temas conexos.

⁶ **ROJO FERNANDEZ-RIO, Ángel.** Los Grupos de Sociedades en el Derecho Español. en I gruppi di società, Vol I. Pág. 397 y ss.

⁷ **SERICK, Rudolf,** Apariencia y Realidad en las sociedades Mercantiles. El Abuso del Derecho por medio de las Personalidad Jurídica. Trad. PUIG BRUTAU, Prólogo POLO. Ed, Ariel. Barcelona. 1958.

⁸ **DOBSON, Juan M.** El Abuso de la Personalidad Jurídica. En el Derecho Privado. Segunda Edición. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1991.

⁹ **BOLDÓ RODA, Carmen.** Levantamiento del Velo y Persona jurídica en el Derecho Privado Español. Ed. Aranzadi. 3ª Edición. Navarra. 2000.

Pese a los esfuerzos de muchos autores de sistematizar esta técnica y a las advertencias que sobre la misma se han hecho, en el entendido de ser observada como *ultima ratio* (excepcionalidad), no obstante, hemos contribuido a vulgarizar el concepto del desenmascaramiento en aras de la búsqueda de la justicia material y en orden de la equidad; se ha abusado de una técnica de excepcionalidad a través de la aplicación, generalizada, sin fundamento adecuado y suficiente.

Dentro del asunto que me ocupa, he reparado en los fundamentos empleados por la Corte Constitucional, y concluyo que este ente al ordenar a las sociedades dominantes o matriz, con carácter subsidiario, pagar las mesadas pensionales, no estaba haciendo otra cosa, y en este estado permítanme el símil, que penetrar en el sustrato material de la persona jurídica, del grupo empresarial, con el fin de buscar un responsable, en estos casos, los socios o administradores, entiéndase por tales las sociedades dominantes o la matriz.

En resumen, la Corte Constitucional en uso de sus facultades resolvió condenar a una persona a pagar por otra; la misma extendió la responsabilidad a un ente, a un socio, a una sociedad dominante o matriz, sin que esta de manera real, cierta, justa y efectiva pudiera controvertir las consideraciones del Alto Tribunal, dejando en el aire, en mi concepto, un aroma de confusión y vaguedad, pues a renglón seguido preceptúa que a pesar de resolver condenar a la sociedad dominante, esta medida era de carácter transitorio, lo que significa que no implica un pronunciamiento real sobre la responsabilidad de la matriz.

En este estado cabe realizar los siguientes cuestionamientos; en la medida en que no soy responsable de la comisión de un hecho, se me puede obligar a pagar una indemnización por alguna causa?; En este tipo de pronunciamientos, pese a declarar que se trata de una medida transitoria y que no se pronuncian sobre la responsabilidad, en suma, no se está condenando a pagar a quien se cree que es el responsable?; No obstante afirmar que se trata de una presunción legal o *juris tantum*, acaso no estamos ante una especie de presunción de derecho o *juiris et de jure*?; me explico, cuando se califica una situación de control dentro de una crisis empresarial como razón suficiente para responsabilizar de manera subsidiaria a la sociedad dominante sin que se hubiera hallado un nexo causal justificado entre la crisis y las actividades de la matriz, en otras palabras, sin que se admita dentro de una instancia judicial prueba en contra pero si trasladando la carga de la misma a otra instancia, me pregunto si en realidad, no se está presumiendo la responsabilidad de la matriz por el simple control? o peor aún, no se está sentando la base para que la otra instancia entre a prejuzgar?

Estos cuestionamientos me han llevado a pensar que el hecho de romperse el hermetismo imperante en las sociedades, el hecho de allanarse dentro de un grupo empresarial, implica no solamente atribuir una responsabilidad a la sociedad dominante, para nuestro caso por el hecho del control¹², sino que resulta de imperiosa

¹⁰ **DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo.** La Doctrina del Levantamiento del Velo. De la Persona Jurídica en la Jurisprudencia. Ed. Civitas. 4ª Edición.. Madrid. 1997.

¹¹ **VERRUCOLI, Piero.** Il Superamento della Personalità Giuridica della società di Capitali. Nella Common Law e Nella Civil Law. (Saggi di Diritto Commerciale – Collana fondata da Tulio Ascarelli, Nuova serie a cura di Giuseppe Ferri). Ed. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano. 1964.

¹² Sobre las situaciones de control debe observarse la siguiente normatividad: **Artículo 260. C.Co.** (Modf.

necesidad que las operaciones de la matriz se hallen encuadradas en factores fraudulentos, lo que implicaría la aplicación de una norma defraudada.

El párrafo del artículo 148¹³ fue demandado ante la Corte Constitucional por considerar que se transgredía, entre otros, el debido proceso, al establecer la presunción de culpabilidad y responsabilidad para la matriz o controlante, que según el actor se presentaba al invertir la carga de la prueba e imponer una responsabilidad subsidiaria, que no era más que una verdadera sanción o pena para una persona jurídica.

Con todo fue el mismo Alto Tribunal que en Sentencia de 9 de octubre de 1997, radicada bajo el número C-510-97, aclaró los términos en que debía interpretarse el párrafo del artículo en mención. Manifestó la Corte, en esa oportunidad, que toda persona moral tenía derecho a que su conducta se investigara y resolviera judicialmente o se verificara administrativamente, con miras a establecer la responsabilidad por un tribunal o funcionario y con arreglo a las normas y formas del proceso; prosigue Corte su declaración en los siguientes términos, en cuanto se refiere a la responsabilidad de una persona jurídica:

“(...) respecto de las responsabilidades que se les imputen, existe la presunción de inocencia y, por tanto, **no se las puede condenar ni sancionar mientras no se les demuestre en concreto, previo el trámite de un proceso o actuación rodeado de todas las garantías constitucionales, que han infringido**

L.222/95 Art.26.) Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Artículo 261. C.Co. (Modf. L.222/95 Art.27.) Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo.1 Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo.2 Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

¹³ **Artículo 148. L222/95. Parágrafo.** Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente."

el orden jurídico al que está sujeta su actividad. (...) Resaltado y subrayado por fuera del texto.

Estoy de acuerdo con la Honorable Corte Constitucional en los argumentos empleados en la Sentencia C-510-97, que son repetidos de manera literal en la Sentencia SU-636-03¹⁴ y que se infiere fueron observados en la Sentencia SU-1023-01; por esta razón no podría realizar comentario alguno sobre el particular, máxime cuando se dice que en toda actuación ha de respetarse el Debido Proceso y que tratándose del párrafo del artículo 148, este se apoya en las actuaciones de la controlante para establecer la situación de crisis empresarial¹⁵.

No obstante respaldar los argumentos de la sentencia C-510-97 y referenciados en las sentencias SU-636-03 y SU-1023-01, no puedo compartir la manera como estas últimas, al incorporarlas deducen de los mismos unas consecuencias que a todas luces resultan contrarias, pues está claro que cuando se trata de operaciones, decisiones, o actividades económicas desarrolladas por la sociedad matriz en contra del beneficio de la concursada (subordinada), las mismas originarán una responsabilidad subsidiaria de la controlante, donde se ha de probar la relación íntima de las actuaciones de la matriz con la concursada; en otras palabras, se presumirá (*juris tantum*) que la situación de crisis empresarial ha sido originada por las *actuaciones del control*, salvo que se pruebe lo contrario; ciertamente, no se puede presumir que la situación de control generó la crisis, si antes no hemos establecido cuales fueron las actuaciones, dolosas o culposas, que iban en detrimento de la concursada.

Al parecer, en el análisis desarrollado por el Alto Tribunal se ha omitido establecer cuáles eran en realidad estas actuaciones económicas y de quién provenían, presumiéndose solamente una situación concursal bajo la mirada del control; no basta entonces con probar que existe la subordinación, no es suficiente con demostrar que la situación resulta ser de control o encuadrada en los artículos 260 y 261 del C.Co., no basta con ello, se necesita probar algo más, se requiere establecer ese nexo causal para poder sancionar a la matriz y no condenarla u “ordenarle”, término empleado por la Corte, al pago de las mesadas para luego y ante una instancia diferente establecer cuáles eran estas actuaciones y de quien provenían.

Por más que intentemos examinar estos dos fallos como una presunción de la situación concursal aunada a una sanción o a una “orden de pagar”, no podemos desconocer que se termina realizando el análisis desde la órbita de una presunción de la responsabilidad de la matriz por el hecho de ejercer un control, y esto en la medida en que se ha condenado a pagar sin haber demostrado en concreto, previo proceso,

¹⁴ **Sentencia de la Corte Constitucional SU-636-03** se encuentran transcritos estos argumentos dentro la apartado titulado “(...) 2. Problemas Jurídicos Planteados. ...Procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago subsidiario de mesadas pensionales de jubilación por parte de sociedades que han ejercido control empresarial sobre una sociedad en liquidación obligatoria.(...)”

¹⁵ **Sentencia de la Corte Constitucional SU-1023-01. Apartado IV Consideraciones de la Corte Constitucional. Numeral 14.** y la **Sentencia SU-636-03** al citar la anterior “(...) 2. **La causa de las dificultades** que se pretende conjurar mediante el concordato está constituida por actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante. 3. Tales **actuaciones** se producen, por definición legal, en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de cualquiera de sus subordinadas. 4. Las mismas **actuaciones** tienen lugar en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, por lo tanto, aunque no lo expresa la norma, se deduce, como lógica consecuencia, que inciden en la prenda común de los acreedores y, por tanto, afectan los intereses de éstos.(...)” Resaltado y subrayado por fuera de texto.

que se había infringido el orden jurídico al que estaba sujeta la actividad económica¹⁶; se sancionó a la dominante a cancelar una obligación sin establecerse cuál era realmente la unidad de propósito y dirección dentro del grupo o cuando menos determinar cuáles las actividades económicas concretas que influyeron en la situación concursal.

He intentado plantear los posibles inconvenientes relacionados en estas dos sentencias desde una perspectiva particular, cuál es la responsabilidad existente en un grupo de empresas, sin embargo, no quisiera finalizar esta exposición sin antes hacer un pequeño matiz o cuando menos señalar un tema que, aunque no toque directamente la materia mercantil, si se yuxtapone al área de la responsabilidad, me refiero concretamente al ejercicio de la Acción de Tutela.

Como consecuencia del pronunciamiento del Honorable Tribunal, se ha suscitado una serie de inquietudes en torno a la eficacia e idoneidad del proceso concursal. Plausible resulta ser el esfuerzo que hasta el momento ha realizado a la Corte en aras de la defensa de la Constitución y de manera sucinta de los Derechos Fundamentales; la misma ha sentado algunas pautas en el amparo de estos derechos y por qué no, nos ha orientado en la forma como se debe acceder a uno de estos mecanismos de protección, como resulta ser la Acción de Tutela. Por esta razón, son respetables los argumentos que esboza la Corte Constitucional al considerar la procedencia de la tutela como mecanismo transitorio para ordenar el pago, directo o subsidiario, de las mesadas pensionales.

Sin embargo, no dejo de ver con cierto recelo la aplicación de estas consideraciones, debido a las implicación que pueden llegar a tener dentro del ámbito de la Crisis Empresarial, me explico, una de las primeras consecuencias que puede generar el hecho de aceptar la procedencia de la tutela bajo esas premisas, es la desconfianza en el empleo de otras herramientas jurídicas de defensa como son la Jurisdicción Contenciosa, para determinar la responsabilidad subsidiaria del Estado y el restablecimiento del derecho; la Jurisdicción Ordinaria, igualmente, para determinar la responsabilidad del Administrador o de la Controlante y la indemnización por los perjuicios; y finalmente, dentro del ámbito de crisis empresarial, el mismo proceso de Liquidación Obligatoria adelantado ante la Superintendencia de Sociedades, dentro de cuyo fin también se halla, la protección de los derechos de los acreedores, entiéndase para nuestro caso, la salvaguarda en primer lugar de todos los créditos laborales.

Pero más allá de esa inestabilidad o inseguridad generada al considerar que se trata de mecanismos ineficaces e inidóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, cuestión a todas luces debatible, encuentro que aún en la medida de aceptarse esta situación, con el argumento que se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio grave e irremediable en tanto que se vulnera o lesiona el mínimo vital del pensionado, se estaría abriendo las puertas, en los procesos concursales, para que cualquier sujeto desconozca las normas de prelación de créditos existentes,

¹⁶ Resultaría interesante, aunque sería tema de otra investigación, observar el trato que se le ha dado a este asunto por parte de la jurisprudencia francesa, que sobre el particular y para evitar que las relaciones internas en las sociedades devinieran en fraudulentas, la Court de Cassation francesa ha demandado que el apoyo financiero que llegue a tener una sociedad integrada en un grupo reúna tres características esenciales, la primera se refiere a perseguir el interés del grupo conforme a una política unificada y razonable; en segundo lugar se reclama una contrapartida conveniente y proporcionada para la sociedad que soporta la carga y en tercer término, aunque no menos importante, se requiere que tal carga no supere las posibilidades financieras de esta última. Estos planteamientos recogidos en el “**Forum Europaeum**” han tenido acogida, en especial en la doctrina alemana.

arguyendo que además de vulnerarse los mismos derechos fundamentales consagrados en el caso de los pensionados, se ha trasgredido el debido proceso. En otras palabras, si el motivo del amparo resulta ser la lesión al mínimo vital, me pregunto si para que proceda, cualquier acreedor que se crea con derecho de impetrar la acción de tutela dentro del proceso concursal, solo debe argumentar que el crédito existente con el concursado es tal que sin su pago no se garantizarían sus condiciones mínimas de subsistencia.

Extender de esta forma la responsabilidad es dejar las puertas abiertas a la posibilidad que quienes tienen un crédito "inferior" respecto de otros y dentro de la escala de prelación de créditos, por ejemplo los acreedores quirografarios últimos en la misma, puedan ser amparados antes que otros con mejor derecho, como los hipotecarios (Bancos), solamente con demostrar que lo único que cuentan para subsistir es esta acreencia, su mínimo vital; sin embargo, bajo las consideraciones de la Corte, por más absurda que nos parezca ese arquetipo, no se nos debe hacer extraño que a los procesos de concursales confluyan todos los acreedores demandando su crédito a través de la acción de tutela con el argumento de la violación de su mínimo vital.

Para concluir, me pregunto si no se está corriendo un riesgo bajo esta perspectiva; acaso no se les está indicando a los acreedores que a pesar de existir un proceso concursal, con todas las garantías jurídicas y procesales, a pesar de haberse buscado y encontrado fórmulas para el pago de las acreencias, independientemente de esto, se puede obtener el pago del crédito a través del mecanismo de la tutela y lo que resultaría más mordaz, con preferencia sobre otros acreedores de mayor nivel que no han querido acudir a esta fórmula o que sencillamente no han podido, pues como personas jurídicas difícilmente pueden demostrar la vulneración de su mínimo vital; creo que de presentarse estas situaciones de amparo, en los acuerdos de reestructuración o en las liquidaciones obligatorias, se estaría deslegitimando el proceso concursal.