

Sobre la visión jurídica y económica de una norma mercantil*

About the legal and economic approach of a mercantile standard

Camilo Enrique Cubillos Garzón **

Resumen

En este breve trabajo se examina la inadecuada reglamentación jurídica o económica del Derecho Societario. Para lograrlo, se partirá de los efectos inadecuados de la sistematización de los grupos empresariales.

Palabras clave: Derecho de Sociedades, Grupos Empresariales, Matrices y Sociedades.

Abstract

This short paper analyzes the inadequate legal or economic regulation of the Company Law. For these purpose, the paper presents the inadequate effects of the regulation in corporate groups.

Key words: Corporate Grups, Holding Company and Corporation

* Fecha de recepción: 1.º de abril de 2013. Fecha de aceptación: 5 de diciembre de 2013. Para citar el artículo: Cubillos, C. “Sobre la visión jurídica y económica de una norma mercantil”. *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 12, n.º 2, julio-diciembre, 2013.

** Abogado y especialista en Derecho de los Negocios, Universidad Externado de Colombia. Máster en Derecho de Empresa y diplomado de Estudios Avanzados en el Doctorado del Derecho de Empresa, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctorando en Derecho, Universitat de Valencia, España.

Sumario

Introducción

I. Concerniente a un grupo empresarial

A. Respecto de la perspectiva económica

B. Generalidades sobre la patología reglamentaria

II. El reflejo de la anomalía reglamentaria

A. En el interior del ordenamiento jurídico colombiano

B. En torno al ámbito mercantil a partir del Decreto 1749 de 2011

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Es evidente que la crisis económica mundial fue producto de una multiplicidad de factores sociales, financieros, políticos, económicos y, en general, ha sido consecuencia directa de los fundamentos que atentan contra un *individuo*, cuando este es entendido como un mercado.

Es necesario puntualizar en un asunto en particular, cual resulta ser que los cimientos antes mencionados convergen en un solo lugar pero con una escueta aclaración, es decir que los antecedentes fueron generados en una disquisición jurídica ajena a la realidad o, lo que igualmente resultaría ser, que estas circunstancias fueron producto de una *indebida reglamentación normativa*.

Así las cosas y para lograr comprender cómo la crisis económica mundial fue objeto de la elaboración de una incorrecta apreciación de la regulación traere a colación la valoración errada existente en materia de conglomerados societarios; se aclara que se dejará para otra oportunidad el planteamiento de una infinidad de soluciones que bien podrían emerger si se tratara de presentar una correcta estimación normativa y económica.

En este orden de ideas, cabe recordar que hace más de 40 años en el interior del ordenamiento jurídico colombiano se apreció la transcripción del sistema mercantil y dentro del mismo se concibieron figuras que sentaron las pautas de la moderna interpretación y conocimiento jurídico, junto con los estudios propios de una época ceñida en la implementación del Código de Comercio (C. Co.) colombiano de 1971.

Es evidente que el desarrollo del Derecho Mercantil resultó ser directamente proporcional a la oscilación propia de los mercados y, por tanto, los entes que fueron planteados dentro de una economía resultaron siendo proclives a los cambios o modificaciones; fue así como se concibió el Derecho Societario en la medida que después de la presentación del C. Co. del 71, y como consecuencia de cierta *regularización* temática, se resolvió que había de existir una incuestionable *sistematización* societaria.

Ahora bien, el modelo de la configuración ya advertida se circunscribió dentro de una foránea entidad económica que se hallaba carente de personalidad jurídica, pero yuxtapuesta al ámbito societario; me refiero concretamente al asunto exhibido en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 o, en otros términos, hago alusión directa al fenómeno económico de los *conglomerados empresariales*.

En este instante viene a mi memoria la continua puesta en conflicto del pensamiento sobre los mercados, bien sea que se trate de una perspectiva jurídica o que nos hallemos frente a una configuración económica; en definitiva estamos ante la imborrable situación de enfrentar jurídicamente lo que se ha conocido como la visión *deontológica* con la deducible mirada económica o *consecuencialista*.

Cuando los mercados son apreciados por un economista, no resultan ser otra situación que la de entender cómo las bases de las decisiones políticas han de ser concebidas con el mayor número de preferencias individuales; dicha explicación se reduce a la de la posición consecuencialista antes anotada.

Por otra parte, un asunto como el de observar la Justicia, no con ocasión de los resultados sino en razón del Derecho o del respeto a los mismos actos e instituciones, es un repaso a un enfoque deontológico o una apreciación característica de la mayoría de juristas.

Cabe señalar que si los fenómenos económicos han de ser valorados desde la órbita legal, existirá en todo momento la puesta en marcha de un aparato judicial circunscrito en lograr comprender cómo se debe solucionar un asunto estrictamente inherente al movimiento de los mercados.

Es por esta razón que aquel inconveniente de la reglamentación jurídica o económica es puesto de presente en el desarrollo de los organismos comerciales y, para ello, basta observar lo que resulta ser la desacertada regulación de los agrupamientos societarios.

No obstante, si los fenómenos económicos han de ser apreciados desde la órbita legal, existirá la puesta en marcha de un aparato judicial circunscrito en entender cómo debe solucionarse desde aquel ámbito jurídico un asunto estrictamente inherente al movimiento de los mercados.

Para lograr aquel objetivo, se partirá de una concreta disquisición de las generalidades de los fenómenos económicos de los grupos para luego adentrarnos en la descripción patológica de los mismos alrededor del andamiaje jurídico y concretamente de la sistematización colombiana.

Una vez puesta en conocimiento del intérprete la magnitud económica frente a la cual estamos objetando, resultará ser de recibo vislumbrar aquel asunto respecto de la sistematización de los errores conceptuales y el reflejo de estos en la realidad de nuestro ordenamiento jurídico.

En este estado, es conveniente tener presente que, a pesar del pensamiento deontológico y consecuencialista de juristas y economistas, respectivamente, así como del deseo considerable de correlacionarlos en los diferentes escenarios jurídicos, es necesario, en aras de la aplicabilidad de la norma dentro del marco de la crisis económica mundial, reclamar la debida preparación de aquella regulación desde el enfoque expuesto por el mismo poder Legislativo así como por la reglamentación y adecuación por parte del poder Ejecutivo.

Demos inicio de esta manera al desarrollo de nuestro propósito y adentrémonos en el cumplimiento de aquella finalidad con la claridad propia de la debida reglamentación o con el deber claro de una íntegra y escueta sistematización jurídico-económica.

I. Concerniente a un grupo empresarial

A. Respecto de la perspectiva económica

Con el fin de profundizar en la órbita de la crisis económica mundial y en razón de la inadecuada reglamentación de los factores legales, entre otras muchas razones², se hace prudente advertir cómo fueron entendidos en otros ámbitos legales aquellos asuntos económicos, al igual que su utilidad en el sistema jurídico continental colombiano.

Para lograr aquel propósito expuesto, es preciso recordar que aquel fenómeno económico en todo momento ha estado sujeto a dos particularidades esenciales: por una parte se encuentra asegurado frente a la situación de *control* y por la otra se halla subordinado al elemento mercantil de la *dirección unificada*.

La concepción existente de los agrupamientos empresariales en el ámbito económico del sistema jurídico anglosajón, al igual que la realizada en un *mercado emergente avanzado* como el de la República Popular de China (RPC), quienes hace más de cuatro décadas – 1970– buscaron a través de contratos de colaboración empresarial el restablecimiento o la superioridad en lo que respecta a la competitividad a nivel global³, ha comportado para aquellos dos regímenes una reducción de costes de transacción en razón, entre otros hechos, al mecanismo de la producción.

² Cabe aclarar que los motivos que se encuentran alrededor de una crisis no resultan ser simples componentes legales sino que pueden lindar con aspectos económicos, financieros, sociales o políticos; aquellos factores expuestos logran converger en igual forma dentro de una crisis económica, en razón de una “*crisis de la confianza*”.

³ Entendidos aquellos contratos de colaboración como negocios jurídicos equiparables a los de *franchising*, *joint venture*, *putting out system*, así como las medidas del modelo económico conocidos como *just in time*.

Entretanto, cuando la RPC ingresó a la Organización Mundial del Comercio (11/12/01) aquel hecho significó el progreso de una estable apertura económica y con ella la de su política de desarrollo y protección, implicando en términos jurídicos el hecho de *compartir los riesgos* o el asunto de medir la *responsabilidad* dentro de las actuaciones en un mercado.

Mientras para el sistema jurídico colombiano un grupo empresarial *fue* ciertamente la aproximación existente entre una situación de control y la de una unidad de propósito y dirección, para el régimen legal anglosajón, concretamente el de Estados Unidos de Norteamérica (EEUU), así como para el sistema jurídico de la RPC, el conglomerado societario no resultó ser otro asunto que el de una llana dirección unificada, haciendo la salvedad que China no cuenta con una reglamentación concreta sobre los fenómenos económicos de los grupos pues, en su defecto, ellos siguen los parámetros esbozados en la misma Ley de Derecho Civil de 1986 en lo tocante con las *situaciones de control*⁴; se halla de esta manera el agrupamiento societario como un verdadero fenómeno o como una escueta *universalidad jurídica-económica* que colabora en el desarrollo de los mercados y a la vez auxilia con el crecimiento del querer de los partícipes de las sociedades⁵.

Partiendo de la visión económica expuesta y teniendo presente que aquellos entes jurídicos no terminaron siendo comprendidos como figuras novedosas, sino que por el contrario era posible deducir que, por lo menos en nuestro sistema jurídico mercantil, hacía más de tres

⁴ Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “El mercado y las bases económicas de un grupo empresarial”, *Revist@ e-mercatoria* 4, no. 1 (2005), <http://www.emercatoria.edu.co/>.

La RPC no posee a la fecha un Código Civil unificado, por tanto se trata de un marco legal del Derecho Privado conformado por leyes civiles (subrayando las que hacen referencia a las situaciones de control) así como por normas relativas al comercio. En una descripción sucinta de este tipo de reglamentación ver la obra de Galeote Muñoz, María del Pilar. *China: negociación e inversión extranjera, joint ventures e implicaciones jurídicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 39 y ss.

⁵ De esta manera fue entendido aquel ente económico por parte de la RPC, al considerarlo como entidades jurídicas que se hallan establecidas económicamente como una *administración central*. Sobre el particular ver Wei, Yuwa. “Corporate Groups and Strategic Alliances: New Reform Instruments to the Chinese”. *Denver Journal of International Law and Policy* 30, afl. 3, 241, <http://ssrn.com/abstract=1420740>.

“[...] an enterprise group has come to be defined as an *economic alliance* consisting of a number of legal entities and *based on a central management*. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

lustros se estimaba pertinente considerar que cuando coincidían en un momento determinado los escenarios de *dominación*, así como el de la *gestión consolidada*, perfectamente se estaba vislumbrando el significado de aquella forma asociativa de los grupos.

En definitiva, alrededor del ligamen existente entre la *Economía* y aquellas *direcciones unificadas* en las sociedades que se encuentran en una *situación de control*, resulta oportuno entender que la movilidad normativa de la reglamentación alcanzaría a convertirse en una crisis económica global, que lograría afectar de manera directa, o también de forma contigua, a todos los partícipes de los agrupamientos empresariales.

B. Generalidades sobre la patología reglamentaria

Una vez puesto de presente el resultado jurídico de la situación planteada en el ámbito de aquellos fenómenos económicos, es oportuno vislumbrar cuáles fueron de manera etiológica (*αίτιολογία*) las causas aplicables a estos sucesos y que ocasionaron una complicación patológica (*παθολογικός*).

Dentro de la multiplicidad de anomalías existentes alrededor de los grupos de sociedades, me enfocaré en particular en aquella que se basa en la inadecuada aplicabilidad de la reglamentación o lo que denominaré el inconveniente alrededor de la *indebida sistematización jurídica*.

Las dificultades que pueden suscitarse en torno a la concepción y al desarrollo de las agrupaciones societarias, se pueden condensar en su comprensión en el hecho de calificarlas como las patologías existentes desde un ámbito ajeno a la realidad jurídica, ello por cuanto se logra desconocer el origen económico propio de aquellos grupos.

Una vez reconocida aquella condición económica es factible establecer los inconvenientes pretendiendo deducir cuál resultaría ser la personalidad del grupo⁶; de la misma forma es prudente observar cuáles son sus principios fundamentales, partiendo de la concepción del

⁶ Un asunto que es pródigo, y lo que en mi concepto resultaría impropio o quimérico, es el de dotar de personalidad jurídica a un grupo societario, resulta siendo contrario cuando se aprecia desde la órbita del Derecho de la Empresa; sobre aquella particularidad ver la obra de Bydlinski, F. *Handelsoder Unternehmensprivatrecht als Sonderprivatrecht. Ein Modellbeispiel für die systematische und methodologische Grundlagendiskussion*, Berlín, 1990, así como la de SCHIMDT, K. *Handelsrecht*, 3ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, 1987, 57 y ss., citados en Embid Irujo, José Miguel. *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades* (Granada: Comares, 2003), 2 y ss.

Derecho Societario pero entendiendo que aquel orden jurídico que se reglamenta es desemejante a la realidad práctica que acontece⁷.

Por otra parte, pero aún dentro de la órbita patológica, no podemos desconocer la desvalorización del agrupamiento frente a la misma realidad económica, así como tampoco omitir la multiplicidad de aspectos y estructuras con los que refleja la misma universalidad jurídica-económica⁸.

De manera categórica, es prudente distinguir la existencia de la dificultad que significaría entender la reglamentación sobre la base de una disminución de la estructura propia de los grupos empresariales; sobre este aspecto en particular, es un hecho cierto que etiológicamente uno de los *factores* que determinaron la grave crisis económica y financiera a nivel global⁹ fue lo que se denominó *financiamiento deregulation* y que no resultó ser otro asunto que la implementación de una serie de políticas de *flexibilización* y de *autorregulación*, que se convirtieron en medidas que impidieron ajustar a derecho el sinnúmero de situaciones existentes de irregularidades.

Tratándose del concepto de *flexibilización* e igualmente el de *autorregulación*, he de aclarar la conciencia directa del sinnúmero de ventajas existentes en el hecho de advertir aquellas figuras.

No obstante lo anterior, reconozco que en la globalización económica una multiplicidad de factores hace que los sujetos jurídicos se valgan de dichas concepciones para abusar de los mismos entes jurídicos, *verbi gratia*, cuando se escudan en la simplificación del Derecho Societario.

⁷ En este sentido, igualmente, cabe recordar un asunto como el que hace alusión a no lograr entender el Derecho como un simple conjunto de normas o como una articulación entre normas y personas. Sobre este particular ver la obra de Vicent Chuliá, Francisco. “La fusión propia y la fusión impropia en el Derecho de Sociedades”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo III (Madrid: Tecnos, 1971), 483 y ss.

⁸ Aparte de los conocidos grupos horizontales y verticales, se hallan otros como los grupos pequeños, medianos y grandes (Lemme, Giuliano. *Il Governo del Gruppo*, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997, 24 y ss.); los conglomerados piramidales, radiales o circulares (Duque, Justino. “Los métodos de grupos de sociedades”. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1966, 385 y ss.); o bien los agrupamientos fácticos y normativos (Embid Irujo, José Miguel. *Introducción...* ob. cit., 5) y los contractuales, financieros o personales (Uría, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2002, 604 y 605).

⁹ Ver nota 1 de pie de página.

No deseo olvidar la importancia manifiesta de dicho factor facilitador, simplemente pongo de presente que la crisis económica mundial se exterioriza a través de la relación con la simplificación¹⁰.

Un modelo de aquella situación fue el que se presentó en septiembre de 2008 en EEUU junto con la crisis económica que se desató a nivel global; no obstante, dentro del mismo escenario económico cabe señalar que fue a inicios de los años ochenta cuando el Gobierno estadounidense de turno entró a consentir el inicio de cierto tipo de *desregularización financiera*, o lo que significó permitir procesos de eliminación de la sistematización financiera, sin la presencia de una verdadera inspección.

Por otra parte, es oportuno considerar los cambios económicos que han experimentado las economías de la *Eurozona* arguyendo que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) no contempló la recuperación económica de la mayoría de los Estados miembros del G7.

Así las cosas, se determinó que el crecimiento del producto interno bruto (PIB) del total de estos Estados sería de tan solo el 1,4%, fijándose como un modelo de la economía la de Alemania, donde el crecimiento pasó del 1,2% al 0,5% de su PIB; en aquel ámbito económico, pero no en el mismo sentido, hago alusión a la de Italia, donde se trató de un retroceso económico en que se pasó de un 1,2% a un menos 2,4%¹¹.

En este orden explicativo de la simplificación societaria, cabe recordar cómo durante el año de 2012 dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a pesar de haberse considerado una baja en la tasa de cancelación de las matrículas mercantiles del orden del 13%, lo que corresponde a 10.400 personas jurídicas, 983 menos con respecto al 2011, es de resaltar que, del total de empresas conformadas, el 42,79% eran sociedades por acciones simplificadas (SAS), lo que guarda cierta equivalencia con las SAS que fueron creadas, pero sin desconocer que superaron las cifras de cancelación a las que correspondían a su creación.

¹⁰ Sobre el particular ver la meritoria obra de Hierro Anibarro, Santiago. *Simplificar el derecho de sociedades* (Madrid: Marcial Pons, 2010).

¹¹ Alrededor de estas observaciones en particular, ver “La recesión toca la puerta de la economía”, *La República* (7 de septiembre 2012), http://www.larepublica.com.co/la-recesi%C3%B3n-toca-la-puerta-de-la-econom%C3%ADa_20137.

Por tanto, la simplificación, cuando es acompañada de un estudio jurídico de los factores económicos, sociales e incluso los políticos y financieros, puede degenerar en elementos determinantes que influyen en una crisis global¹².

Ahora bien, y en torno al ámbito financiero, resulta siendo innegable la fuerza económica que trae aparejada la participación de aquellos entes jurídicos en el interior de los mercados; por lo tanto, y así como es una de las razones de la actual crisis económica mundial el hecho de encontrarse ante una *desregularización financiera*, de igual forma propenderé a traer a colación aquella figura de la carencia sistematizadora, cuando sea aplicable al ámbito societario y concretamente en lo tocante con el de los grupos empresariales.

II. El reflejo de la anomalía reglamentaria

A. En el interior del ordenamiento jurídico colombiano

En torno a las razones, se ha establecido que la debida ordenación o la ajustada sistematización de la realidad económica de los mercados es un factor determinante dentro de la perspectiva patológica de los grupos; así que con aquel oscurantismo interpretativo de la ley se propende a comprender la aproximación del mismo estado económico a cada una de las dificultades que encierra la dirección unitaria¹³.

Un ejemplo vivo de esta situación se halla al considerar al grupo como un tipo de empresa en razón de la importancia de la economía y del mercado; cabe recordar el inconveniente que se ha presentado por el hecho de percibir la empresa y la sociedad como un solo ente jurídico¹⁴ y, por ello, la dificultad que se desprende por pretender asimilar la manera de resolver los conflictos societarios a la forma de afrontarlos tratándose de aquellos entes.

¹² Sobre este análisis económico ver “En Colombia, 29 empresas por día se ‘mueren en el papel’”, *El Tiempo* (6 de marzo 2013), http://www.eltiempo.com/economia/negocios/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12651522.html.

¹³ El mercado y la economía, así como han sido piezas claves del Derecho Mercantil cuando en su origen se imponía la concepción subjetivista, estabilizándose luego el pensamiento objetivista y como efecto de aquella variabilidad económica, pretendiendo en el momento calificar los actos de comercio con cierto grado de profesionalismo; asimismo, se ha de ver la importancia de aquella experticia en la noción del agrupamiento. Sobre aquel particular ver Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “Crisis empresarial al interior de un grupo de sociedades”, *Revist@ e-mercatoria*, 4, no. 2, <http://www.emercatoria.edu.co/>, y del mismo autor, “Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica”. *Revist@ e-mercatoria* 7, no. 2, <http://www.emercatoria.edu.co/>.

¹⁴ Respecto al conflicto entre empresa y sociedad, ver Polo, Antonio. “Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (relaciones e interferencias entre ambos conceptos)”, en *Estudios jurídicos en homenaje*

En aquel mismo orden de ideas, cabe traer a colación lo que resulta ser relativo a los elementos de valor empleados en la búsqueda de la normativización, *verbi gratia*, pretender aplicar las mismas soluciones programadas para los tipos sociales soberanos y paralizados (*sociedades isla*)¹⁵ a los fenómenos económicos como el de los grupos.

Ahora bien, si a este modo de reglamentación le sumamos el hecho de procurar distinguir los aspectos económicos desde los semblantes jurídicos, rayando en la confrontación entre la posición deontológica propia de cualquier jurista frente al consecuencialismo natural de los economistas, resultaría ser otro factor que colaboraría con las dificultades económicas.

En estos términos, es deber añadir un tema legislativo considerando el papel que cumple la “prontitud de los cambios” o las políticas susceptibles de variación según las necesidades mal concebidas e interpretadas, tal y como terminan cristianizándose los modelos de “flexibilización jurídica”¹⁶.

Pero no dejemos que sean simples conjeturas interpretativas del autor las que entren a definir las razones de la factible vicisitud en la realidad societaria, fijémonos en algunas incidencias ciertas acaecidas en el andamiaje jurídico colombiano; sin embargo, y antes de adentrarnos en la órbita mercantil, por lo menos esbozemos otros espacios jurídicos que resultarían de interés.

En materia fiscal, según el artículo 95 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998 que adicionó al Estatuto Tributario –Decreto 624 de 1989– en el Libro V, Título II, Capítulo III, el deber legal de *informar* los asuntos económicos a través del artículo 631-1 del Decreto 624/89¹⁷, se introdujo la obligación de comunicar los estados financieros consolidados de los grupos empresariales, pero se consideraron dos situaciones que resultan contrarias al mismo andamiaje jurídico mercantil y que vale la pena desarrollar en este momento.

a Joaquín Garrigues, tomo I (Madrid, Tecnos, 1971), 311 y ss.; asimismo se encuentra Molina Navarrete, Cristóbal. *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma* (Madrid: Ibídem Ediciones. Textos Universitarios, 1997), 37 a 143.; o sobre la llana situación de apreciar la misma empresa, observar a Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II (Bogotá: Temis, 1987), 13 y ss.

¹⁵ Broseta Pont, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*, 11ª ed., vol. I (Madrid: Tecnos, 2002), 561 y ss.

¹⁶ Sobre el aspecto de flexibilizar el Derecho Societario, he de concretar en dicha percepción el asunto de procurar tratar de no sujetar a trámites innecesarios el Derecho Societario por cuanto es de advertir que bien se ha encontrado en la “desregularización” la manera de justificar un asunto anormal; con todo, perfectamente y de manera etiológica, podríamos estar ante una de las causas que originó la crisis económica mundial o la ya citada la *financial deregulation*, pero ahora acondicionada al ámbito societario.

¹⁷ Decreto 624/89, art. 631-1. Obligación de informar los estados financieros consolidados por parte de los grupos empresariales.

“[...] Para efecto de control tributario, a más tardar el treinta (30) de junio de cada año, los grupos económicos y/o empresariales, registrados en el registro mercantil de las cámaras de comercio, deberán remitir en medios magnéticos, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) sus estados financieros consolidados, junto con sus respectivos anexos, en la forma prevista en los artículos 26 a 44 de la Ley 222 de 1995, y demás normas pertinentes. [...]” Resaltado en cursiva y entre paréntesis por fuera de texto.

En primer lugar, es de resaltar que con anterioridad de la expedición de la Ley 488/98 era de público conocimiento la preexistencia de unas reglamentaciones que no solo abarcaban el ámbito mercantil sino que penetraban igualmente en otros espacios jurídicos como bien resultaba ser la esfera de la Contabilidad; lugares que exigían la presencia de unos estados financieros que fueran consolidados al mismo grupo, todo aquello si efectivamente se hallaban frente a una situación de control¹⁸.

Sin embargo, con la adición al Decreto 624/89 se sumó al deber legal de informar al existir una situación de control, una situación similar mas no sinónima de aquella por cuanto a través de aquel decreto presidencial se determinó acompañar de manera indirecta a la Ley 222/95 la existencia de una dirección unificada puesto que se fijó presentar la consolidación de los estados financieros, no solo en las situaciones de control sino también en las actuaciones de los grupos empresariales registrados ante la Cámara de Comercio.

Escenario aquel que jurídicamente resultaría *redundante* en la medida que, sin llegar a interesar el tipo o clase de grupo de sociedades, en todo momento existirá el deber de preparar y presentar los estados financieros de manera consolidada por cuanto se hallarían en una situación de control.

Ahora bien, si de lo que se trataba era de una simple *declaración*, cabría advertir que lo requerido por la Ley 222/95 frente a los agrupamientos empresariales no resultaba ser otro asunto distinto que el de la realización de un *informe especial* rendido por los administradores de las sociedades controlantes y controladas, pero facilitado no como lo señaló el Decreto 624/89 a través de la “*obligación de informar*” a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sino por intermedio del “*deber de comunicar*” a los miembros de las asambleas o juntas de socios la *intensidad de las relaciones económicas* entre los partícipes del grupo¹⁹.

¹⁸ Ley 222/95, art. 35. Estados financieros consolidados.

“[...] La *matriz o controlante*, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deben preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados, que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen los de un solo ente. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

¹⁹ Ley 222/95, art. 29. Informe especial.

“[...] En los casos en que exista *grupo empresarial*, tanto los *administradores de las sociedades controladas, como los de la controlante, deberán presentar un informe especial a la asamblea o junta de socios*, en el que se expresará la *intensidad de las relaciones económicas* existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva sociedad controlada. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Para finalizar, y en segundo término, considero que cuando el decreto en comento estableció el deber de informar por parte de los grupos (art. 631-1 del Decreto 624/89), en este instante se equipararon los requisitos propios de este tipo de conglomerados societarios a los tipos de situaciones económicas locales existentes con los *grupos económicos*²⁰, desconociendo de esta manera los requisitos esenciales de aquel fenómeno económico de los conglomerados societarios con los de los grupos económicos²¹.

Con todo, proyectaré la irregularidad en materia laboral, partiendo de la concepción de empresa prevista en el art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo (CST)²² en virtud del cual se declaró por esta todo tipo de unidad de explotación económica o de las unidades dependientes entre sí, que ajustaran sus actividades y que tuvieran trabajadores a su servicio.

Pese a lo señalado, se entendió dentro del concepto de unidad de empresa²³ que aquella noción perfectamente podría abarcar los mismos grupos empresariales²⁴.

²⁰ Ver nota 17 de pie de página en lo relativo a “[...] los *grupos económicos y/o empresariales*, [...]”.

²¹ Sobre la concepción de un grupo económico y, por consiguiente, el lograr inferir la diferencia con un conglomerado empresarial, ver Leff, N. (1978). “Industrial Organization and Entrepreneurship in Developing Countries: The Economic Groups”, *Economic Development and Cultural Change* 26, no. 4, citado por Paredes Molina, Ricardo. *Organización industrial y grupos económicos: el caso de Chile*. <http://www.ricardoparedes.cl/paperweb/grupos.pdf>.

²² CST, art. 194. Definición de empresa.

“[...] 1. Se entiende como una sola empresa, toda *unidad de explotación económica* o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a *actividades similares, conexas o complementarias* y que tengan trabajadores a su servicio.

2. En el caso de las personas jurídicas existirá *unidad de empresa* entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, *todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias*; [...]

3. No obstante lo anterior, [...] solo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

²³ Sobre el particular, resulta prudente advertir que aquella noción fue declarada inexecutable por vicios de forma según sentencia C-801 del 16 de diciembre de 2003 de la Corte Constitucional y en razón al mismo art. 48 de la Ley 789 de 2002.

²⁴ Ley 789 de 2002, art. 48.

“[...] Se entenderá por empresa la unidad de producción de bienes o de servicios constituida para realizar una actividad económica con fines de lucro. Las unidades de producción o las personas jurídicas vinculadas económicamente a una misma persona natural o jurídica conservarán su independencia para efectos laborales y prestacionales, sin que entre ellas se desprenda una *unidad de negocio o de empresa* en ningún caso, así comercialmente conformen un *grupo empresarial*. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

A pesar de lo establecido con la declaración de inexequibilidad del artículo en comento, basta fijarse en la forma como se distingue el efecto económico de los agrupamientos empresariales, en el entendido de observar que las actividades de los integrantes de la unidad de empresa resultan indispensables para su formación por cuanto han de ser *similares, conexas o complementarias*, mientras que para un conglomerado societario no existiría tal necesidad.

Del mismo modo, se entiende que un grupo empresarial busca la *unidad* con un solo *propósito* y a través de una sola *dirección* (poder económico y posicionamiento dentro de los mercados), mientras que la unidad de empresa, aparte de ser una creación no económica sino laboral, demanda en todo momento la protección de los trabajadores.

En resumen, al tratar el agrupamiento empresarial podríamos incorporar en él la capacidad para hacerlo frente a la unidad de empresa, en tanto que pretender requerir que siempre que exista esta última coexistirá un conglomerado, resultará ser una perspectiva desacertada y carente de entendimiento económico y jurídico²⁵.

B. En torno al ámbito mercantil a partir del Decreto 1749 de 2011

Ahora bien, y una vez puestas de presente aquellas patologías en regularizar la materia de los grupos y aparte de exponer las causas que logran presentarse para concentrar ese inconveniente económico, es oportuno traer a colación uno de los asuntos que cobijan el sinnúmero de factores etiológicos.

Para lograr adentrarnos en la descripción irregular de los señalamientos del decreto, encuentro necesario vislumbrar que sobre el aspecto de los grupos empresariales y en razón de su reglamentación al amparo del Decreto 1749 de 2011 estamos ante un tipo de *elusión constitucional*²⁶.

Partiendo entonces de la exposición del evento de la manipulación constitucional y adentrándonos en la composición legal del Decreto 1749/11 en particular, señalaré que

²⁵ Sobre aquel particular, ver el criterio expuesto por parte de la Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-5007, febrero 4 de 1997.

²⁶ Sobre aquel deterioro reglamentario ver Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “La manipulación constitucional y los errores en la reglamentación de las normas mercantiles”. *Revist@ e-mercatoria* 11, no. 1, <http://www.emercatoria.edu.co/>.

cuando aquella normatividad entra a describir el concepto de un grupo de empresas²⁷, lo hace sin el fundamento económico y jurídico-societario propio de aquella entidad.

De igual forma, esa reglamentación afecta no solo a una norma sino que crea una inestabilidad en el mercado por la inseguridad jurídica que representa el hecho de no comprender qué resultaría siendo en el contexto jurídico aquel mismo fenómeno económico.

Es posible en este momento entrever la coexistencia de las siguientes irregularidades:

- Según lo señalado en el Decreto 1749/11, un conglomerado de sociedades no resulta ser más que una simple *situación de control* cuando el mismo es abordado de la siguiente manera; si observamos el aludido art. 2 del Decreto 1749/11 encontraremos en él una primera descripción del grupo cuando poseamos la particularidad de controlante en la medida que no es otro asunto que el descrito de manera general en las presunciones de subordinación expuestas en el art. 260 del C. Co. colombiano²⁸.
- En segundo término, se describe que existirá una universalidad jurídica-económica cuando, además de la situación de control mencionada con anterioridad, le corresponda la mayoría del capital social a otro sujeto jurídico; lo cual significa

²⁷ Decreto 1749/11, art. 2. Definiciones.

“[...] Para efectos del presente decreto se establecen las siguientes definiciones:

1. Grupo de empresas: es el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o entes de cualquiera otra naturaleza que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí *por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas (art. 261, modif. Ley 222/95, art. 27 C. Co. colombiano)*, o porque la mayor parte de *sus capitales pertenece o está bajo la administración (art. 261 numeral 1 C. Co. colombiano)* de las mismas personas jurídicas o naturales, *ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas (art. 261 numeral 2 C. Co. colombiano)*, o de patrimonios autónomos. Así mismo, se entiende que forman parte de un grupo de empresas aquellos vinculados entre sí *porque son garantes unos de otros (art. 261 numeral 3 C. Co. colombiano)* y las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

²⁸ Art. 260 del C. Co., modificado por la Ley 222/95, art. 26. Subordinación.

“[...] Una sociedad será *subordinada o controlada* cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su *matriz o controlante*, [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

nuevamente estar definiendo lo preceptuado en el art. 261 numeral 1 del C. Co. colombiano²⁹.

- En tercer lugar, se determina que existe un agrupamiento societario cuando ese control ha sido obtenido por la actuación directa o indirecta de los sujetos, es decir que se trata de la misma suposición de dependencia señalada en los arts. 260 y 261 numeral 2 del C. Co.³⁰.
- Finalmente, y sujetándome a lo establecido en el Decreto 1749/11, se fija que igualmente existirá aquel fenómeno jurídico-económico cuando el vínculo haya sido con ocasión de una garantía o las empresas descritas en el art. 32 de la Ley 1116 de 2006; sobre aquel asunto en particular, en mi concepto, resulta ser una descripción un poco más detallada de lo que bien se había consagrado en el art. 261 numeral 3 del C. Co.³¹.

Hasta aquí el Decreto 1749/11 solamente ha definido las situaciones de control, por lo tanto se logra deducir que para la existencia de un conglomerado empresarial basta simplemente la presencia de la situación de control; situación que se encuentra alejada de la realidad jurídica y económica que impera en el mercado.

²⁹ Art. 261 del C. Co., numeral 1, modificado por la Ley 222/95, art. 27. Presunciones de subordinación.

“[...] Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando *más del cincuenta por ciento (50%) del capital* pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de estas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

³⁰ Ídem. Numeral 2. Presunciones de subordinación.

“[...] 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan *conjunta o separadamente* el derecho de [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Art. 260 del C. Co., modificado por la Ley 222/95, art. 26. Subordinación.

“[...] bien sea *directamente*, caso en el cual aquella se denominará filial o con el *concurso o por intermedio de* las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

³¹ Art. 261 del C. Co., numeral 3. Presunciones de subordinación.

“[...] 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. [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

Una vez señalada la anomalía anterior, cabe del mismo modo detenerse³² en la apreciación de cómo en razón del decreto en discusión no existe ninguna limitación para considerar que un fenómeno económico como el de los grupos de sociedades pueda encontrarse compuesto por cualquier ente, lo que representaría que las personas naturales lograrán hacer parte del agrupamiento en cualquier posición de subordinación.

Sobre el particular, aquel asunto entra a atentar contra la misma figura del grupo, en la medida que se trata de una realidad económica que no admite la sujeción de personas naturales en el campo de controladas³³ o lo que bien se considera como sujetos *konzerernresistenz*³⁴.

No deseo finalizar este escrito sin por lo menos señalar que otro asunto sobre el que ameritaría realizar una serie de observaciones es el concerniente al proceso normativo existente en el sistema jurídico colombiano, pero por no haberse concretado en ley, en razón al tiempo, por lo menos citaré las erradas y vagas intenciones existentes en el Congreso Nacional de Colombia, a través del aprobado Proyecto de Ley 143 de 2011 del Senado y del irresuelto Proyecto de Ley 174 de 2011 de la Cámara relativo a las reglas especiales para disolver sociedades.

Conclusiones

- Las causas que originaron los factores patológicos deberían ocasionar en el conocimiento jurídico cierto deseo en la apreciación de elementos como bien resultarían ser la indebida flexibilización y autorregulación, el pensamiento deontológico y consecuencialista, así como la elusión constitucional y los factores jurídicos del orden de la responsabilidad y de legalidad de la actuación.
- Dentro de la visión patológica se ha determinado que los mismos hechos han de ser apreciados jurídicamente a pesar de hallarse circunscritos a factores económicos de un mercado, insistiendo en establecer la escasa regulación o la indebida sistematización de los mismos.
- Hasta el momento, no existe en el andamiaje jurídico mercantil colombiano una normatividad que permita determinar los parámetros en los que debe desenvolverse

³² Ver nota 26 de pie de página en lo relativo a “[...] 1. Es el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o *entes de cualquiera otra naturaleza* que intervienen en actividades de carácter económico [...]”. Resaltado en cursiva por fuera de texto.

³³ Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “La manipulación constitucional y los errores en la reglamentación de las normas mercantiles”. Ob. cit.

³⁴ Embid Irujo, José Miguel. Fundaciones y Derecho de Grupos. Proyecto de investigación Actividad de Empresa y Entidades sin Ánimo de Lucro (asociaciones y fundaciones), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2007-62414).

aquel fenómeno económico de los conglomerados societarios en el interior de un mercado.

- Tampoco se puede concebir la figura del grupo empresarial de forma que permita una comprensión económica adecuada; conocimiento que, a pesar de escapar de la esfera mercantil, laboral, fiscal, constitucional, ambiental, etc., resulta necesario entender en aras de la búsqueda de la responsabilidad o del encuentro con el desarrollo como fenómeno económico.
- Han pasado 40 años del desarrollo del C. Co. de 1971 y durante este proceso se estimó el transcurrir de los actos, sujetos, así como el de los eventos; situaciones que en todo momento estuvieron circunscritas a la oscilación propia del Derecho Comercial en razón a la Economía.
 - Mal se hace en desconocer los factores económicos al tratarse de la forma asociativa o del fenómeno económico de los grupos, en la medida que al realizarlo estaremos incitando una crisis producto de una universalidad jurídica-económica, que con el transcurrir del tiempo se vale del Derecho Societario.

Bibliografía

Broseta Pont, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 11ª ed., vol. I. Madrid: Tecnos, 2002.

Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “Crisis empresarial al interior de un grupo de sociedades”. *Revist@ e-mercatoria* 4, no. 2, <http://www.emercatoria.edu.co/>.

Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “Deberes en los actos de gestión al interior de una persona jurídica”. *Revist@ e-mercatoria* 7, no. 2, <http://www.emercatoria.edu.co/>.

Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “La manipulación constitucional y los errores en la reglamentación de las normas mercantiles”. *Revist@ e-mercatoria* 11, no. 1. <http://www.emercatoria.edu.co/>.

Cubillos Garzón, Camilo Enrique. “El mercado y las bases económicas de un grupo empresarial”. *Revist@ e-mercatoria* 4, no. 1. <http://www.emercatoria.edu.co/>.

Duque, Justino. “Los métodos de grupos de sociedades”. Ponencia del VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1966.

Embid Irujo, José Miguel. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Granada: Comares, 2003.

Embid Irujo, José Miguel. *Fundaciones y Derecho de Grupos. Proyecto de investigación Actividad de Empresa y Entidades sin Ánimo de Lucro (asociaciones y fundaciones)*, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2007-62414).

“En Colombia, 29 empresas por día se ‘mueren en el papel’”, *El Tiempo*, http://www.eltiempo.com/economia/negocios/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12651522.html.

Galeote Muñoz, María del Pilar. *China: negociación e inversión extranjera, joint ventures e implicaciones jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

Garrigues, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II. Bogotá: Temis, 1987.

Hierro Anibarro, Santiago. *Simplificar el Derecho de Sociedades*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

“La recesión toca la puerta de la economía”, *La República*, http://www.larepublica.com.co/la-recesi%C3%B3n-toca-la-puerta-de-la-econom%C3%ADa_20137.

Lemme, Giuliano. *Il governo del gruppo*. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1997.

Molina Navarrete, Cristóbal. *El derecho nuevo de los grupos de empresas. Entre libertad y norma*. Madrid: Ibídem Ediciones. Textos Universitarios, 1997.

Paredes Molina, Ricardo. *Organización industrial y grupos económicos: el caso de Chile*. <http://www.ricardoparedes.cl/paperweb/grupos.pdf>.

Polo, Antonio. “Empresa y sociedad en el pensamiento de Joaquín Garrigues (relaciones e interferencias entre ambos conceptos)”. En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo I. Madrid: Tecnos.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-5007, febrero 4 de 1997.

Uría, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, 28ª ed. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2002.

Vicent Chuliá, Francisco. “La fusión propia y la fusión impropia en el derecho de sociedades”. En *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo III. Madrid: Tecnos, 1971.

Wei, Yuwa. "Corporate Groups and Strategic Alliances: New Reform Instruments to the Chinese", *Denver Journal of International Law and Policy* 30, afl. 3, <http://ssrn.com/abstract=1420740>.

Normatividad colombiana

Código de Comercio
Código Sustantivo del Trabajo
Decreto 624 de 1989
Decreto 1749 de 2011
Ley 222 de 1995
Ley 789 de 2002