

De la unidad de propósito y dirección en materia del grupo empresarial en Colombia¹

From the unit of purpose and direction regarding the business group in Colombia

PABLO ANDRÉS CÓRDOBA ACOSTA²

RESUMEN

La unidad de propósito y dirección es un elemento o requisito configurador del grupo empresarial en el derecho colombiano, de naturaleza muy diversa y probablemente con efectos diferentes y más profundos que el otro elemento que exige el derecho colombiano para la existencia del grupo, es decir la subordinación o control. En efecto, la unidad de propósito y dirección, como facultad legítima que debe ejercerse dentro de los límites señalados expresamente por el ordenamiento societario, confiere vida legítima al denominado interés de grupo que, por lo general, se sobrepone o prevalece sobre el tradicional interés social que incluso podrá ser sacrificado en situaciones puntuales en los que el interés de la empresa de grupo así lo reclama, desvaneciéndose probablemente el problema del conflicto de intereses y existiendo mecanismos, como el de las ventajas compensatorias, para dotar de soluciones a los casos específicos que reclaman el acatamiento de la Ley teniendo en cuenta la realidad de la empresa.

1 Fecha de recepción: 30 de junio de 2023. Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2023.

DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v22n2.04>

2 Doctor en Derecho de la Universidad Externado, Javeriana y Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario; Abogado de la Universidad Externado de Colombia; Curso de Especialización en Derecho Societario. Università degli Studi di Roma; Corso di Perfezionamento in "Giuristi d'Impresa" de la Università degli Studi di Bologna; Curso "El Gobierno de las Sociedades Mercantiles" Barcelona; Diplomado de actualización en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. pablo.cordoba@uexternado.edu.co

Palabras clave: Grupo empresarial; unidad de propósito y dirección; dirección unitaria; subordinación o control; interés de grupo; ventajas compensatorias; deber de lealtad; asociados externos; acreedores; administrador de hecho.

ABSTRACT

The unity of purpose and direction is a configuring element or requirement of the Corporate Group in Colombian Corporate Law, of a very diverse nature and probably with different effects than the other element required by Colombian Corporate Law for the existence of the group, that is, the subordination or control. Indeed, the unity of purpose and direction, as a legitimate power that must be exercised within the limits expressly indicated by the Corporate Law, gives legitimate life to the so – called group interest that, in general, overlaps or prevails over traditional corporate interest which may even be sacrificed in specific situations in which the interest of the group company so demands, probably vanishing the problem of conflict of interest and existing mechanism, such as compensatory advantages, to provide solutions to specific cases that they claims compliance with the Law taking into account the reality of the company.

Key words: Corporate Group; unity of purpose and direction; Unit direction; subordination or control; Group interest; Compensatory advantages; Duty of loyalty; External shareholders; Creditors; De facto manager.

Sumario: Introducción. I. De la unidad de propósito y dirección. A. Concepto de unidad de propósito y dirección. 1. Concepto en el ámbito nacional. 2. Algunas expresiones de derecho comparado. B. Propuesta de concepto de unidad de propósito y dirección. 1. El interés de grupo. II. Del ejercicio de la unidad de propósito y dirección. A. Los deberes de la matriz y el interés de grupo. 1. Las ventajas compensatorias. 2. Las ventajas compensatorias y el deber de lealtad de los administradores de las sociedades del grupo. B. De los efectos de la unidad de propósito y dirección frente a algunos intereses. 1. De los asociados externos. 2. De los acreedores de las sociedades del grupo. 3. La sociedad cabeza del grupo y el administrador de hecho.

INTRODUCCIÓN

Como bien sabemos, en el año 1995 con la Ley 222 se consagró en Colombia la figura del grupo empresarial, completando la disciplina legal que en la codificación mercantil de 1971 se estructuró alrededor de la subordinación

o control societario. Es clave entender de todas maneras que el legislador de 1995 nunca pretendió tener una naturaleza omnicomprensiva de la figura grupal, pues se sabía que el grupo ya tenía, como en la actualidad, normas especiales en el ámbito de las diferentes áreas del derecho en función de los intereses que deben ser tutelados.

Como se sabe, existe grupo empresarial cuando una persona natural o jurídica, o una pluralidad de sujetos de derecho (en alusión al control conjunto) controlan una o varias sociedades y, adicionalmente, ejercen sobre ella o ellas lo que en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 se denomina unidad de propósito y dirección, expresión que, a pesar de los esfuerzos de la doctrina, especialmente la emanada de la Superintendencia de Sociedades, no ha sido suficientemente explicada.

Debe señalarse en esta sede algo que es fundamental: mientras que el control es, si se quiere, formal en el sentido de que se configura o se presume su existencia por la sola posibilidad de ejercer una influencia dominante, directa o indirecta, sobre la o las sociedades subordinadas, la unidad de propósito y dirección es fáctica o material en el sentido de que tiene que ejercerse para constatar su existencia. En ese orden de ideas puede el estudioso, pero también el operador jurídico, encontrarse en situaciones en las cuales se verifica la existencia del control o subordinación sin la presencia de la unidad propósito y dirección, lo que frustra en nuestro derecho positivo la existencia del grupo empresarial. En síntesis: no existe el grupo en ausencia del control así se perciba la unidad de propósito y dirección, lo que conlleva que pueda afirmarse que puede existir el control sin el grupo empresarial pero no éste sin el primero.³

No puede entonces, en el derecho positivo nacional, existir un grupo empresarial sin que previamente se configure el control,⁴ por lo que puede concluirse que en nuestro sistema la Ley 222 de 1995 consagró el grupo por subordinación y que seguramente se dejó de lado el grupo de derecho o contractual, es decir aquel que surge por el ejercicio de la voluntad contractual dirigida exclusivamente a la creación o constitución de un grupo.⁵

3 La Superintendencia de Sociedades es enfática en señalar que la existencia del grupo empresarial requiere de la concurrencia de los elementos que podríamos denominar como requisitos de existencia: en primer lugar la subordinación y en segundo término la unidad de propósito y dirección. Esta posición de la mencionada entidad se corrobora, luego de no pocos conceptos por vía de doctrina, en la Circular Básica Jurídica numeral 7.2., reiterando lo que ya se había manifestado en la Circular Externa No. 30 de 1997.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala. Lab, Mayo 11, 2016, M.P. Gerardo Botero. En esta providencia se señala expresamente que la configuración del grupo empresarial requiere de la concurrencia del control o subordinación con la unidad de propósito y dirección.

5 Sobre el grupo contractual puede verse Rafael, Manóvil, Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado (Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1998) 421 y ss. También, Mario,

No debemos dejar de lado de todas maneras que el Legislador contempló en el numeral 3° del artículo 27 de la Ley 222 de 1995 el control externo o contractual que se aproxima, si se quiere, al grupo por coordinación que consiste en sociedades controladas sobre las que se ejerce la unidad de propósito y dirección con fundamento en un acuerdo contractual que no solamente genera el control sino que entrega a una de las partes, es decir a la matriz o controlante, la facultad de ejercer unidad de propósito y dirección, tal como ocurre con algunos contratos de empresa.

Los requisitos exigidos en nuestro ordenamiento para la existencia del grupo empresarial generan una dualidad de la cual no puede prescindirse para la creación y entendimiento del grupo empresarial: pluralidad jurídica y unidad económica son la esencia del grupo, de tal manera que quienes se relacionan con una sociedad de un grupo empresarial jurídicamente se vinculan solamente a ella, pero se someten o pueden afectarse por la unidad de propósito y dirección que la matriz, que no es parte contractual, ejerce sobre la subordinada, generando así la faceta de unidad económica a la que aludimos.⁶

Es indudable entonces la importancia que reviste estudiar la unidad de propósito y dirección, no solamente por constituir uno de los elementos de existencia del grupo empresarial sino por significar el ingrediente de unicidad económica que, junto con la pluralidad jurídica, constituyen la esencia al grupo.

I. LA UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN

Si no fuese por el dato normativo señalado expresamente en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 en el sentido de que el grupo existe cuando, además del control o la subordinación, se verifica la unidad de propósito y dirección, podría decirse que el grupo en sustancia se concreta simplemente cuando se ejerce la dirección unitaria sobre el conjunto.⁷

Notari, "Il gruppo contrattuale nella disciplina antitrust", en AA.VV., *I Gruppi di Società*, en *Collana della Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, Vol. 3, 1996: 1697 y ss.

6 Sobre esta ambivalencia puede verse Pier Giusto Jaeger. "Le società del gruppo tra unificazione e autonomia", en AA.VV., *I Gruppi di Società*, ya citado, Vol.II: 1025 y ss.

7 Es pertinente indicar que no obstante el dato de derecho positivo, en la elaboración de la normativa sobre grupos empresariales que se acogió, con muchas supresiones por cierto, se propuso que el grupo empresarial tuviera expresamente dos (2) de sus modalidades: el grupo por subordinación, que requiere para su conformación el control previo, y el grupo de derecho o por coordinación en el que la unidad de propósito y dirección fuere el dato fundamental prescindiendo de la existencia previa de la subordinación. Es claro que el Legislador no acogió la segunda modalidad, lo que abre las puertas a grupos, en sentido sustantivo, en el cual a partir de un negocio jurídico (contrato) se pacta no solamente la creación del grupo sino su gobierno. Puede verse

Con independencia de considerar conveniente o no esa posición de nuestro ordenamiento jurídico, es fundamental entender el concepto de unidad de propósito y dirección, esto habida cuenta de que la norma citada en el párrafo anterior no es suficiente para desentrañar su verdadero significado porque se limita a señalar cuando se entiende que existe la unidad de propósito y dirección sin suministrar una definición de la misma.⁸

En vista de que en el nuestro derecho positivo no existe una definición expresa de unidad de propósito y dirección, es necesario entonces hacer el intento de aproximarnos a su concepto, esto en la medida de que de esa forma se tendrá una herramienta útil que permita tener certeza sobre la existencia del grupo.

A. CONCEPTO DE UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN

1. Concepto en el ámbito nacional

En el ámbito nacional es la Superintendencia de Sociedades quien, por vía de doctrina, más se ha ocupado del significado de la unidad de propósito y dirección, lo cual ha hecho en las Circulares 30 de 1997 y en la vigente Circular Básica Jurídica en su capítulo VII.

También dicha superintendencia se ha ocupado mediante oficios del tema, señalando que la unidad de propósito y dirección es la interdependencia existente entre las integrantes del grupo y que, en sustancia, ello se verifica "*cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación, presenta*

sobre este tema Mónica Fuentes Nahharro, Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria. Navarra, Thomson – Civitas, 2007, páginas 73 y siguientes. Sobre la relación entre control y unidad de dirección puede también verse Francesco Galgano, *Le società per azioni. Principi generali*, (Piero Schlesinger dir). Milano, Giuffrè, 1996, páginas 122 y siguientes. Igualmente puede verse Melvin Eisenberg, "The Governance of Corporate Groups", en AA.VV., *I gruppi di società*, ya citado, Vol. II, páginas 1187 y siguientes. Para este autor el grupo se da cuando 2 o más sociedades están vinculadas por participaciones accionarias o por acuerdos formales que producen control.

8 En efecto, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 establece: "Grupo Empresarial. Habrá grupo empresarial cuando, además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas. Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan".

La mención que se hace de las entonces superintendencias de Valores y Bancaria debe entenderse hecha de la hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la consecución de un fin o beneficio del grupo sin perjuicio de la actividad correspondiente de los sujetos que lo componen”.

Igualmente señala que “*existe **unidad de dirección** cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante, que tiene la facultad de decisión, y ello con el propósito de que todas actúen no solo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros, sean ellos explícitos o no”.*⁹

La Jurisprudencia también se ha ocupado de los grupos empresariales sin que, hasta la fecha, se haya hecho un análisis concreto de la unidad de propósito y dirección, puesto que en esta materia se ha preferido transcribir el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 que establece cuando está presente la dirección unitaria y el límite de la misma referido a la conservación de la autonomía de las subordinadas.¹⁰

El Consejo de Estado manifiesta que en el grupo empresarial “.. aunque las sociedades tengan objetos sociales diferentes se dedujo que tienen un objetivo común, pues cada empresa realiza una fase del mismo proceso de producción, aspecto que no fue desvirtuado dentro de este proceso y que aparece como fundamento de peso en la adopción de las decisiones administrativas demandadas”, manifestación que claramente alude a la unidad de propósito y dirección.¹¹

Por el lado de nuestra Corte Suprema se resalta la sentencia de la Sala de Casación Laboral de mayo 11 de 2016 que es muy importante para diferenciar los institutos de la unidad de empresa en materia laboral y el grupo empresarial en el ámbito de lo mercantil. No es bueno dejar pasar la sentencia de la misma corporación pero esta vez en sede de la Sala de Casación Civil y Agraria, en la famosa y reciente sentencia referida a la desestimación de la personalidad jurídica en la que alude, en la perspectiva señalada, a los grupos empresariales pero sin adentrarse en su concepto y mucho menos en la unidad de propósito y dirección.¹²

9 Superintendencia de Sociedades, Oficio No. 220-031823 de abril 22 de 2008. En esta opinión la Superintendencia acude al diccionario de la Real Academia y remite a lo previsto en ese entonces en la Circular Externa No. 30 de 1997.

10 Así sucede, por ejemplo con Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Dra. María Eugenia Ortiz Barbosa, sentencia de 24 de mayo de 2007.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Sentencia de mayo 17 de 2002. Interesante resulta, en el campo de la Propiedad Industrial referida a la designación de un grupo empresarial, el pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Dra. Nubia Margoth Peña Garzón de fecha 18 de febrero de 2021. De resaltar también de la misma corporación pero en la Sala de Consulta y Servicio Civil el pronunciamiento de 24 de septiembre de 2019, C.P. Dr. Edgar González.

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz, Sentencia de 8 de junio de 2022.

En lo que concierne a la Corte Constitucional se tienen providencias que están referidas en su gran mayoría, por no decir que en su totalidad, a la responsabilidad de la matriz por la insolvencia de cualquiera de sus subordinadas con fundamento en el otrora párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, hoy artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.¹³

En la doctrina nacional resalta la posición del Profesor Reyes Villamizar quien manifiesta frente a la unidad de propósito y dirección lo siguiente: "Si bien trata de un concepto amplio, cuya aplicación práctica se deberá analizar para cada caso en particular por los interesados, pueden señalarse tres de sus rasgos constitutivos: en primer lugar, resulta suficientemente claro que la unidad de propósito y dirección nada tiene que ver con las actividades de explotación económica que realizan individualmente las distintas compañías del grupo. En efecto, cada una de ellas continúa con independencia su objeto social. En segundo término, el referido elemento implica que la finalidad individual de cada una de las sociedades que forman parte del grupo debe ceder, en virtud de la dirección que ejerce la matriz o controlante sobre el conjunto, a un objetivo general determinado por esta. Este objetivo podrá demostrarse con una serie de elementos explícitos e implícitos que han de manifestarse en directivas o instrucciones escritas o verbales, impartidas por la entidad controlante a los órganos de dirección y de administración de las compañías controladas. En estas, a su vez, se hará patente, en menor o mayor grado, la influencia de la matriz en determinaciones tales como la política de distribución de dividendos o constitución de reservas, los actos o contratos que se celebran o dejen de celebrar, por instrucciones de la matriz".¹⁴

2. ALGUNAS EXPRESIONES DE DERECHO COMPARADO

Doctrina autorizada dice que la característica común de los grupos es que ".. en el vértice de la pirámide, o en su cabeza, existe una dirección cuya misión deberá ser procurar, precisamente, una dirección óptima del conjunto".. La misma doctrina manifiesta que como ".. el grupo no tiene reconocimiento como sujeto de Derecho, el concepto concreto de dirección unificada no es propio de la ciencia jurídica sino de la económica, lo cual no puede perderse de vista a la hora del desmenuzamiento de sus características".. Esta misma doctrina expresa que los ordenamientos que han disciplinado el grupo optan por no definir la unidad de propósito y dirección, o como se denomina en otros ordenamientos, la dirección unitaria o unificada. Lo cierto es

13 Camilo Cubillos, "Comentarios a las sentencias de la Corte Constitucional No. SU-1023-01 y SU-636-03", en *Revista e-Mercatoria*, Vol. 3., No. 2, 2004.

14 Francisco Reyes, *Derecho Societario*, (Bogotá, Temis, 2020), 561-ss.

que indudablemente es el elemento que muchos señalan como esencial del concepto de grupo.¹⁵

En el derecho italiano el tema del grupo fue reformado o aclarado en 2003 con la reforma del derecho de sociedades llevada a cabo con el d.lgs. n. 6/2003 mediante el cual se pasó de un punto de vista estático a uno dinámico, esto particularmente en lo que se refería al artículo 2359 del codice civile. En 2003, a partir del artículo 2497 se da una disciplina de los grupos desde un punto de vista dinámico con la introducción de la denominada actividad de dirección y coordinación de una sociedad sobre otra. En efecto, la doctrina, partiendo del hecho consistente en la ausencia de una definición legal, manifiesta que la actividad de dirección consiste en una pluralidad sistemática y regular de actos de dirección idóneos para influir en las decisiones de las subordinadas, de manera coordinada, es decir dirigida a actuar una política de grupo, teniendo como límite la autonomía de las sociedades subordinadas.¹⁶

Galgano, hablando particularmente de la reforma introducida en Italia en el año 2003 señala que la actividad de dirección y coordinación, denominada también dirección unitaria en leyes italianas de 1979 y 1999, es ejercida persiguiendo un interés empresarial, es decir que "se trata de una función empresarial, correspondiente a la función de dirección estratégica y financiera, presente en toda empresa".¹⁷

En el derecho español el concepto de unidad de dirección o de unidad de propósito y dirección brilla por su ausencia en el artículo 42 del Código de Comercio ya que se señala que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras", estableciendo luego unas presunciones de control.¹⁸ Esta posición se acoge por razones prácticas relacionadas con la verificación de la unidad de dirección.¹⁹

15 Rafael, Manóvil Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, ya citado, pp395 y siguientes. Cita el artículo 18 de la ley alemana de grupos de 1965, así como el proyecto de IX Directiva Comunitaria indicando que cuando existe el control se presume que existe unidad de propósito y dirección.

16 Verónica, Giavazzi, –Giorgio, Berta, "Attività di direzione e coordinamento", en I gruppi societari (Giorgio Berta coord.), Torino, G. Giappichelli editore, 2011, páginas 49 y siguientes.

17 Francesco, Galgano, Grupo de Sociedades (Dirección y coordinación de sociedades), Hugo Aguirre y María de la Colina (Trad), Buenos Aires, La Ley, 2007, páginas 51 y siguientes.

18 Ángel María, Ballesteros, La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades. Navarra, Civitas – Thomson Reuters, 2018, página 44.

19 José Miguel, Embid Irujo, Introducción al derecho de los grupos de sociedades, Granada, Comares, 2003. Sobre la posición española en materia del concepto de grupo, incluso acogida por el trabajo denominado Forum Europeum de Derecho de Grupos de 1999 puede verse Caba, Antonio. El concepto de grupo de sociedades. Valencia, Tirant lo blanch, 2019, páginas 111 y siguientes. En el derecho alemán, según Manóvil, el artículo 18 de la ley de 1965 no define la dirección unitaria pero si señala que sin

La doctrina señala que la unidad de dirección es un elemento caracterizador, esencial, del grupo empresarial pues en su ausencia se podrá hablar de cualquier otra cosa menos de un grupo de sociedades. Se manifiesta, por lo tanto, que "el grupo de sociedades puede definirse como la integración de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria", siendo ésta el "elemento decisivo para la formación del grupo". En esa medida "La dirección unitaria es el elemento aglutinador de las sociedades agrupadas. A saber, es el elemento que da coherencia interna al grupo de sociedades en tanto en cuanto se manifiesta en la planificación económica del colectivo y determina las líneas de actividad de cada sociedad agrupada y su participación en la consecución del interés del grupo".²⁰

3. NUESTRO CONCEPTO DE UNIDAD DE PROÓSITO Y DIRECCIÓN

En nuestra opinión es claro que el elemento que le confiere la sustancia al grupo empresarial, más allá de las necesidades prácticas que puedan existir, es la unidad de propósito y dirección o dirección unitaria que menciona y describe, pero sin definir, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, pues dicho requisito es el que indudablemente le confiere a la pluralidad el carácter de unicidad que necesariamente se encuentra en la esencia del grupo empresarial.

Antes de 1995 nuestro Código de Comercio aludía a la subordinación o control, sin tener alguna expresión concreta o desarrollo sobre el grupo de sociedades o, como se le denomina actualmente en nuestro derecho positivo, grupo empresarial.²¹ Es claro que entre la mera subordinación o control y el grupo empresarial puede existir una distancia importante ya que ocurre en ocasiones que existiendo la subordinación no se configura el grupo empresarial, tal como sucede, por ejemplo, en los casos de capitalización de acreencias en los que el acreedor queda ostentando la mayoría del capital de la sociedad deudora, evento en el cual se presumirá la subordinación y de hecho seguramente existirá, sin que la matriz, es decir el acreedor, ejerza

ella no se configura el grupo, pues ella es el reflejo de la relación de dominio que la precede, motivo por el cual en dicho ordenamiento cuando existe el control se presume la unidad de dirección, es decir el grupo.

20 María Luisa, De Arriba Fernández, *Derecho de grupos de sociedades*. Navarra, Civitas – Thomson Reuters, 2009, páginas 203 y siguientes con abundantes citas bibliográficas en esta obra.

21 La denominación de grupo empresarial obedece a la visión que tuvo el legislador de 1995 referida a la presencia en las estructuras de grupo de personas jurídicas de naturaleza no societaria. A pesar de ello, de la lectura de la norma, se deduce que dicha presencia puede tener lugar cuando las personas jurídicas no societarias tienen la condición de matriz o controlante o son medio para ejercer la unidad de propósito y dirección sobre las sociedades subordinadas.

unidad de dirección sobre la sociedad deudora que le pagó con sus propias acciones. Otra situación análoga es la que se presenta en los contratos de concesión estatal con sociedades de objeto único, esto a la luz del numeral 3º del artículo 27 de la Ley 222 de 1995: la entidad pública, indudablemente, se encontrará en una posición en la cual puede ejercer una influencia dominante sobre la sociedad de objeto único que es filial y contratista estatal, sin que por esa situación pueda afirmarse que se conformó un grupo empresarial (público, privado o mixto)²² ya que se adolece, como en el ejemplo anterior, de la unidad de propósito y dirección.

Se concluye entonces que subordinación y grupo empresarial no son sinónimos, que la primera puede existir sin llegar a conformar el segundo y que por lo tanto cuando nos encontramos ante un evento de subordinación o control no nos hallamos indefectiblemente ante la presencia de un grupo empresarial, esto por lo menos de conformidad con el derecho positivo nacional.

Esta distinción es la que lleva a la necesidad de disciplinar el grupo, pues el trabajo está incompleto cuando el Legislador solamente aborda la subordinación o el control, más aún cuando nuestro derecho comercial y particularmente el derecho de sociedades está estructurado sobre el paradigma de la sociedad isla y por ende el concepto del interés social como fruto del gobierno endógeno de la sociedad comercial, sin que sea legítimo, por lo tanto, un gobierno proveniente de otro sujeto de derecho que tiene la capacidad incluso de imponer o variar el interés social de las subordinadas.

Ahora más que nunca la empresa se conforma en estructuras cada vez más complejas, por lo que es fundamental aceptar dicha necesidad para afrontar la realidad que impone el avance en las tecnologías y en general el desarrollo mundial, lo que supone indudablemente el imperativo de diversificar y de dar una revisión a la óptica tradicional del derecho, como por ejemplo acontece con el área de la libre competencia.²³

22 Mercedes, Fuertes, Grupos públicos de sociedades. Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

23 Esta apreciación no es novedosa. De hecho, Friedrich Kübler, Derecho de Sociedades. Michèle Klein (trad), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, páginas 577 y siguientes, habla expresamente de este tema. Sobre el tema de los grupos y el derecho de la competencia es muy ilustrativo, a pesar de los años, la exposición de Spolidoro, Marco. "Gruppi di società e gruppi di imprese tra diritto societario e diritto della concorrenza", en I gruppi di società, ya citado, Vol. III, páginas 2193 y siguientes. Igualmente, frente al grupo y el derecho de la competencia puede verse Ruiz, Juan Ignacio. El privilegio del grupo. Valencia, Tirant lo blanch, 1999. Puede verse también Alejandro Fernández de Araoz,. "Grupo de empresas de base contractual y derecho de la competencia", en Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, Vol. V, páginas 5357 y siguientes.

Por la presencia en el grupo de la unidad de propósito y dirección es muy relativa la afirmación consistente en que, si bien los pareceres de administradores y asociados podrían no coincidir en algunas ocasiones frente a situaciones particulares en las que el interés social cumple la función de unificar (pues consiste en que a la compañía le vaya bien), cada compañía es autónoma y tiene su propio interés, esto por cuanto en el grupo otra persona, desde el exterior, puede legítimamente imponer los objetivos e incluso darle un alcance diferente al interés social de las subordinadas. Y es que al admitirse legalmente el grupo empresarial, y con él la unidad de propósito y dirección como un elemento sustancial del mismo, se legitima indudablemente una situación en la cual las sociedades subordinadas no forman su voluntad de forma independiente sino que, desde el exterior a ellas, otro sujeto, avalado por el derecho con el sólo límite de preservar el "desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una" de las subordinadas, impone los objetivos que inspiran tanto la existencia como las actividades de estas.

Esa sola circunstancia genera la necesidad de disciplinar el grupo empresarial, esto por cuanto varía los presupuestos o fundamentos sobre los cuales se encuentra construido el derecho de sociedades, más aún cuando la realidad nos prueba que en el mundo de los negocios la sociedad isla, como protagonista, a menudo cede su espacio a estructuras más complejas de las cuales las sociedades son solamente partículas de organizaciones que incluso carecen de nacionalidad.

El poder de ejercer la unidad de propósito y dirección puede derivar de situaciones, en principio todas legítimas, propias del mundo de la empresa: la participación mayoritaria en el capital de las sociedades subordinadas, el poder en el ejercicio del derecho de voto derivado de la participación o de la celebración de negocios jurídicos como el usufructo o prenda de acciones (sin dejar de lado los acuerdos de accionistas), y la celebración de contratos que generan dependencia como el de franquicia, licenciamiento, concesión, etc. En síntesis, el poder que genera la facultad de ejercer la dirección unitaria puede tener unas fuentes que se encuentran previstas en el sistema jurídico y que pueden catalogarse hoy en día como normales en el mundo de la empresa.

Ese poder de dirección unitaria se radica entonces en uno o varios sujetos de derecho que por esa condición tienen la condición de matriz y, para hablar en términos de grupo, de holding o cabeza de grupo. Las más de las veces ese poder se radica en personas jurídicas, normalmente societarias, por lo que el poder se concreta en sus administradores y muy particularmente en las personas que ostentan la representación legal de la sociedad cabeza de grupo, sujetos que, en nuestra opinión, no solamente tienen la facultad sino el deber de ejercer la unidad de propósito y dirección por cuanto el interés social de la sociedad cabeza de grupo así lo reclama.

Si entendemos que la unidad de propósito y dirección consiste en la legítima facultad de la matriz de determinar la consecución de un objetivo

por parte de las subordinadas, llegamos a una primera conclusión que nos acerca al concepto de dicha unidad de propósito y dirección: ésta es un acto de gestión empresarial debido a la matriz por sus administradores, lo que implica que la dirección unitaria integra los deberes de los administradores de la sociedad cabeza de grupo. Conviene decir entonces, particularmente en lo que atañe al deber de lealtad de los administradores, que el régimen de conflicto de intereses del actual derecho de sociedades podría no ser apto para acoger la realidad del grupo empresarial por la incidencia que éste tiene en el interés social de las sociedades integrantes del grupo.

Igualmente, si estamos ante la unidad de propósito y dirección como un acto de gestión debido a la matriz por sus administradores, ello se refleja inexorablemente sobre los deberes de los administradores de las subordinadas que probablemente, frente al acatamiento de las directrices provenientes de la matriz, se encuentran, asimismo, ante un acto debido que se incorpora a las prestaciones de diligencia y lealtad por ellos igualmente debidas, esto en la medida de que los objetivos y/o las actividades de las subordinadas están inspiradas en la dirección unitaria. Pero esto no debe llevarnos a engaños: quien está sometida a la unidad de propósito y dirección es la subordinada, siendo dicho sometimiento la fuente de la obligación de los administradores de la filial o subsidiaria de acatar las directrices provenientes de la cabeza de grupo.

Si se trata de un acto de gestión empresarial se llega a otra conclusión importante: la unidad de propósito y dirección tiene carácter permanente, esto con independencia de que nos encontremos en estructuras más o menos descentralizadas, por lo que la dirección unitaria es regular, continua e ininterrumpida, de tal manera que se refleja en la vida diaria de todas las integrantes del grupo empresarial. En efecto, la unidad de dirección y de propósito al ser permanente se compagina perfectamente con la característica anotada en el párrafo anterior en el sentido de que el órgano de administración, particularmente el de representación legal, tiene el carácter de permanente, sin dejar de lado que la existencia de la Junta Directiva conlleva que, como órgano, se constituya más frecuentemente que el máximo órgano social. Se agrega algo fundamental: la junta de socios o la asamblea general de accionistas, según el caso, no debería inmiscuirse en la unidad de propósito y dirección para evitar precisamente la responsabilidad (para los asociados) que conlleva ejercerla, lo que va muy de la mano con la finalidad de diversificación del riesgo que hace atractiva a la figura del grupo empresarial.²⁴

24 En efecto, la intervención del máximo órgano social en el ámbito del ejercicio de la unidad de propósito y dirección se concreta exclusivamente al ejercicio de sus competencias legales y estatutarias, esto sin perjuicio de aceptar que el grupo de alguna manera conlleva la reconquista del poder por parte de los accionistas en las sociedades en las que la separación entre propiedad accionaria y gobierno se verifica. Puede verse

Aunado a lo anterior y en armonía con el texto del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, la unidad de propósito y dirección es un acto de gestión empresarial que comprende la fijación de los objetivos que deben perseguir las subordinadas por la determinación que de ellos hace la cabeza de grupo, lo que supone indudablemente que la unidad de propósito y dirección implique la posibilidad de variación del interés social de las subordinadas. En otros términos: la unidad de propósito y dirección involucra la legítima facultad de fijación de unos objetivos por parte de la matriz o cabeza de grupo, es decir y como ya lo señalamos, nos hallamos ante una actividad de gestión debida por los administradores de la cabeza de grupo y vinculante para las controladas y por ende para sus administradores en la medida de que implica, en sustancia, la facultad de la matriz de imponer, influir e incluso variar el interés social de las subordinadas, lo que supone por lo tanto la legitimidad de un interés grupal superior.

El artículo 28 de la Ley 222 de 1995 señala que existe unidad de propósito y dirección "cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas", lo que supone que la cabeza de grupo tiene la facultad de determinar un objetivo que inspira no solamente la creación sino la actividad, es decir el desarrollo del objeto social, de las subordinadas.

La expresión unidad de propósito y dirección involucra que la cabeza de grupo tiene la facultad de señalar cual es el propósito de las subordinadas desde su nacimiento o de manera sobrevenida, lo que equivale a la posibilidad de imponer un interés social armonioso con el interés del conjunto. Y es que la unidad de propósito equivale a admitir, de forma legítima se reitera, la imposición o variación del interés social de las subordinadas en aras de que dicho interés sea coherente con el de la empresa de grupo, lo cual se proyecta indefectiblemente también en las actividades de filiales y subsidiarias, conllevando, nada más ni nada menos, que la unidad de propósito equivale a incidir, directa o indirectamente, en el interés social de las controladas y por ende a ser menos pesimistas frente a la aptitud del actual régimen de los conflictos de intereses de los administradores en el escenario grupal.

En fin, la matriz puede fijar el propósito de la existencia de sus filiales y subsidiarias, lo cual se observa cuando aquella, en la búsqueda de sus objetivos, dispone la creación de una nueva subordinada, o se decide por la

Pier Giusto, Jaeger, "Le società del gruppo tra unificazione e autonomia", ya citado. El autor habla del grupo empresarial como un modelo de Corporate Governance y se refiere a los Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, St. Paul, Minnesota, 1994, publicados American Law Institute en 1994 y a los deberes de la matriz y la posibilidad de asimilarlos a los de los administradores.

adquisición de la misma de forma total o dominante, eventos en los cuales indudablemente el interés social de la controlada está diseñado, desde su origen, o posteriormente mediante la adquisición, en función del conjunto que dirige la matriz, es decir en función del denominado interés de grupo.

Pero la unidad de propósito se conjuga con la de dirección: es decir la facultad o potestad no se restringe a la fijación o modificación del interés social de las subordinadas, sino que se extiende a influir o determinar su gobierno mediante directrices dirigidas fundamentalmente a la consecución o realización del interés grupal, conllevando indudablemente que sea lógica la concepción del grupo empresarial como unidad empresarial y que pueda hablarse de ella como la empresa de grupo.

La unidad de dirección faculta entonces a la cabeza de grupo a impartir directrices o directivas a las subordinadas inspiradas en el interés del conjunto, es decir del grupo. Así, mientras la unidad de propósito consiste en la facultad de fijar o modificar el interés social de las subordinadas, la unidad de dirección es la potestad, mediante directrices, de ejecutar o realizar mediante las actividades de las controladas ese interés determinado por la unidad de propósito que equivale a lo que se ha venido denominando como interés de grupo.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos afirmar que la unidad de propósito y dirección es el ejercicio, por parte de la cabeza de la sociedad cabeza de grupo y mediante la ejecución de las competencias de sus órganos, particularmente los de administración y por ende de sus administradores respecto de los deberes de diligencia y lealtad,²⁵ mediante el cual se determina y orienta el interés social de las subordinadas de manera armónica con el interés del grupo fijado por la cabeza del mismo, respetando el ejercicio del objeto social y las actividades de las destinatarias de las directrices.

1. EL INTERÉS DE GRUPO

En el grupo empresarial, que lo es normalmente, casi en su totalidad, de sociedades, encontramos una serie de intereses que a primera vista pueden ser contrarios: está el interés social de todas y cada una de las sociedades que integran el grupo, es decir el de la matriz y el de las subordinadas, que tienen que ser defendidos y antepuestos no solamente por los administradores de cada una de ellas sino también por sus accionistas, más aún cuando

25 En nuestra opinión es claro que cuando se verifica la existencia de la unidad de propósito y dirección se genera el deber de los administradores, y orgánico de la matriz, de ejercer dicho derecho – deber. Es incontestable que el descuido, por omisión de ejercicio de la unidad de propósito y dirección, también es generador de responsabilidad. Sobre el carácter vinculante o no de la unidad de propósito y dirección, con abundante citación, puede verse Mónica, Fuentes Nahharo Grupos de sociedades y protección de acreedores, ya citado páginas 126 y siguientes.

observamos la incidencia que tiene el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008 cuya aplicación se ha extendido a los demás tipos societarios por virtud de la jurisprudencia societaria emanada de la Superintendencia de Sociedades y por lo previsto por la Ley 1450 de 2011 en su artículo 252, sin dejar de lado el artículo 24 del Código General del Proceso.

Esa pluralidad de intereses se proyecta en situaciones en las que se requiere una mirada más comprensiva de la realidad del grupo, no solamente en su existencia sino también en su funcionamiento, alejándose, si se quiere, del paradigma del interés social referido a la sociedad isla, sea que este sea entendido como el común de los asociados o el de la persona jurídica diferente a ellos, etc.²⁶ Dentro de estas situaciones resaltan el conflicto de intereses de los administradores frente al cual el ordenamiento nacional se fundamenta en la concepción de la sociedad isla y suministra una solución que tiene como regla fundamental la protección del interés de la sociedad, lo que cerraría, en apariencia, la composición con algún otro interés (igualmente legítimo).²⁷ Otra situación es la prevista frente al derecho de voto del accionista en sede de asamblea general de accionistas, derecho que debe ser ejercido en interés de la sociedad según reza el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, norma que tiene como antecedente el numeral 6° del artículo 420 del Código de Comercio referido a las competencias de la asamblea en el ámbito de la sociedad anónima y que conlleva, en principio, que el interés del accionista deba ceder frente al interés social de la respectiva compañía.

Es claro que el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 al describir la unidad de propósito y dirección deja entrever que el grupo empresarial es, en sustancia, una empresa ejercida por varios sujetos, motivo por el cual cada una de las sociedades comerciales y en general personas jurídicas que lo integran al final son solamente unidades que conforman un todo. Pues bien, en nuestra opinión la unidad de propósito es sinónimo, o por lo menos un síntoma, de finalidad o interés del grupo, sin admitir que este ostente personalidad jurídica, lo que sugeriría que las actuaciones de la matriz cuando se encuentran inspiradas en dicha unidad de propósito, dirigida al beneficio del todo, prevalecerían sobre el interés particular de las integrantes de la empresa de grupo, sean o no de naturaleza societaria.

26 Jesús Alfaro, "El interés social y los deberes de lealtad de los administradores", en Aduam, 2016, páginas 2013 y siguientes. En este artículo el autor concluye que el interés social "es el interés común a todos los accionistas en maximizar el valor de sus inversiones", con una amplia citación de bibliografía. Puede verse también Juan Sánchez, "El interés social como principio orientador del gobierno corporativo", en AA.VV., Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas, Martínez – Echeverría (Dir), Navarra, Aranzadi – Thomson Reuters, 2019, páginas 39 y siguientes.

27 Ley 222 de 1995 artículo 23 numeral 7°. Igualmente el Decreto 1074 de 2015.

Y es que en Colombia, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con el artículo 42 del Código de Comercio español,²⁸ sí se alude en el derecho positivo a la unidad de propósito, es decir a la facultad, legítima, de la cabeza de grupo de fijar e imponer los objetivos de las subordinadas con los límites que reclama la autonomía y el desarrollo del objeto social de las segundas. En efecto: en nuestro derecho positivo son legítimas no solamente la subordinación y el grupo empresarial, de hecho o por subordinación, sino también la facultad, también legalmente respaldada, de la matriz de determinar un objetivo que inspire la existencia y actividades de las subordinadas, determinación que equivale, en nuestra opinión respecto del ordenamiento nacional, a la fijación del interés grupal por parte de la cabeza de grupo.²⁹

Es claro entonces que en el derecho patrio el problema no radica en si la subordinación por sí misma configura al grupo, o si la unidad de propósito y dirección es legítima o no, como tampoco en si el grupo empresarial es una figura cobijada por nuestro derecho, sino en algo que va más allá de la constatación de los supuestos normativos mencionados consistente en determinar si la facultad de ejercer la unidad de propósito y dirección equivale a la facultad de la cabeza de grupo, a la manera de un jefe de empresa, de determinar e imponer el interés del grupo en todos los eventos o supuestos de hecho propios de la empresa, grupal o no, es decir tanto en los eventos de total armonía de los intereses de las diferentes sociedades del grupo como en aquellos en los cuales chocan entre sí o son contrarios al interés general, el del grupo, determinado por la matriz.

En otras palabras, la unidad de propósito y dirección equivale a la facultad de la matriz de impartir directrices o directivas inspiradas en el interés general, es decir el del grupo, aun en contra del interés particular de las compañías que lo integran, siempre teniendo en cuenta que cuando la norma alude a que la unidad de dirección y propósito se relaciona con la consecución de

28 Puede verse una visión amplia en José Miguel Embid Irujo, "La ordenación jurídica de los grupos de sociedades: del interés del grupo a la tutela de los socios externos", en Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades, Emparanza Sobejano, Alberto (Dir), Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2018, páginas 17 y siguientes. Del mismo autor puede verse "Interés del grupo y ventajas compensatorias", en Revista de Derecho Mercantil, 300, páginas 301 y siguientes. En particular sobre el artículo 42 del Código de Comercio español puede verse María Luisa De Arriba Fernández, Derecho de grupos de sociedades, ya citado, páginas 84 y siguientes.

29 En el derecho italiano, a nuestro parecer, se configuró con la reforma de 2003 una situación similar (pero más completa) a la de Colombia con el concepto de *Direzione Unitaria*, equivalente a la unidad de propósito y dirección nuestra, con la particularidad de que en dicho ordenamiento se sentaron unas reglas generales sobre dicha dirección unitaria más allá de determinar cuando se verifica. Puede verse Giuliana Scognamiglio, "Clausole Generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società", en Rivista di diritto privato, Cacucci Editore, 2011, páginas 517 y siguientes.

un objetivo ligado a la existencia y/o actividades de las subordinadas, lo que está indicando es que si la matriz armoniza estatutariamente las integrantes del grupo el choque podría ser realmente residual o incluso inexistente, esto por cuanto desde la norma que regula las actividades de las subordinadas estará incito el interés del grupo.

En ese orden de ideas el objetivo determinado por la matriz, que no es otra cosa que el interés del grupo, primará sobre el interés particular de las compañías que conforman el grupo empresarial, esto por cuanto la matriz puede incluso, por vía del diseño estatutario, o el de su reforma, plantar jurídicamente en cada subordinada el interés grupal de tal manera que los conflictos entre los distintos intereses sean reducidos al máximo. Y es que en el grupo empresarial el derecho colombiano, al prever la unidad de propósito y dirección de forma casi que expresa contempló el interés del grupo, debilitando el interés social de las sociedades comerciales que lo componen y en general el de las personas jurídicas que forman parte del mismo.³⁰ Es más, cuando una situación de esta índole se verifica y existe armonía estatutaria, no habrá realmente choque de intereses.

Se encuentra entonces presente el interés del grupo, que es diferente del interés de las subordinadas (pero lo influye notablemente) y que muy probablemente es coincidente con el interés social de la sociedad cabeza de grupo, supuesto fáctico que se inspira fundamentalmente en las necesidades empresariales más allá de que nos encontremos en un grupo por coordinación o frente a un grupo por subordinación. Así, cuando la existencia y actividades de todas las integrantes del grupo se encuentran inspiradas en el interés de este, el conflicto de intereses (en cabeza de administradores y accionistas) en eventos de una unidad de propósito y dirección ejercida correctamente, no sería la regla general pues existirá por lo regular mayor coincidencia entre el interés particular de cada sociedad con el interés del grupo del que ella forma parte.

En otros términos: la previsión normativa de la unidad de propósito y dirección conlleva la facultad, se reitera que legítima, de la matriz o cabeza de grupo de imponer jurídicamente un objetivo común a todas las subordinadas equivalente al denominado interés del grupo, prevalente sobre el interés

30 Mónica Fuentes Naharro, ya citada, página 135, señala que "en el seno de los grupos nos encontramos ante un desplazamiento – reconocido o no por el legislador – de la noción de interés social en favor del interés de la empresa de grupo".. Esta afirmación se hace respecto del derecho español que se funda, sin perjuicio de normas especiales, en la noción del artículo 42 del Código de Comercio de ese país que no alude a la unidad de dirección o de propósito. Por el contrario, en el derecho italiano encontramos que con ocasión de la reforma de 2003 se menciona expresamente la "Direzione e coordinamento di società" en el artículo 2497, acogiendo requisitos de publicidad y estableciendo responsabilidad en el ejercicio de dicha actividad por la matriz.

social de las filiales y subsidiarias y cuyo único límite es el que determina, en el derecho patrio, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 consistente en el "desarrollo del objeto social o actividad" de cada una de las subordinadas.

En ese orden de ideas consideramos que la unidad de propósito y dirección habilita la posibilidad de fijar e imponer un interés del grupo a todas sus integrantes, ya sea en la génesis de todas ellas, como sucede por ejemplo cuando la creación del grupo obedece a una conducta preordenada desde la creación de la empresa grupal o cuando, con el devenir de los negocios de una sociedad, que en principio fue isla, fue creando subordinadas bajo su mando efectivo y con un diseño estatutario armónico con el interés del grupo; sin dejar de lado la posibilidad de adquisiciones que involucran la adaptación estatutaria de las compañías adquiridas.

Desde el punto de vista del concepto de empresa existente en nuestro derecho positivo, es claro que el grupo empresarial, que se reitera las más de las veces lo es de sociedades, consiste, en sustancia, en una misma empresa ejercida por varios sujetos de derecho, lo que trae como consecuencia que dicha actividad esté dirigida por un jefe de empresa que impone los objetivos y metas a alcanzar, pudiendo establecer los medios para su consecución. En otras palabras: la empresa de grupo es una de las formas jurídicas, otra más, que entrega el ordenamiento para organizar jurídicamente al empresario o empresarios que acometen, en los términos del artículo 25 de nuestro Código de Comercio, la actividad económica organizada, esto es la empresa.

Tema importante que genera una justificada preocupación, a propósito de la admisión del grupo empresarial, es el de la protección de los sujetos titulares de intereses que podrían resultar afectados por la organización y funcionamiento de la empresa grupal: los asociados (socios y accionistas) externos en las sociedades que integran el grupo (sin excluir a la cabeza de grupo, matriz o holding); los acreedores de las compañías del grupo empresarial; el Estado recaudador de impuestos; los trabajadores y en fin los grupos de interés que deben ser protegidos, indudablemente, en la escena de la empresa de grupo. Frente a este punto es claro que el ordenamiento puede tomar una posición preventiva, es decir, que admite el interés del grupo pero atenúa considerablemente sus efectos para dar primacía o mayor peso al interés social de cada una de las compañías del grupo; o también más realista o armónica con la empresa, esto en el sentido de suministrar defensas a los intereses implicados pero otorgándole un poder prevaleciente al interés del grupo que lo es de la empresa organizada de dicha manera.³¹

31 A estas posiciones el Profesor Embid Irujo las llama vertientes protectora y organizativa de la ordenación jurídica del grupo en "La ordenación jurídica de los grupos de sociedades: del interés del grupo a la tutela de los socios externos", ya citado, pp. 20-23.

A este respecto es conveniente señalar que en el derecho colombiano el grupo empresarial está acompañado de ciertas previsiones legislativas que tienen por objeto la protección de los diferentes grupos de interés: la obligación de consolidación,³² de publicidad,³³ la prohibición de participaciones recíprocas,³⁴ la comprobación de operaciones,³⁵ la responsabilidad presunta de la matriz por la insolvencia de cualquiera de sus subordinadas,³⁶ el informe especial,³⁷ etc. Esta posición del sistema legal colombiano pareciera dejar ver como si el grupo fuese admitido como una figura de peligro frente a la cual el ordenamiento, a pesar de su admisión, prevé ciertas protecciones.

Frente a esta situación consideramos que el grupo empresarial no es en su esencia una figura jurídica de peligro, pues lo mismo entonces habría de decirse de la sociedad isla por la existencia de previsiones legales en temas que el viejo derecho de sociedades considera reglas fundamentales como los del capital social, el derecho de retiro, las operaciones o modificaciones estructurales, la responsabilidad de los asociados, la restitución del aporte, etc. En efecto: la existencia del grupo no supone, por sí sola, la puesta en peligro de los grupos de interés y muy por el contrario pueden indicar es su protección, tal como sucede cuando con ocasión del grupo se concreta la unidad de empresa en materia laboral, o también cuando por la consolidación el Estado se entera mejor de la realidad, cuando los acreedores se protegen más no solamente en escenarios de insolvencia, etc.

Y es que el interés de grupo no necesariamente choca con el interés social de las integrantes de la empresa grupal, pues, se reitera, el segundo normalmente es el que se acomoda en la práctica al primero, excluyéndose de base el tan mencionado conflicto que muchas veces no es tal. Piénsese, por ejemplo, en las subordinadas totalmente participadas por la matriz desde su constitución, eventos en los cuales los estatutos de aquéllas, desde el inicio, están diseñados por y para la empresa grupal; o también en escenarios en los que existen asociados externos sobrevinientes que, conocedores de la existencia de la empresa de grupo decidieron, luego de analizar sus riesgos y beneficios, vincularse a la empresa grupal, caso que es extensible a los

32 Ley 222 de 1995 artículo 35. Sobre esta norma puede verse Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-092994 de 13 de julio de 2015.

33 Ley 222 de 1995 artículo 30. Puede verse Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-234629 de 31 de octubre de 2022.

34 Código de Comercio artículo 262. Puede verse Superintendencia de Sociedades, Oficio 220 – 008947 de 30 de enero de 2018.

35 Código de Comercio artículo 265. Puede verse Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-002926 de enero 22 de 2019.

36 Puede verse la sentencia No. 2021-01-213272 de 29 de mayo de 2020 emanada de la Superintendencia de Sociedades.

37 Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-082494 de 26 de abril de 2023.

acreedores y en general a todos los grupos de interés cuyo vínculo con la empresa de grupo surge con transparencia en el ámbito de lo contractual.

La admisión del grupo en nuestro derecho parte de la base de la legitimidad de la existencia y del ejercicio de la unidad de propósito y dirección como condición necesaria para la fijación, imposición y prevalencia del interés del grupo empresarial sobre el interés de sus componentes, motivo por el cual no es correcto, por vía de interpretación, limitar la eficacia de algo que permite el Legislador siempre que se ejerza dentro de los límites establecidos por el mismo ordenamiento.

En el fondo, se refutaría entonces, en principio, la posición según la cual el conflicto de intereses se convertiría en la regla general y no en algo potencial cuando estamos en sede del grupo empresarial, esto por cuanto precisamente la unidad de propósito y dirección consiste en la facultad de fijar e imponer un interés de grupo hasta el punto de facultar la imposición de directrices desventajosas, circunstancia no poco frecuente que se ha venido tratando con la teoría de las ventajas compensatorias.³⁸

Aceptado que el grupo empresarial implica o conlleva, de suyo, la facultad de la matriz de imponer un interés de la empresa grupal que prevalece sobre el interés social de sus integrantes, es claro entonces que la unidad de propósito y dirección debe ejercerse de todas maneras observando los límites que impone el ordenamiento jurídico y con ello las prerrogativas legítimas que se radican en cabeza de sujetos o grupos de interés que la dirección unitaria debe indudablemente respetar.

II. DEL EJERCICIO DE LA UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN

El ejercicio de la unidad de propósito y dirección puede llevar a pensar que existe total coincidencia entre los deberes que el derecho de sociedades le atribuye a los accionistas y los deberes de la matriz en los grupos de sociedades o empresariales, pero la verdad ello no es así porque la matriz puede tener esa condición sin necesidad de ser accionista de las subordinadas, motivo por el cual lo que podemos denominar deberes de la matriz sobrepasa el ámbito de lo contractual con referencia al negocio jurídico de sociedad.

38 Sobre el conflicto de intereses en el grupo de sociedades puede verse Gastone, Cottino, "Divagazione in tema di conflitto di interessi nei gruppi", en AA.VV., *I Gruppi di società*, ya citado, Vol. II., páginas 1073 y siguientes; igualmente en la misma obra y volumen Floriano, D'Alessandro, "Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società", páginas 1085 y siguientes. Se anota que esta publicación es anterior a la reforma de 2003 que se promulgó en Italia. Después de la reforma puede verse Mario Bussoletti, "Gruppi e responsabilità da direzione unitaria", en *L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, Sarcina – García (Dir), Bari, Cacucci, 2010, páginas 227 y siguientes.

Es pertinente reiterar que el ejercicio de la unidad de propósito y dirección plantea el argumento del interés social, esto por cuanto dicho ejercicio implicaría una dialéctica entre el interés de la sociedad matriz y el de las subordinadas, sin dejar de lado lo concerniente a la tensión que podría existir entre los intereses de las mismas subordinadas y, por qué no decirlo, la existencia del denominado y ya mencionado interés del grupo.

Empezando por el denominado interés del grupo debe decirse que se trata de una expresión que pudo haber surgido precisamente de la tensión existente entre el interés social de las sociedades comerciales pertenecientes a los grupos empresariales y probablemente la denominación que de los mismos se hace con la expresión "empresa de grupo".

Lo cierto es que de todas maneras el ejercicio de la unidad de propósito y dirección podría producir la lesión del interés social de una subordinada y con ello la afectación de los accionistas ajenos al grupo de comando, los denominados accionistas externos, y de los acreedores de la subordinada que ve afectado su interés social por la directriz emanada de la sociedad cabeza de grupo.³⁹

Del examen del derecho positivo nacional resulta claro que el ejercicio de la unidad de propósito y dirección tiene unos límites importantes que se concretan, en la voz del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, en la necesidad de que las directrices de la holding o matriz no eliminen la autonomía de las subordinadas que deben preservar el "desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas".⁴⁰

39 Sobre este tema puede verse, a propósito del ordenamiento italiano que en 2003 introdujo lo concerniente a la dirección y coordinación de sociedades en el artículo 2497 del Codice Civile, Giuseppe, Guizzi, "Participaciones cualificadas y grupos de sociedades", en AA.VV. Derecho Italiano de Sociedades (Manual breve), edición y traducción de Nuria Latorre Chiner y Vanessa Martí Moya, Valencia, Tirant lo blanch, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Mercantil Manuel Broseta Pont, 2008, páginas 429 y siguientes.

40 En el derecho español existe un importante precedente jurisprudencial emanado del Tribunal Supremo. Se trata de la Sentencia de 11 de diciembre de 2015 en el que el Tribunal hizo, entre otras afirmaciones, las siguientes: "La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo al que está integrado. El administrador de la sociedad filial tiene un ámbito de responsabilidad que no desaparece por el hecho de la integración en un grupo societario, pues tal integración no deroga sus obligaciones de gestión ordenada, representación leal, fidelidad al interés de la sociedad, lealtad y secreto que le incumben como tal administrador social y que vienen referidos a la sociedad de la que es administrador, no al

Es relevante señalar que este tema de la conservación de la autonomía de las sociedades subordinadas en el grupo empresarial pasa por tener en cuenta las particularidades de cada caso: existen subordinadas en los grupos sin que sean participadas en su capital por la matriz, o que lo son pero no de forma total por la existencia de otros accionistas, lo que supone una diversa intensidad en la posibilidad de afectación de intereses de acreedores y sobre todo de accionistas externos de las subordinadas. Puede predicarse entonces una dialéctica entre el interés social de las integrantes del grupo, todas incluida la matriz o holding, y el denominado interés del grupo, lo que supone la existencia de una necesidad de equilibrio que garantice la viabilidad y utilidad de conformar grupos empresariales y la protección de los intereses que, por razón de la estructura grupal, pueden resultar afectados.

A. LOS DEBERES DE LA MATRIZ Y EL INTERÉS DE GRUPO

La pluralidad de intereses inmersos en el grupo empresarial, entiéndase el interés social de cada integrante de la empresa grupal y el interés de ésta, puede generar la exposición e incluso el sacrificio de alguno o algunos de ellos, especialmente el interés de las subordinadas y con él el de sus asociados externos y sus acreedores, y por qué no decirlo en una concepción pluralista de la empresa societaria, de los grupos de interés involucrados.

Debe entenderse que el interés social de cada compañía del grupo involucra el interés de los acreedores, de sus asociados, de sus trabajadores y en general de los sujetos que, por una u otra razón, tienen un derecho legítimo que puede resultar afectado por la afectación del interés social de la respectiva sociedad. Debe hacerse por lo tanto una diferencia radical entre la afectación del interés social de una sociedad isla, es decir que no integra un grupo empresarial, y una sociedad de grupo: en la primera es ella misma quien se autogobierna por las decisiones tomadas por sus órganos, en la forma como está diseñado el gobierno corporativo en el derecho de sociedades, que podemos denominar, tradicional o de primera generación; en la segunda existe una hetero dirección, legítima por cierto cuando se ejerce respetando los límites impuestos por el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, que está inspirada en el interés general de la empresa de grupo.

Cuando se ejerce la unidad de propósito y dirección, que a diferencia del control es dinámica y no estática, es posible que pueda afectarse el interés social de alguna de las sociedades del grupo, motivo por el cual dicho sacrificio debe tener una justificación de peso para que pueda asumirse la desventaja impuesta desde afuera de la sociedad integrante del grupo, pero

grupo societario ni a otras sociedades integradas en el grupo". Puede verse la sentencia en www.vlex.es.

desde dentro de éste. Es aquí en donde surge, a propósito de la lesión del interés social de una sociedad integrante del grupo, la teoría de las ventajas compensatorias que consiste en la legitimidad de la asunción, por parte de alguna de las integrantes del grupo, de sacrificios puntuales de su interés social en beneficio del interés del grupo siempre que exista alguna ventaja que compense el sacrificio sufrido.⁴¹

Como veremos, se trata de equilibrar el denominado interés del grupo con el interés social de una sociedad integrante del grupo que asume una desventaja en beneficio del primero, equidad que debe estar sustentada en la razón y en criterios objetivos para que sea aceptable la asunción de un sacrificio. La compensación indudablemente, como el daño sufrido por la respectiva sociedad que aplaza su interés social inmediato por un interés probablemente mediato del grupo, debería tener expresión económica proporcional a la desventaja.

Sobre la compensación debe dilucidarse si esta efectivamente debe producirse o si por el contrario es suficiente con tener sustentos objetivos y razonables para esperar que se produzca, sin dejar de lado los beneficios que pueden obtener tanto la sociedad cabeza de grupo como las otras subordinadas.⁴²

El grupo nos coloca ante un dilema: se entiende como una situación que puede ser disciplinada desde el derecho de sociedades tradicional⁴³ o, por el contrario, partiendo de la realidad que el grupo suscita más allá de las discusiones que existen sobre este argumento.⁴⁴ Lo cierto es que el derecho de sociedades y en general la Ley, a pesar de consagrar la unidad de propósito y dirección, guarda silencio respecto de algunas particularidades que tiene el grupo y que complica la aplicación de la normativa societaria dictada para la sociedad isla. Temas como la protección de los asociados externos, los deberes y responsabilidad de los administradores, los conflictos de intereses

41 Julia, Mas-Guindal García "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en que participa", en AA.VV. (Martínez Echevarría, Alfonso Dir) *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Navarra, Editorial Thomson Reuters – Aranzadi, 2019, páginas 283 y siguientes.

42 Así, sería posible, por ejemplo, que una decisión de la matriz afecte a su filial en beneficio de una subsidiaria de la cual la filial afectada es accionista directa: en este caso debe analizarse si los efectos positivos sobre la subsidiaria compensan a la filial en el valor de sus participaciones. Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de España ya citada, se señala que la compensación debe ser verificable y no el fruto de simples elucubraciones o hipótesis.

43 Guido Rossi, "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", en *Collana della Rivista delle società*: AA.VV. (Ariberto Mignoli e Guido Rossi Dir), *I gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. I, páginas 17 y siguientes.

44 Paolo Montalenti, "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", en AA.VV. (Ariberto Mignoli e Guido Rossi Dir), *I gruppi di società*, ya citado, Vol. III, página 1629.

de los administradores y entre el interés del grupo con el interés social de sus integrantes, la protección especial de los terceros como los consumidores y de los mismos acreedores, etc, brillan por su ausencia, sin dejar de lado que de todas maneras existe la posibilidad de la aplicación de reglas generales que vienen siendo decantadas desde hace mucho tiempo.

Lo que es claro es que el grupo empresarial involucra normalmente, por su dimensión social y económica, una empresa de mayor dimensión que la tradicional ejercida por el singular empresario societario, motivo por el cual en esta discusión no se pueden dejar de lado los grupos de interés que en todo caso deben ser protegidos, tal como sucede con los trabajadores, la libre competencia, el Estado, etc. Es claro que el interés social se cruza con esta temática ya que puede colisionar con el que podríamos considerar el interés del grupo, motivo por el cual el concepto que se tenga del primero es fundamental.

Si se considera que el interés social es simplemente el común interés de los asociados dirigido al lucro se tendría solamente una visión parcial e incompleta de este asunto, ya que es claro que el derecho de sociedades y en general la disciplina jurídica de la empresa, que en nuestro sistema es una actividad económica organizada, incluyen intereses prevalentes que no se conectan a los asociados. En nuestra opinión, la noción actual de interés social, a pesar de lo que pensaría la doctrina mayoritaria, es mucho más amplia que la que, de forma injustificada, se ha impuesto durante mucho tiempo, manifestando desde ya que en el derecho colombiano existen datos normativos muy interesantes que hacen prevalecer, o por lo menos incluyen, el interés de los grupos de interés diferentes a los accionistas y, como si ello fuere poco, la normativa societaria más reciente habla del interés de la sociedad como un interés diferente al de los accionistas.⁴⁵

Puede decirse que en el grupo empresarial existen, de una parte, el interés social de las integrantes del grupo (matriz y subordinadas) y, de la otra, el denominado interés del grupo, intereses todos que necesariamente están impregnados de una inclusión amplia de los denominados grupos de interés, razón de más para afirmar que la dialéctica entre estos intereses no se resuelve exclusivamente en la órbita jurídica de los asociados.

El denominado interés de grupo se verifica mediante el ejercicio de la unidad de propósito y dirección, derecho–deber legítimo previsto en nuestro derecho positivo en cabeza de la matriz del grupo empresarial que consiste, en primer término, en determinar el interés del grupo y señalar a renglón

45 Sobre este tema interesante resultan a propósito de los derechos norteamericano e inglés, respectivamente, David Yosifon, *Corporate Friction. How Corporate Law Impedes American Progress and What To Do About It*. Cambridge, Cambridge University Press, 2018. Igualmente Paul Davies, *Introduction to Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, páginas 307 y siguientes.

seguido, con carácter vinculante, las estrategias para su realización y concreción para que sea el objetivo en el que coinciden los intereses sociales de todas las unidades societarias del grupo empresarial. En el fondo, la unidad de propósito y dirección, existente "cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto", es el margen que entrega el derecho a la matriz para que juegue con la ambivalencia mencionada en la introducción consistente entre unidad económica y pluralidad jurídica.

Se reitera que en nuestro sistema la noción de control o subordinación es diferente a la de grupo empresarial y que lo que distingue al segundo de la primera es precisamente la presencia dinámica de la unidad de propósito y dirección, situación que deja bien clara nuestro ordenamiento jurídico sin que sea viable en nuestro ámbito entender a la subordinación como sinónimo del grupo. Por lo tanto en nuestro derecho tanto el control como la unidad de propósito son legítimos y por ende la hetero dirección que sufren las subordinadas desde la matriz tiene pleno respaldo normativo, lo que implica que cuando la norma alude a la consecución de unos objetivos por parte de las entidades que conforman el grupo empresarial no es otra cosa que unas finalidades que se persiguen y que se concretan en el denominado interés del grupo, determinado e impuesto por la matriz precisamente por la existencia de ese derecho – deber denominado unidad de propósito y dirección.

Ese derecho – deber consagrado en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 consiste entonces en la determinación del interés del grupo empresarial, razón por la que en procura de la realización de dicho interés, con el límite consistente en la imposibilidad de cercenar el desarrollo del objeto social o actividad de las subordinadas, la cabeza de grupo fija un objetivo en la medida de que la existencia y actividad de las subordinadas están inspiradas precisamente en el interés grupal, lo que supone aceptar que el derecho positivo nacional si consagra el interés del grupo empresarial.

En ese orden de ideas el interés social de las subordinadas y el de la matriz, consistente el de ésta última probablemente en alcanzar el interés del grupo, se subordina a este último, más general e incluyente. Se limita entonces el alcance del interés particular de las integrantes del grupo en beneficio de éste, obviamente con las limitaciones señaladas en la norma. Será en cada caso concreto cuando se hará la determinación acerca de si sobrepasó el límite fijado por la norma.

El tema referido a la pluralidad de intereses presentes en la empresa de grupo genera la búsqueda de soluciones acordes frente al derecho y a la realidad del mundo de los negocios, esta última apabullante en la medida de que nos prueba una vez más la dinámica que desde siempre ha tenido la formación del derecho mercantil.

1. Las ventajas compensatorias

El examen de la legislación colombiana en materia de grupos de sociedades arroja un resultado consistente en que si bien se prevé la figura grupal, el ordenamiento no tiene normas especiales o es incompleto en temas sensibles que la empresa de grupo plantea: la protección de los accionistas externos, la defensa de los acreedores de las compañías del grupo, los deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades del grupo, la responsabilidad de la matriz, etc, esto a pesar de la existencia de algunas normas que, de forma incompleta, pretenden satisfacer las exigencias que el grupo genera.⁴⁶

Se debe reconocer de todas maneras que disciplinar el grupo de sociedades o empresarial no es sencillo toda vez que estamos ante una figura que, como lo indicamos en páginas anteriores, tiene como esencia la ambivalencia entre pluralidad jurídica y unidad económica, por lo que es difícil para el ordenamiento determinar en cuales casos hace prevalecer uno de los dos (2) extremos o se decide por el equilibrio entre ambos. Un mal síntoma de una incorrecta aproximación al asunto es la posición facilista de incorporar en normas especiales la desestimación de la personalidad jurídica, como si dicha alternativa fuere, desde el punto de vista general, una panacea que, en nuestra opinión, genera precisamente el efecto contrario⁴⁷ porque se legisla desordenadamente con normas que generan el riesgo de privar al grupo empresarial de su esencia y de su utilidad.

En este punto referido a la posición de nuestro ordenamiento es pertinente afirmar que éste, de manera clara, descarta la concepción del interés social como el único y exclusivo interés común de los asociados en percibir utilidades (sea en la forma tradicional de recibir dividendos o por otros medios como el simple aumento del valor de sus participaciones)⁴⁸, pues es clara no solamente nuestra Carta Política sobre la función social de la empresa⁴⁹ y lo que ella conlleva,⁵⁰ sino la misma normativa societaria que da a entender, claramente, que el interés de la sociedad es diferente al de los asociados.⁵¹

46 Me refiero puntualmente al artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 y al Decreto 1749 de 2011 (incluido en el Decreto 1074 de 2015) que reglamenta algunos aspectos de la primera. Igualmente, a los artículos 262, 265 del Código de Comercio, así como el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, para mencionar solamente algunos aspectos sin dejar de lado el artículo 869 del Estatuto Tributario.

47 Sucede por ejemplo con la Ley 2195 de 2022 en su artículo 65, sin dejar de lado lo que se propone en el actual trámite de la reforma a la salud.

48 Esta posición la defiende Alfaro, Jesús. "El interés social y los deberes de lealtad de los administradores", ya citado, páginas 215 y siguientes.

49 Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 12 de junio de 2019, MP. Dra. Gloria Stella Ortiz.

50 Constitución Nacional artículo 333.

51 Por ejemplo el inciso 1º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, así como también el

Afirmar que el interés social de una sociedad es el común de los asociados es ignorar, además de la realidad normativa, la coexistencia de otros intereses que se insertan en la empresa ejercida por la sociedad, recordando que lo que llamamos empresa no es otra cosa que el objeto social que se estipula en el negocio jurídico de sociedad, lo que sugiere, por tanto, un límite importante a la autonomía privada.

Ante esta pluralidad de intereses es claro que el conflicto entre ellos es posible y muchas veces corriente, sin que dicha realidad sea tan peligrosa como pareciera ser en principio, esto por cuanto, como se señaló, la unidad de propósito y dirección es una facultad, si se quiere un derecho, de la cabeza de grupo para determinar y actuar un interés del grupo que sirve de punto de equilibrio o catalizador entre los intereses inmersos en la empresa de grupo.⁵²

Lo que es cierto es que en nuestro sistema de derecho societario, la unidad de propósito y dirección consiente a la cabeza de grupo el determinar y hacer prevalecer, con los límites impuestos en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, el interés general de la empresa de grupo, es decir el interés del grupo, sobre el interés social de sus integrantes que, por pertenecer a un grupo, integran un todo del cual forman parte, razón para afirmar que la contradicción pareciera resolverse a favor del interés de la empresa ejercida por todos sus miembros.

Pensar lo contrario equivale a descartar la existencia del interés del grupo o incluso aceptarlo, pero sin alguna consecuencia práctica, conllevando una lejanía importante entre la realidad económica y el derecho. En otros términos, la aceptación en nuestro derecho positivo del grupo empresarial como figura de organización empresarial equivale a la aceptación de la existencia de un interés de grupo que prevalece, con las limitaciones impuestas por la normativa, sobre el interés social de cada una de las sociedades que ejercen la empresa de grupo. Afirmar lo contrario llevaría al resultado absurdo de admitir el grupo al mismo tiempo que se reniega del efecto principal de su existencia.

Esa prevalencia se confirma en el hecho, incontestable en la práctica jurídica y económica, consistente en que cuando la sociedad cabeza de grupo constituye una subordinada la redacción del estatuto de esta, desde el principio, se acomoda a las exigencias del grupo, práctica que también se lleva a cabo en los eventos en los cuales se verifica la adquisición de la totalidad

artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, sin dejar de lado el numeral 6° del artículo 420 del Código de Comercio.

52 Montalenti, Paolo. "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", ya citado página 1633. En este artículo el autor transcribe la afirmación del Profesor Agostino Gambino en el sentido anotado.

de participaciones de una compañía por parte del grupo,⁵³ lo que supone el ingreso de la primera a la estructura grupal. En estos eventos será difícil la verificación de un conflicto entre el interés del grupo y el social de la nueva sociedad o el de la que fue objeto de la adquisición, quedando por lo tanto pendiente casi que exclusivamente la protección de los terceros, esto es los acreedores sociales y en general los *stakeholders*.

En los eventos en los cuales existen accionistas externos la solución no será negar la prevalencia del interés del grupo sobre el interés social de sus integrantes, sino más bien dotar de protección a dichos accionistas, sobre todo cuando la existencia del grupo es sobrevenida o posterior a la adquisición de la calidad de accionistas minoritarios.⁵⁴

En ese orden de ideas, es decir de la existencia y prevalencia del interés del grupo sobre el interés social de sus integrantes es que surgió la tesis de las ventajas compensatorias como mecanismo para dar protección a algunos intereses que podrían resultar afectados por la existencia y funcionamiento del grupo, es decir, por el ejercicio de la unidad de propósito y dirección más allá de los límites impuestos por el ordenamiento que en el caso colombiano es el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 que señala como frontera de la dirección unitaria el "desarrollo individual del objeto social actividad" de las subordinadas y en últimas de todas las personas jurídicas que conforman el grupo empresarial.

En ese sentido, el autor y profesor italiano Paolo Montalenti, ya varias veces citado en este artículo, invoca a otros autores señalando que la noción de perjuicio, para referirse al daño que eventualmente pueda sufrir una integrante del grupo por razón del interés de este, se debe comparar con las ventajas que se obtienen por la sola pertenencia al grupo, sin dejar de lado que la estrategia del grupo puede comportar, por si sola, ventajas a sus integrantes. En otros términos, el distinguido profesor italiano señala que en cada caso deben examinarse las ventajas y desventajas de la pertenencia al grupo, pues es muy posible que pueda existir una compensación entre las mismas que lleve a la necesidad de tener que hacer un análisis más amplio del daño que se le puede causar al interés de una sociedad de un grupo de sociedades.⁵⁵

53 Entendemos que jurídicamente la adquisición se hace por una o varias de las integrantes del grupo empresarial pues éste no tiene personalidad jurídica.

54 Pierre Bezar, "La protection des actionnaires minoritaires de la société mère et des sociétés du groupe", en AA.VV., I Gruppi di società, ya citado, Vol. I, páginas 655 y siguientes. Igualmente, José Miguel Embid, "Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos", en AA.VV., I Gruppi di società, ya citado, Vol. II, pp. 1213 y siguientes.

55 Paolo Montalenti, "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", ya citado página 1638.

La teoría de las ventajas compensatorias consiste en un método para establecer la legitimidad o no de ciertas operaciones del grupo empresarial que causan un perjuicio o generan una desventaja a una o varias de las integrantes del grupo,⁵⁶ resaltando que se trata de un procedimiento de carácter económico empresarial y no solamente cuantitativo que se debe hacer teniendo en cuenta el momento en el cual se tomó la decisión del grupo y no el de la decisión judicial o administrativa que la cuestiona. Montalenti manifiesta que la valoración no se debe limitar al resultado económico concreto en cabeza de la respectiva compañía sino teniendo en cuenta el resultado general que se esperaba respecto de la empresa de grupo.⁵⁷

Esta existe para determinar si una decisión tomada en interés del grupo está por fuera del interés social de las sociedades del grupo involucradas en la misma, teniendo en cuenta lo afirmado en el sentido de que la unidad de propósito es precisamente la facultad que tiene la cabeza de grupo de fijar o determinar el interés del grupo y, con él, el de sus integrantes. En otros términos, en cada caso debe examinarse si la instrucción impartida por la matriz en ejercicio de la unidad de propósito y dirección excede el interés del grupo vulnerando los límites impuestos por el ya varias veces citado artículo 28 de la Ley 222 de 1995, motivo por el cual el análisis debe efectuarse en términos de la coherencia y racionalidad de la directriz en la perspectiva del interés del grupo, teniendo como punto de partida el criterio de que en la realidad es el interés individual de las compañías del grupo (determinado por la misma matriz en la mayoría de ocasiones) el que debe ser armónico con el interés de la empresa grupal.

Se tiene entonces que la unidad de propósito, consistente en la facultad – deber de la cabeza de grupo de imponer unos objetivos a las sociedades que conforman el grupo empresarial, no siendo otra cosa que la combinación del interés social individual con el interés o el objetivo del conjunto, es decir del grupo, facilita aceptar la legitimidad de las directrices impartidas desde el vértice incluso cuando generan desventajas, esto por cuanto el interés de las diferentes unidades está construido en función del interés grupal. En el ejercicio de la unidad de dirección la cabeza de grupo deberá respetar los concretos límites impuestos por el derecho en el sentido de que las directrices no conlleven la vulneración del mismo interés del grupo por medio de la

56 Gustavo Minervini, "La capogruppo e il governo del gruppo", en AA.VV., *I gruppi di società*, ya citado, Vol. II, páginas 1565 y siguientes. Este autor manifiesta que el daño causado por las directivas de grupo al interés de una integrante del mismo no equivale necesariamente al daño causado a sus acreedores y asociados externos.

57 Paolo Montalenti "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", ya citado página 1642. Este autor manifiesta en el mismo artículo en la página siguiente que la teoría de las ventajas compensatorias no es teoría de la indemnización.

afectación arbitraria del concreto interés de una o varias de sus integrantes, pues es claro que si la unidad de propósito consiste en fijar el interés social de las unidades societarias en armonía con el interés del grupo, la unidad de dirección no puede exceder o afectar en aras de un objetivo extra grupal dichos intereses que convergen precisamente en el interés del grupo.

La tesis de las ventajas compensatorias, consistente en últimas en la búsqueda de un equilibrio entre el interés del grupo y el interés social de las compañías que lo integran, se desdibuja cuando se llega a la conclusión, para el derecho colombiano, que por virtud de la unidad de propósito el interés grupal y el social de cada unidad son el mismo o, si se quiere, armónicos, de tal forma que cuando se vulnera uno se afecta al otro y viceversa. Otra será la situación en los eventos en los cuales la sociedad cabeza de grupo no ha armonizado el interés grupal y el social mediante la unidad de propósito, evento en el cual la teoría de las ventajas compensatorias encontrará una utilidad mayor.

En trabajo anterior mencionamos que el interés social de las sociedades de capitales, en particular la sociedad anónima (hoy con extensión a la sociedad por acciones simplificada), es diferente al interés de sus accionistas al extremo que podemos encontrarnos en situaciones en las que exista conflicto entre ambos intereses. Es más, se afirmó que el interés social va mucho más allá del de los accionistas en el ámbito de la sociedad anónima y por extensión de la por acciones simplificada y que por ello la persona jurídica societaria no puede desentenderse de los deberes que conlleva el ejercicio de la empresa que constituye su objeto social pues el interés social se encuentra estrechamente vinculado con la función social que el orden constitucional le adscribe a la empresa en el sistema jurídico colombiano.⁵⁸

Dicho lo anterior, es claro que el interés social de cada una de las sociedades del grupo involucra o sintetiza el interés de todos los sujetos que confluyen en los ámbitos interno y externo de la persona jurídica societaria, como los accionistas y los denominados grupos de interés o *stakeholders*. Así las cosas, la unidad de propósito, que como ya señalamos consiste en la fijación o determinación del interés social de las subordinadas por parte de la cabeza de grupo, no puede desconocer esta realidad fáctica y jurídica vinculada al empresario societario, motivo por el cual la unidad de dirección, que podemos denominar como la faceta dinámica del grupo, no puede ignorar o infringir dicho principio pues, se reitera, las más de las veces en que se vulnera el interés social de una de las sociedades integrantes del grupo se afecta por contera el interés de este y viceversa.

58 Pablo Córdoba, *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, páginas 138 y siguientes.

No obstante lo anterior, en ocasiones pueden presentarse situaciones en las cuales la matriz ejerce la unidad de dirección generando una contradicción entre el interés del grupo y el interés social de una o varias sociedades que pueden resultar afectadas en dichas situaciones, evento en el cual se debe generar, de una parte, la necesidad de examinar cual es la fuente de la contradicción y, de la otra, acudir a la búsqueda de un equilibrio entre los intereses en juego, momento en el cual la teoría de las ventajas compensatorias es de enorme utilidad. En efecto, en cuanto al necesario examen de la génesis de la contradicción podremos encontrarnos ante el incumplimiento de los deberes de los administradores de la sociedad *holding* por omitir fijar el propósito de la empresa de grupo y reflejarlo en la normatividad estatutaria de todas las integrantes de la empresa grupal, lo que conllevará posiblemente reformas estatutarias por acometer; de otra parte deberán sopesarse los intereses en conflicto acudiendo a la útil teoría de las ventajas compensatorias.

Nota importante en este punto es la siguiente: el interés social de las sociedades que integran un grupo involucra el interés de los accionistas, de todos (mayorías y minorías) y de los diferentes grupos que convergen en la compañía por razón de su actividad, es decir de la empresa que ejercen, refiriéndonos por tanto a los *stakeholders*. Este factor indica por tanto que el interés del grupo también incluye, y debe hacerlo, dichos intereses, y que cuando no se hace posiblemente el interés del grupo estará haciendo prevalecer algún interés ajeno al propio.

Cuando desde el principio, es decir desde la constitución o adquisición de las subordinadas no se ha ejercido por la matriz la unidad de propósito de tal manera que el interés social de las subordinadas y de la misma matriz converjan estatutariamente en el interés de la empresa de grupo, se estará ante un conflicto que debe ser resuelto con la aplicación de la teoría de las ventajas compensatorias cuyo campo de actuación casi que quedará reducido a la hipótesis que comentamos o también cuando la matriz es mayoritaria por la adquisición del control de una subordinada en la que, luego de la respectiva operación societaria, quedaron accionistas o socios externos.

La realidad ilustra que las sociedades subordinadas en un grupo empresarial muchas veces lo son desde su nacimiento, pudiendo estar directa o indirectamente participadas por la matriz, lo que conlleva que sus estatutos sociales, desde el inicio de su vida, estén adaptados al interés del grupo. Igualmente muchas sociedades subordinadas ingresan a un grupo empresarial por la adquisición total efectuada, también directa o indirectamente, por la sociedad cabeza de grupo, eventos en los cuales no solamente se carece de asociados externos sino que estatutariamente sus estatutos son modificados para adaptarlos a la realidad del grupo empresarial al que están ingresando. En síntesis, cuando la unidad de propósito se refleja en los estatutos de todas las integrantes del grupo el conflicto de intereses, que no será tal, adquirirá una dimensión diferente pues se tratará entonces de hipótesis de eventual

choque entre el interés del grupo y el interés de *stakeholders*, es decir acreedores, consumidores, el Estado, la colectividad, el medio ambiente, etc, motivo por el cual la teoría de las ventajas compensatorias, diseñada para solucionar el conflicto entre el interés del grupo y el interés social de una o varias de sus integrantes, tendrá aplicación apenas parcial cuando no existan asociados externos.

Se tiene entonces que una es la situación en la que el interés del grupo, fruto del ejercicio de la unidad de propósito implantado en los estatutos sociales de las sociedades totalmente participadas por la matriz, choque con los grupos de interés, y otra muy diferente es aquella circunstancia en la que, ante la carencia de la unidad de dirección reflejada en el estatuto de las subordinadas, entren en conflicto el interés del grupo con el interés de cualquiera de sus integrantes, evento propicio para la aplicación de la teoría de las ventajas compensatorias que lo que pretende es justificar el sacrificio del interés de una subordinada en situaciones en que se impone el interés grupal por razones que justifican el aplazamiento del interés social.

En ese sentido se exige que el sacrificio sufrido por la integrante del grupo sea justificado por razones de peso y no por fines nimios, así como es importante una proporcionalidad entre el beneficio esperado y el sacrificio impuesto. Ahora bien, se admite también que la ventaja con la que se pretende compensar el sacrificio pueda tener carácter previo, concomitante o posterior, debiendo, según doctrina autorizada, ser verificables y no ser únicamente meras hipótesis sin concreción alguna.⁵⁹ De todas maneras es claro que el análisis debe partir de una realidad consistente en que la sociedad que asume el sacrificio forma parte de un grupo empresarial y que dicha situación constituye un ingrediente fundamental para la solución que se logre, entendiendo que más que compensación lo que en el fondo existirá a favor de la sociedad afectada es una contraprestación que, en sustancia,⁶⁰ se imputaría en abstracto al grupo y en concreto a la respectiva compañía.

2. Las ventajas compensatorias y el deber de lealtad de los administradores de las sociedades del grupo

El deber de lealtad de los administradores "exige ante todo, al igual que el deber de diligencia, que los administradores antepongan en todo momento el interés de la sociedad a su propio interés. El contenido específico del deber de lealtad consiste, en cambio, en que, como consecuencia de la obligación

59 Julia Mas-Guindal García, "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en que participa", ya citado, página 284, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2015.

60 Mónica Fuentes Naharro, Grupos de sociedades y protección de acreedores, ya citado página 162, quien prefiere hablar de contraprestación y no de compensación.

de los administradores de perseguir en el desempeño del cargo exclusivamente la satisfacción del interés social, deben abstenerse de obtener cualquier beneficio personal a expensas de la sociedad.⁶¹

En el derecho nacional la Superintendencia de Sociedades señala que el deber de lealtad es "el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la sociedad, para lo cual debe evitar que en situaciones en las que se presente conflicto de intereses, dicho administrador se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus asociados. Al respecto el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 consagra el deber de lealtad y expresa que las actuaciones de los administradores deben adelantarse en interés de la sociedad y de forma expresa señala el legislador que se debe considerar el interés de los asociados, de manera que resulta claro que, si los intereses de los asociados se apartan de los fines de la sociedad, deben prevalecer los intereses de esta última".⁶²

En el derecho positivo nacional es claro que los administradores deben hacer primar el interés de la sociedad que gestionan, pues así lo dispone el inciso 1º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, debiendo hacer prevalecer ese interés social incluso sobre el de los asociados, lo cual incluye a la sociedad matriz socia o accionista en el ámbito del grupo empresarial.

La previsión legal que se acaba de mencionar conlleva plantear su incidencia en el grupo empresarial toda vez que, a primera vista, la normativa sería clara en el sentido de que en tratándose de una sociedad comercial integrante de un grupo los administradores deberán velar exclusivamente por el interés de la sociedad que administran, por lo que la consideración de un interés grupal o de otra sociedad diferente pero miembro del grupo estaría vedada para los administradores.

61 José Oriol Llebot Majo, *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*. Madrid, Civitas, 1996, páginas 91 y siguientes. Del mismo autor "Los deberes y la responsabilidad de los administradores", en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Ángel Rojo – Beltrán Emilio (Dir), Valencia, Tirant lo blanch, 2011, páginas 27 y siguientes. También puede verse José Luis Díaz, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Navarra, Thomson – Aranzadi, 2006, páginas 156 y siguientes. En el derecho español es importante tener en cuenta que en 2014 con la Ley 31 se introdujo una reforma a la ley de sociedades de capital y particularmente al artículo 227 de la misma. En el derecho inglés puede verse Paul Davies, *Introduction to Company Law*, ya citado, páginas 179 y siguientes.

62 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica numeral 5.2.2. En el ámbito Jurisprudencial destaca Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia de julio 7 de 2021, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo. Igualmente resalta la Jurisprudencia emanada de la Superintendencia de Sociedades de fecha 23 de octubre de 2020 en el proceso No. 2019-800-00112. En doctrina Francisco Reyes, *Derecho Societario*, Bogotá, Temis, T.I., 2002, página 449; Pablo Córdoba, *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima*, ya citado, páginas 610 y siguientes.

Una interpretación literal del inciso 1° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 conllevaría la eliminación en la práctica de los beneficios del grupo empresarial para afrontar los retos propios de la actividad empresarial, por lo que es pertinente decir que cuando la unidad de propósito tiene un respaldo estatutario muchas de las dificultades que plantea el citado precepto desaparecen. Y es que el interés social de las sociedades del grupo tiene un cariz diferente porque incorpora la necesidad de hacer eficiente a la empresa de grupo en la medida de que cada sociedad tiene un papel dentro de la misma por tratarse, en sustancia, de una misma empresa ejercida por varias compañías bajo la dirección de la matriz, lo que supone que los asociados externos, acreedores, trabajadores, etc deben ser protegidos pero entendiendo que sus intereses se vinculan en últimas a una empresa ejercida por varias sociedades comerciales.

Los administradores de las compañías del grupo, incluida la matriz, están legitimados, entre otras razones por sus deberes que incorporan la obligación de acatar la unidad de dirección, para aplazar el interés social de la respectiva compañía en beneficio del interés del grupo, siempre en el entendido de que existirá una contraprestación, es decir compensación, por dicho sacrificio, sin que la inmediatez sea un requisito esencial para actuar de dicha manera. Y es que la obediencia de los administradores de las subordinadas frente a una operación impuesta por la unidad de dirección que viene desde la matriz hace parte de los deberes de los primeros, entre otras cosas por lo señalado anteriormente en el sentido de que el interés social de una subordinada está normalmente atado, cuando se ha ejercido adecuadamente la unidad de propósito, al interés del grupo, motivo por el cual el conflicto podría ser solamente aparente.

Los administradores de las sociedades del grupo frente al deber de lealtad estarían habilitados a posponer el interés social de la compañía que administran en beneficio de un interés más importante y prevalente como es el del grupo, entendiendo que la unidad societaria correspondiente tiene una expectativa cierta y racional dentro del mundo de los negocios de recibir una contraprestación, beneficio o compensación por lo actuado en beneficio del interés del grupo que constituye, en sustancia, la empresa que ejerce y de la cual forma parte y en cuya función está planteado su propio interés social.

El inciso 1° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 debe ser aplicado en armonía con el artículo 28 de la misma ley, pues se trata de dos (2) preceptos que, en existencia de un grupo empresarial, deben ser interpretados y aplicados de manera coherente. En efecto, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 no solamente consagra como legítima la unidad de propósito y dirección, es decir la hetero dirección de una sociedad por otro sujeto que es la matriz y controlante, sino que conlleva para los administradores de las distintas unidades tomar nota de dicha legitimidad consistente en el derecho de la cabeza de grupo de imponer unos objetivos, en últimas fijar el interés social

de las destinatarias de dicho poder, y de efectuar una dirección unitaria para la consecución de los fines fijados, con la sola limitación de respetar el "desarrollo individual del objeto social o actividad" de las sociedades integrantes de la empresa de grupo.

En ese orden de ideas, cuando el administrador de la sociedad matriz ejerce la unidad de propósito y dirección está ejecutando una conducta por él debida, ocurriendo lo mismo respecto de los administradores de las subordinadas en el sentido de que su obediencia a la unidad de dirección emana precisamente del interés social de las compañías que gestionan en la medida de que dicho interés ha sido fijado por la matriz por virtud de la unidad de propósito.

Finalmente, la unidad de dirección, entendida como la facultad o derecho de fijar, determinar o influir el interés social de las compañías del grupo está sujeta, dentro de la autonomía de la voluntad, a las cargas propias de la misma, en particular la de legalidad en el sentido de respetar los límites impuestos por el ordenamiento general y en particular los señalados en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Se tiene entonces que cuando los administradores de las subordinadas acatan una directriz de la matriz, impartida dentro de los cánones exigidos por el ordenamiento, deberán actuar incluso afectando el interés de la compañía que administran pues de esa forma estarán respetando el interés social de la misma armónico, por demás, con el interés de la empresa de grupo a la que se encuentra integrada la unidad societaria que gestionan, siendo dicha conducta lícita y por ende no violatoria del deber de lealtad que deben honrar. Otra será la situación que plantea la posible vulneración de los derechos de grupos de interés afectados indebidamente por esa actuación, tal como sucede con los accionistas o socios externos en las sociedades no participadas totalmente o parcialmente por la matriz y, claro está, con los grupos de interés como los acreedores, trabajadores y terceros en general, sin dejar de lado a la colectividad.

B. DE LOS EFECTOS DE LA UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN FRENTE A ALGUNOS INTERESES

Se reitera que la unidad de propósito y dirección es una facultad legítima, si se quiere un derecho, que consiste en la gobernanza de las subordinadas por parte de la cabeza de grupo, esto con independencia del tipo de grupo frente al cual nos encontremos.⁶³ Se trata, en últimas, de un reflejo de la influencia de la unidad económica sobre la autonomía jurídica de las subordinadas,

63 Una explicación breve y sucinta los tipos o clases de grupos de sociedades se encuentra en Angela María Ballesteros, *La responsabilidad de la sociedad demandante en los grupos internacionales de sociedades*. Navarra, Civitas – Thomson Reuters Priview, 2018, páginas 38 y siguientes.

esto dentro de la ambivalencia existente e inmanente a la empresa de grupo consistente en unidad económica y pluralidad jurídica.

Entonces el ejercicio de la unidad de propósito y dirección, a pesar de su legitimidad por su admisión en el ordenamiento jurídico y por su carácter esencialmente dinámico en la medida que su existencia se constata únicamente por su ejercicio, es o puede ser una fuente de responsabilidad, pues en sustancia nos encontramos ante un derecho o facultad – deber.

Cuando existe grupo empresarial surge necesariamente la idea de la responsabilidad de la matriz por el ejercicio de la unidad de propósito y dirección, pues es indiscutible que dicho ejercicio no solamente genera riesgo o exposición de intereses que el ordenamiento considera deben ser tutelados, sino que también puede producir afectaciones ciertas o concretas que, cuando son injustificadas, constituyen supuestos generadores de responsabilidad de la matriz hacia los afectados que pueden ser, entre otros, los accionistas externos de las sociedades del grupo, las mismas compañías subordinadas y terceros, como por ejemplo los acreedores de las compañías que conforman el grupo. No pueden dejarse de lado intereses radicados en sujetos que adolecen de una vinculación de índole contractual con las integrantes de la empresa de grupo, esto en la perspectiva de la responsabilidad extracontractual.

Esa idea de responsabilidad de la matriz no debe llevarnos a concebir o admitir la idea que lleve a la derogación del principio de responsabilidad limitada que el derecho societario, particularmente en las sociedades por acciones y en general de capital, proporciona o suministra a favor de los accionistas. El grupo empresarial no es un supuesto de hecho que suponga la eliminación automática o presunta del beneficio de responsabilidad limitada a favor de los asociados en los tipos societarios que entregan dicho beneficio.⁶⁴ Se reitera que si bien el grupo empresarial supone o genera exposición de intereses que el ordenamiento jurídico debe proteger, no puede concebirse a la empresa de grupo como una figura de peligro.

Es claro que la responsabilidad de la cabeza de grupo puede generarse frente a la afectación de los derechos de sujetos que tienen alguna relación de naturaleza contractual con cualquiera de las integrantes de la empresa de grupo, como sucede con los trabajadores, consumidores y los acreedores de las compañías, o por vía extracontractual frente a sujetos que sin mediar una relación contractual resultan afectados por virtud del ejercicio de la unidad de propósito y dirección, tal como sucede por ejemplo cuando se afecta al medio ambiente por el actuar de una de las compañías integrantes del grupo,

64 Frank Easterbrook y Daniel Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge – London, Harvard University Press, 1991, páginas 51 y siguientes. Igualmente Hansmann, Henry – Kraakman, Reinier. "What is Corporate Law?", en AA.VV. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2003, páginas 8 y siguientes.

o cuando con bienes de cualquiera de sus integrantes se afectan derechos de terceros, como acontece con daños causados con bienes o por personas que actúan en interés del grupo empresarial.

En principio cabe decir que en el ordenamiento nacional el grupo, precisamente por la acogida de la naturaleza inmanente a éste, amplifica o maximiza tanto la personalidad jurídica como el régimen de responsabilidad limitada que tienen los asociados en las compañías de capitales, tales como la sociedad anónima, la sociedad por acciones simplificada y, en menor medida, la sociedad de responsabilidad limitada. Cada persona jurídica integrante de la empresa de grupo responde por sus propias obligaciones pues las fuentes de éstas se radican exclusivamente y en principio en su propio patrimonio, pues el efecto principal de la personificación jurídica, contenido en los artículos 98 y 2° de la Ley 1258 de 2008 es la separación o división de los patrimonios de los asociados y de la sociedad. En ese sentido, figuras como la desestimación de la personalidad jurídica deben preverse y aplicarse en casos límite y por ello no deben aplicarse como medida general de respuesta automática a la existencia del grupo empresarial.⁶⁵

De otra parte y respecto del régimen de responsabilidad limitada, encontramos que en el grupo empresarial, en clave con la personificación jurídica de la sociedad a la que se hizo referencia en el párrafo anterior, el asociado en cada compañía responderá en los límites que señale el respectivo tipo societario que normalmente limita la responsabilidad en proporción al compromiso relacionado con los aportes.⁶⁶

Esta combinación de la personificación jurídica con la responsabilidad limitada blinda considerablemente a la matriz o cabeza de grupo cuando ostenta la condición de asociada, directa o indirecta, de las subordinadas, además de proporcionar a los socios o accionistas externos la misma protección, lo que supone un beneficio importante para éstos últimos que no estarían expuestos frente a reclamaciones provenientes de sujetos que por vía contractual o extracontractual pretendieran perseguir el patrimonio de los asociados insertos en las compañías que conforman un grupo empresarial. Es importante hacer una consideración: cuando la *holding* tiene en su seno accionistas externos y se concreta la responsabilidad de aquélla por el ejercicio de la unidad de propósito y dirección dichos accionistas pueden resultar afectados por el efecto que en el patrimonio de la matriz tiene la asunción de responsabilidad en casos concretos.

65 Superintendencia de Sociedades, Sentencia de fecha junio 22 de 2022 en el proceso No. 2021-800-00457. Es esta providencia la Superintendencia reitera su manifestación en el sentido de que la desestimación de la personalidad jurídica es de aplicación excepcional y exige una elevada carga probatoria.

66 Código de Comercio artículos 353 y 373 para la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima, respectivamente; y artículo 1° de la Ley 1258 de 2008 con referencia a la sociedad por acciones simplificada.

Se resalta también el numeral 3° del artículo 261 del Código de Comercio que consagra el control contractual o externo, tipo de subordinación que no requiere de la participación de la matriz en el capital de la subordinada y que en conjunción con la dirección unitaria generaría un grupo empresarial. En estos eventos, que podríamos denominar grupo por coordinación, la matriz o cabeza de grupo no accionista no goza de la limitación de la responsabilidad por carecer del *status soci*, por lo que su defensa, frente a hipotéticas acciones de responsabilidad se fundamentará exclusivamente en la diferente personalidad jurídica de las sociedades del grupo respecto de la propia, lo que conlleva que cualquier reclamación de los accionistas de las compañías del grupo, de sus acreedores, consumidores, trabajadores, afectados por daños, etc, deba ser resuelta en el ámbito de lo extracontractual ya que la desestimación de la personalidad jurídica, tal como está prevista en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 busca hacer responsable a los asociados, que no es la matriz en esta hipótesis, y a los administradores envueltos en los actos defraudatorios o perjudiciales. Queda, eso sí por vía general, la aplicación del levantamiento del velo corporativo en probable verificación del principio o figura del abuso del derecho.

Con independencia de lo mencionado en párrafos anteriores, en materia de responsabilidad de la cabeza de grupo el punto de partida es la existencia legítima de la unidad de propósito y dirección que consiste, como ya se ha dicho varias veces, en la facultad señalada en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Así las cosas y en contra de opiniones autorizadas,⁶⁷ los administradores de las sociedades subordinadas están sometidos, jurídica y fácticamente, a las directivas impartidas desde la cabeza de grupo en ejercicio de la dirección unitaria. Pues bien, cuando las directrices se enmarcan en los límites impuestos por la norma citada, habrá de tenerse en cuenta ese factor al momento de analizar la responsabilidad de la matriz, más aún cuando los afectados conocían de la situación con anterioridad y aceptaron la asunción de una relación, situación en la cual el deber de inscribir el grupo empresarial juega un rol fundamental.

En otros términos, cuando un accionista externo aceptó su vinculación a una de las sociedades del grupo, conociendo del mismo por la información que arroja el registro mercantil, o un tercero se vincula contractualmente con cualquiera de las integrantes del grupo mediando su información sobre la existencia de un grupo empresarial, no podrían alegar responsabilidad por daños sufridos con ocasión del grupo cuando la matriz ha ejercido la unidad de propósito y dirección de conformidad con la disciplina legal, más aún cuando los estatutos de la sociedad participada reflejan claramente una

67 Mario Bussoletti, "Gruppi e responsabilità ad direzione unitaria", en *L'attività gestoria nelle società di capital. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto*, a cura di Sarcina, A – García, J. Bari, 2010, pp. 227 y siguientes.

concordia entre el interés social de la respectiva compañía y el denominado y ya tratado en esta sede interés del grupo. Otra será la situación cuando la inscripción del grupo en el registro mercantil brilla por su ausencia o es extemporánea, pues en esta hipótesis dicha omisión es por sí sola una violación a los deberes que impone la unidad de propósito y dirección.

No debe olvidarse que los administradores y accionistas de las sociedades deben hacer prevalecer en el ejercicio de sus derechos y deberes el interés social que entendemos como el de la persona jurídica societaria, lo que llevado al escenario del grupo en el que los estatutos de las sociedades dirigidas por la matriz hace que los administradores y accionistas de las mismas no solamente deban acatar las directrices emitidas con ocasión de la unidad de propósito y dirección por razones jerárquicas propias de la empresa sino también porque se trata del cumplimiento de un deber jurídico. Cuando el interés social de las subordinadas está diseñado y consagrado por la matriz en los estatutos de las subordinadas teniendo en cuenta el denominado interés del grupo, las directrices compatibles con ese interés deben ser obedecidas y por lo tanto no serán generadoras de responsabilidad, salvo que las mismas ingresen al terreno del abuso, evento en el cual la sociedad cabeza de grupo respondería por afectar el valor de la subordinada y con ello de las participaciones de los accionistas externos generando las más de las veces la pérdida de la capacidad de dichas participaciones frente a la generación de rentabilidad.

En el análisis de la responsabilidad de la matriz entra en juego la ya mencionada tesis de las ventajas compensatorias, esto es, que cuando la directriz impartida le causa un perjuicio a una de las compañías del grupo pero se obtiene, a su vez, un resultado benéfico para la empresa de grupo que compensa el sacrificio asumido por la respectiva unidad societaria, el daño tiende a desaparecer, opinando que la carga de la prueba en esta materia la tendría quien invoca la ventaja compensatoria en cada caso.

En fin, es claro de todas maneras que la dirección unitaria expone intereses que el ordenamiento no puede confiar en su protección exclusivamente a la teoría de las ventajas compensatorias, razón por la cual conviene hacer referencia a la conducta que debe seguir la cabeza de grupo frente a los accionistas externos y los acreedores vinculados con las compañías integrantes del grupo empresarial.

1. De los asociados externos

Se entiende que se trata asociados que ostentan la condición de minorías en la toma de decisiones de las compañías que integran el grupo empresarial, esto con independencia de que tengan o no una relación contractual – societaria con la matriz habida cuenta de que ésta puede o no tener la condición de asociado en las diferentes subordinadas en razón de la tipología de grupo

de que se trate, en especial referencia a situaciones en las cuales el control o subordinación, como elemento para la configuración del grupo empresarial, se funda en un contrato en los términos del numeral 3° del artículo 261 del Código de Comercio reformado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995. Por lo dicho, es claro también que lo que diremos en este numeral no se aplicará a las sociedades totalmente participadas por la matriz o cabeza de grupo, pues en el seno de las mismas no existen socios o accionistas minoritarios.

Habiendo hecho esta aclaración, se tiene que la matriz o cabeza de grupo debe ejercer la unidad de propósito y dirección atendiendo plenamente los límites impuestos a la misma en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 y en general a la autonomía privada en cuanto a que la dirección unitaria es, en últimas, una disposición de intereses. Es claro por tanto que la fijación del propósito y la ejecución de la dirección de la empresa de grupo deben tener presentes los intereses de los asociados externos y de los acreedores de las distintas unidades.

Sin duda la protección de los asociados externos es uno de los principales temas que debe ser abordado en materia del grupo empresarial, esto por cuanto la capacidad aquellos de incidir en el gobierno de la compañía sometida a la dirección unitaria prácticamente no existe, esto por originarse el poder en un sujeto externo, normalmente societario, que tiene la condición de matriz. En virtud de la unidad de propósito y dirección la sociedad cabeza de grupo, en la que no participan los minoritarios de las subordinadas, por intermedio de los administradores por ella designados puede imponer operaciones desfavorables para los asociados externos, o determinar y ejecutar políticas desfavorables en materia de utilidades y en general configurar un interés de grupo que les es desfavorable.⁶⁸

Los asociados externos pueden encontrarse en situaciones en las cuales su propio interés choca con el interés del grupo, teniendo el derecho la posibilidad de acoger una alternativa consistente en preferir el interés grupal sobre el del accionista o socio externo o, también, preferir el interés del segundo con el argumento de que éste no tiene un motivo válido para sacrificarse en beneficio del interés de otro.⁶⁹ En este punto consideramos que la mejor solución será la que se adopte en el caso concreto, teniendo en cuenta aspectos relacionados con la temporalidad en el ingreso del asociado externo a la sociedad, pues el análisis podría variar teniendo en cuenta si la conformación del grupo le fue informada o no, si ya existía al momento de ingresar a la respectiva compañía o por el contrario fue sobreviniente, etc.

68 Pierre Bezar, "La protection des actionnaires minoritaires de la société mère et des sociétés du groupe", en AA.VV., ya citado, página 655.

69 Ya se mencionó la Sentencia de 11 de diciembre de 2015 del Tribunal Supremo de España en el sentido de acoger la segunda alternativa. Sobre la misma puede verse Mas – , Julia Guindal, "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en que participa", ya citado, página 288.

El grupo empresarial es un escenario que implica, en el seno de grupos por subordinación de capital, la recuperación del poder por parte de los accionistas frente a los administradores en sociedades de gran dimensión con accionariado difuso, situación que pocas veces se verifica en el ámbito colombiano en el cual, por el contrario, el accionista es muy participativo, incluso en ocasiones teniendo la condición de administrador de derecho.

Por esa razón podemos señalar que nuestro ordenamiento societario, en especial la Ley 222 de 1995, estableció una perspectiva protectora en esta materia, buscando dotar a los asociados externos en las situaciones de control y de grupo empresarial de mecanismos de defensa de sus derechos, sin que se llegue a soluciones, que brillan por su ausencia, consistentes en el derecho de retiro cuando la conformación del grupo es sobreviniente para el asociado externo en una subordinada o la alternativa de una compensación económica ante su decisión de permanecer en la estructura grupal una vez conoce de su existencia, tal como sucede en estados que han emitido normas sobre el grupo.⁷⁰

En nuestro sistema jurídico se puede señalar que las protecciones parten en gran medida de dotar al asociado externo de información relevante en lo que concierne a los efectos del grupo en la órbita de los asociados externos, como puede deducirse del informe especial contenido en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, norma que desde su vigencia no ha sido estudiada suficientemente y que debería haber sido desarrollada en temas muy relacionados con el derecho de información, y por ende de inspección, de los asociados, para citar solamente un ejemplo.⁷¹ Así mismo otra protección importante se encuentra en el artículo 30 de la citada ley, referido a la obligatoriedad de inscribir el grupo empresarial en el registro mercantil de todas las personas integrantes del grupo, precepto que no solamente protege a los asociados externos sino al tráfico mercantil en general incluyendo a los acreedores sociales.⁷²

No puede dejarse de lado la obligación de consolidación contenida en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995,⁷³ regla que es poco clara ya que, en primer lugar, pareciera proteger más a los asociados de la cabeza de grupo toda vez que es ella la que tiene dicha obligación de consolidación y la norma

70 José Miguel Embid Irujo, *La ordenación jurídica de los grupos de sociedades: del interés del grupo a la tutela de los socios externos*, ya citado, páginas 35 y siguientes.

71 Se destaca sobre el informe especial Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica numeral 7.12. vale la pena destacar que en materia de informe especial el artículo 29 de la Ley 222 de 1995 le confiere la competencia a la Superintendencia de solicitar el informe y verificar su veracidad.

72 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica numerales 7.7. y siguientes. Debe destacarse que se trata de una obligación radicada en la matriz, con independencia de su nacionalidad, y no en cabeza de las subordinadas.

73 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, numeral 7.14., en el cual claramente se deja ver que se trata de una obligación de la cabeza de grupo o matriz.

no señala que los estados financieros consolidados deban socializarse en el seno de las subordinadas. Otra protección que merece la pena ser mencionada es la prevista en el artículo 265 del Código de Comercio referida a la comprobación de operaciones, entendiendo de todas maneras que la norma en mención le confiere es una competencia al Estado para hacer verificaciones sobre la realidad y las condiciones de operaciones entre vinculadas, competencia que de alguna manera protege de forma importante a los asociados externos y acreedores de las compañías del grupo que, para iniciar la respectiva actuación administrativa, deberán acudir a la respectiva entidad de supervisión que también podrá obrar de oficio.⁷⁴

Se concluye que la perspectiva preferida en el ordenamiento colombiano es la protectora, sin que se lleguen a prever soluciones más sustanciales como por ejemplo el derecho de retiro cuando el grupo se conforma de manera sobrevenida, supuesto fáctico que incluso es más determinante que las causales actuales de derecho de receso previstas en nuestro sistema societario. Otra posibilidad que brilla por su ausencia, también prevalentemente cuando la conformación del grupo es posterior a la vinculación del asociado externo a la respectiva compañía, es la de una compensación económica consistente en permuta de acciones, o en prestaciones que garanticen la percepción de dividendos en las mismas condiciones existentes antes de la conformación del grupo, etc. Indudablemente una reforma legal sobre el grupo empresarial deberá ocuparse de estos temas que surgen como un efecto de la unidad de propósito y dirección.

2. De los acreedores de las sociedades del grupo

Es indudable que los acreedores de las sociedades que integran un grupo empresarial pueden verse expuestos en la medida que su vinculación es con la respectiva persona jurídica que, frente a ellos, es autónoma y confiere la limitación de la responsabilidad de sus asociados en el ámbito del respectivo tipo societario. Es frecuente que la sociedad matriz acuda a la financiación de las filiales y subsidiarias evitando efectuar aportaciones al capital de dichas compañías, lo que expone indudablemente a los titulares de las obligaciones que se contraigan de esa manera.⁷⁵

En efecto y con referencia a las sociedades subordinadas, se tiene que sus órganos, en especial el de administración, se encuentran sometidos a la unidad de propósito y dirección que se ejerce normalmente desde el órgano de administración de la matriz o cabeza de grupo que termina convertido, en los hechos y de hecho, en el máximo órgano de la sociedad subordinada.

74 Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica, numeral 7.11.

75 Giuseppe Guizzi, "Participaciones cualificadas y grupos de sociedades", ya citado, página 436 y siguientes.

En la perspectiva de la sociedad subordinada se tiene que esta se encuentra sometida al interés del grupo con independencia de que este se encuentre reflejado en los estatutos de la filial o subsidiaria, conllevando que su gobierno real se radique por fuera de su estructura orgánica.⁷⁶

Pero no son solamente los acreedores de las sociedades subordinadas quienes se exponen: en no pocas ocasiones los acreedores de la matriz podrían resultar afectados cuando con ocasión del ejercicio negligente de la unidad de propósito y dirección el valor de las participaciones de su deudora en sus subordinadas, que forman parte de la prenda general de las acreencias, se demerita. Otra situación que expone a los acreedores de la matriz es sin duda cuando esta asume o avala obligaciones de las subordinadas, situación no poco frecuente en la vida de la empresa de grupo.

Consideramos que en materia de protección de acreedores normas especiales juegan un rol importante, como por ejemplo el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006,⁷⁷ precepto que plantea una defensa de los acreedores de la subordinada que se encuentra en proceso de reorganización y particularmente de liquidación judicial. Otro tanto sucede en materia tributaria con la normativa sobre el abuso en materia tributaria, particularmente el artículo 869 del Estatuto y con otras normas especiales referidas a diferentes sectores.

No obstante lo anterior, el ordenamiento provee soluciones más generales como el régimen de responsabilidad extracontractual, esto es cuando el ejercicio de la dirección unitaria causa o produce un daño consistente en la detrimento de la prenda general de los acreedores. Igualmente, el instituto de la desestimación de la personalidad jurídica, que merece estudio aparte, cuando las sociedades del grupo se crean o utilizan en fraude a la ley o en perjuicio de terceros y en general del levantamiento del velo corporativo, herramienta que indudablemente debe tener un criterio de aplicación extrema y residual.⁷⁸

Al final se tiene que existen normas que protegen a los acreedores de las sociedades del grupo empresarial, con especial énfasis en los titulares

76 Sobre este punto puede verse Mónica Fuentes Naharro, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, ya citado, páginas 78 y siguientes.

77 Se considera que este no es un caso de desestimación de la personalidad jurídica ni en general de levantamiento del velo corporativo, sino más bien una responsabilidad subsidiaria que no elimina ni relativiza la separación de patrimonios que genera la personificación jurídica de la sociedad comercial.

78 En nuestro sistema cada vez más este tema de la desestimación de la personalidad jurídica adquiere mayor relevancia, probablemente a raíz de hechos de público conocimiento. No obstante ello, es preciso tener presente literatura clásica que se relaciona con esta materia que en general se conoce como el levantamiento del velo corporativo para que el argumento se aborde por el Legislador y los jueces con la medida que merece. Puede verse el clásico de Rolf Serick Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de José Puig Brutau, Santiago, Ediciones Olejnik, 2020.

de acreencias frente a las subordinadas. Se resalta eso si que varias de las protecciones que se mencionaron a favor de los asociados externos tienen aplicación para los acreedores, como sucede con la obligación de inscribir el grupo empresarial, la comprobación de operaciones, la consolidación de estados financieros y, adicionalmente, la prohibición de imbricación contenida en el artículo 262 del Código de Comercio.

Finalmente frente a este asunto de la protección de los acreedores: consideramos que una situación es la del acreedor que se relaciona con el grupo que no ha cumplido con su obligación de inscribir su existencia en el registro mercantil y otra la del acreedor consciente de ello, pues en el primer caso la matriz estará incumpliendo un precepto de obligatorio cumplimiento que le hubiera suministrado al acreedor una información relevante al momento de tomar su decisión; mientras que en el segundo caso nos encontramos ante sujetos que conocieron o debieron saber que se estaban relacionado con una compañía de un grupo empresarial, normalmente subordinada, que en su gobierno está sometida a un tercer sujeto (la matriz), diferente, con el cual no se ha establecido vínculo alguno.

Mención especial merece la protección de los acreedores que se relacionaron con una sociedad isla que posteriormente podría pasar a ser subordinada en un grupo empresarial, situación frente a la cual el acreedor podrá protegerse contractualmente al momento de tomar su decisión.

3. LA CABEZA DE GRUPO Y EL ADMINISTRADOR DE HECHO

Como bien sabemos, nuestro ordenamiento societario contiene un régimen de deberes y responsabilidad de los administradores que es aplicable a las personas naturales y jurídicas que tienen esa calidad, esto de conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.⁷⁹ Este régimen, en pocas palabras, consiste en la acción social de responsabilidad para tramitar la reclamación de la sociedad hacia el administrador y, en segundo lugar, la acción individual referida a las pretensiones que asociados y terceros tengan en contra de los administradores. Ha señalado nuestra Corte Suprema que las acciones de asociados y terceros en contra de los administradores se resuelven en el ámbito de lo extracontractual, debiéndose acreditar los requisitos que dicho tipo de responsabilidad exige en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.⁸⁰

79 Fundamentalmente los artículos 22 y siguientes de la Ley 222 de 1995 en concordancia con los artículos 196 y siguientes del Código de Comercio.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de febrero 19 de 1999, M.P. Carlos Esteban Jaramillo S. Igualmente la sentencia de diciembre de agosto 8 de 2013 M.P. Ruth Marina Díaz.

Teniendo en cuenta la descripción muy general que se hizo en el párrafo anterior, entra en el debate la opinión sobre la aptitud de las reglas societarias mencionadas en la perspectiva del grupo empresarial, no solamente para ver la viabilidad de hacer responder a los administradores de la sociedad cabeza de grupo sino, y esto es lo más importante, examinar la posibilidad de considerar a dicha compañía como un administrador de hecho u oculto.

Se puede acoger la tesis según la cual administrador de hecho es la persona jurídica o natural que desempeña el cargo de administrador sin serlo formalmente, es decir sin un título que lo habilite para tal comportamiento, o aquella persona que bajo sus instrucciones actúen los administradores de una sociedad. Así las cosas, podemos afirmar que se constituye en una discusión importante la posibilidad de adjudicar a la sociedad cabeza de grupo la condición de administrador de hecho, pues frente a los administradores de derecho de la matriz consideramos que, en principio, el régimen general protege a los asociados externos y acreedores mediante las acciones individuales mencionadas en el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

Si bien la doctrina del administrador de hecho surge en el seno del derecho de sociedades referido a la sociedad isla, es claro que la misma tiene una incidencia importante en materia de grupo empresarial ya que la dirección unitaria y su ejercicio impone el análisis de la admisión de dicha figura. Doctrina autorizada señala que el administrador de hecho se verifica cuando no existe una designación formal en el cargo, se presenta el ejercicio regular y no esporádico de las funciones de administrador de derecho y se constata su autonomía frente a otros actores societarios, incluyendo en ello la facultad en la toma de decisiones estratégicas de la sociedad gestionada.⁸¹ Se tiene entonces que entran en esta categoría los administradores que ejercen el cargo con una designación que a la postre es declarada nula, los que ejercen como administrador sin haber sido designados frente al tráfico jurídico y, finalmente, cuando sin asomarse al exterior ejercen una influencia dominante sobre la sociedad.⁸²

81 José Luis Díaz, *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, ya citado, páginas 241 y siguientes.

82 El administrador de hecho merece indudablemente una publicación específica pues su difusión en el derecho de sociedades es generalizada. Puede verse por ejemplo la *Section 741.1 de la Companies Act* inglesa de 1985; en el derecho francés resalta el artículo 241.9 del *Code de Commerce* con referencia a la sociedad de responsabilidad limitada y puede decirse que desde la Ley de 1966 se instituyó, en España en 2003 mediante la Ley 26 se introdujo un artículo 133.2 en la Ley de Sociedades Anónimas para las sociedades cotizadas consagrando el administrador de hecho para luego, en la Ley de Sociedades de Capital en su artículo 236 acoger la responsabilidad del administrador de hecho. Puede verse en materia de grupos la tesis del administrador de hecho a Ángel María Ballesteros, *La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades*, ya citado páginas 71 y siguientes.

En ese orden de ideas y frente al grupo empresarial de debe indagar acerca de la posibilidad de concretar la responsabilidad de la sociedad dominante "por daños causados en la sociedad dominada por actos llevados a cabo por los administradores (de derecho)" de la matriz,⁸³ es decir y en otros términos, debe hacerse una reflexión sobre la posibilidad de considerar a una sociedad cabeza de grupo como administrador de hecho.

Indagar sobre la participación de la matriz en la gestión directa de las subordinadas sin que formalmente ostenten la calidad de administrador es introducirse en la posibilidad de un "velado" levantamiento del velo mediante la exigibilidad de los deberes y la responsabilidad de los administradores a la sociedad cabeza de grupo, especialmente en los grupos centralizados. El tema adquiere relevancia no solamente por la consecuencia práctica y la conveniencia de considerar a la matriz como administrador de hecho u oculto, especialmente en materia de inversión, sino por su antitécnica previsión expresa en el parágrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 referida a la sociedad por acciones simplificada.

En efecto, la lectura fría de la norma desaconsejaría la utilización de este tipo societario como subordinada en los grupos empresariales, sin dejar de lado la debilidad de la idea que considera que el administrador de hecho no es aplicable a los demás tipos societarios porque simplemente no está prevista, ignorando así la médula del derecho de sociedades y la posibilidad de aplicar principios o reglas generales.

En sustancia, la aplicación de la figura del administrador de hecho a la sociedad cabeza de grupo se constituiría en una herramienta de defensa de los intereses y derechos de los asociados externos y de los acreedores de las sociedades subordinadas, siendo probablemente un camino más expedito que la desestimación de la personalidad jurídica para lograr la responsabilidad de la sociedad cabeza de grupo por el ejercicio negligente o desleal de la unidad de propósito y dirección.

CONCLUSIÓN

La unidad de propósito y dirección o dirección unitaria es el elemento configurador del grupo empresarial o de sociedades que le dota de su principal esencia consistente en gestionar la ambivalencia que le es propia al grupo empresarial, es decir su unidad económica y la pluralidad jurídica.

En ese orden de ideas, la dirección unitaria es una facultad legítima que permite, de conformidad como se encuentra prevista en el sistema societario

83 Fernando Martínez Sanz, "Los administradores responsables", en *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia, Tirant lo blanch – Tratados, Rojo, Ángel – Beltrán, Emilio (Dir), 2011, páginas 79 y siguientes.

colombiano en el artículo 28 de la ley 222 de 1995, la configuración del interés de grupo como objetivo superior de la empresa así organizada, relegando el interés social de cada compañía a favor de uno superior y general que se debe imponer las más de las veces.

Indudablemente la aceptación del interés de grupo como un efecto propio y natural de la unidad de propósito y dirección permite, junto con la aplicación de las ventajas compensatorias, solucionar las posibles tensiones entre diversos intereses, teniendo en cuenta instituciones legales de viejo cuño, sin perjuicio de la necesidad de otorgar, mediante normas especiales, la protección de sujetos que por el ejercicio de la unidad de dirección puedan resultar perjudicados.

BIBLIOGRAFÍA

Alfaro, Jesús. "El interés social y los deberes de lealtad de los administradores", en Aduam, 2016, páginas 2013 y siguientes.

Ali, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, St. Paul, Minnesota, 1994

Ballesteros, Ángel María. La responsabilidad de la sociedad dominante en los grupos internacionales de sociedades. Navarra, Civitas – Thomson Reuters, 2018.

Bezard, Pierre. "La protection des actionnaires minoritaires de la société mère et des sociétés du groupe", en AA.VV., I Gruppi di società, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. 1, páginas 655 y siguientes.

Bussoletti, Mario. "Gruppi e responsabilità da direzione unitaria", en L'attività gestoria nelle società di capitali. Profili di diritto societario italiano e spagnolo a confronto, Sarcina – García (Dir), Bari, Cacucci, 2010, páginas 227 y siguientes.

Caba, Antonio. El concepto de grupo de sociedades. Valencia, Tirant lo blanch, 2019.

Código de Comercio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, Sentencia de mayo 17 de 2002.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Dra. María Eugenia Ortiz Barbosa, sentencia de 24 de mayo de 2007.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil el pronunciamiento de 24 de septiembre de 2019, C.P. Dr. Edgar González.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Dra. Nubia Margoth Peña Garzón de fecha 18 de febrero de 2021.
- Córdoba, Pablo. *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 12 de junio de 2019, MP. Dra. Gloria Stella Ortiz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de febrero 19 de 1999, M.P. Carlos Esteban Jaramillo S.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de diciembre de agosto 8 de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, M.P. Dr. Gerardo Botero Zuloaga, Sentencia de 11 de mayo de 2016.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, Sentencia de julio 7 de 2021, M.P. Dr. Álvaro Fernando García Restrepo
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz, Sentencia de 8 de junio de 2022.
- Cottino, Gastone. "Divagazione in tema di conflitto di interessi nei gruppi", en AA.VV., *I Gruppi di Società*, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, 1996. Vol. II.
- Cubillos, Camilo. "Comentarios a las sentencias de la Corte Constitucional Nos. SU-1023-01 y SU-636-03", en *Revista e-Mercatoria*, Vol. 3., No. 2, 2004.
- D'Alessandro, Floriano. "Il dilemma del conflitto d'interessi nei gruppi di società", en AA.VV., *I Gruppi di Società*, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. II, páginas 1085 y siguientes.
- Davies, Paul. *Introduction to Company Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- De Arriba Fernández, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades*. Navarra, Civitas – Thomson Reuters, 2009.
- Díaz, José Luis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Navarra, Thomson – Aranzadi, 2006.
- Easterbrook, Frank – Fischel, Daniel. *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge – London, Harvard University Press, 1991.

- Eisenberg, Melvin. "The Governance of Corporate Groups", en AA.VV., *I gruppi di società*, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. II, páginas 1187 y siguientes.
- Embid Irujo, José Miguel. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003.
- Embid Irujo, José Miguel. "La ordenación jurídica de los grupos de sociedades: del interés del grupo a la tutela de los socios externos", en *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, Emparanza Sobejano, Alberto (Dir), Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2018, páginas 17 y siguientes.
- Embid, José Miguel. "Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos", en AA.VV., *I Gruppi di società*, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. II, páginas 1213 y siguientes.
- Fernández de Araoz, Alejandro. "Grupo de empresas de base contractual y derecho de la competencia", en *Derecho de Sociedades, Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, Vol. V, páginas 5357 y siguientes.
- Forum Europeum de Derecho de Grupos, *Revista de Derecho Mercantil*, 1999.
- Fuentes Naharro, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Navarra, Thomson – Civitas, 2007.
- Fuertes, Mercedes. *Grupos públicos de sociedades*. Madrid – Barcelona – Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.
- Galgano, Francesco. *Le società per azioni. Principi generali*, (Piero Schlesinger dir). Milano, Giuffrè, 1996.
- Galgano, Francesco. *Grupo de Sociedades (Dirección y coordinación de sociedades)*, Hugo Aguirre y María de la Colina (Trad), Buenos Aires, La Ley, 2007.
- Giavazzi, Veronica – Berta, Giorgio. "Attività di direzione e coordinamento", en *I gruppi societari* (Giorgio Berta coord.), Torino, G. Giappichelli editore, 2011.
- Guizzi, Giuseppe. "Participaciones cualificadas y grupos de sociedades", en AA.VV. *Derecho Italiano de Sociedades (Manual breve)*, edición y traducción de Nuria Latorre Chiner y Vanessa Martí Moya, Valencia, Tirant lo blanch, Universidad de Valencia, Departamento de Derecho Mercantil Manuel Broseta Pont, 2008, páginas 429 y siguientes.
- Hansmann, Henry – Kraakman, Reinier. "What is Corporate Law?", en AA.VV. *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2003, páginas 8 y siguientes.

- Jaeger Pier Giusto. "Le società del grupo tra unificazione e autonomia", en AA.VV., I Gruppi di Società, en Collana della Rivista delle Società Vol. II, Milano, Giuffrè, páginas 1025 y siguientes.
- Kübler, Friedrich. Derecho de Sociedades. Michèle Klein (trad), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998.
- Llebot Majo, José Oriol. Los deberes de los administradores de la sociedad anónima. Madrid, Civitas, 1996.
- Llebot Majo, José Oriol. "Los deberes y la responsabilidad de los administradores", en AA.VV. La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, Rojo Ángel – Beltrán Emilio (Dir), Valencia, Tirant lo blanch, 2011, páginas 27 y siguientes.
- Ley 222 de 1995.
- Ley 1258 de 2008.
- Manóvil, Rafael. Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1998.
- Martínez Sanz, Fernando. "Los administradores responsables", en La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles, Valencia, Tirant lo blanch – Tratados, Rojo, Ángel – Beltrán, Emilio (Dir), 2011, páginas 79 y siguientes.
- Mas-Guindal García, Julia. "Deberes de la sociedad matriz, en su condición de accionista de las sociedades en que participa", en AA.VV. (Martínez Echevarría, Alfonso Dir) Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas, Navarra, Editorial Thomson Reuters – Aranzadi, 2019, páginas 283 y siguientes.
- Montalenti, Paolo. "Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi", en AA.VV., I gruppi di società, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, Vol. III, páginas 1629 y siguientes.
- Minervini, Gustavo. "La capogruppo e il governo del grupo", en AA.VV., I gruppi di società, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. II, páginas 1565 y siguientes.
- Notari, Mario. "Il grupo contrattuale nella disciplina antitrust", en AA.VV., I Gruppi di Società, en Collana della Rivista delle Società, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. 3, páginas 1697 y siguientes.
- Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, St. Paul, Minnesota, 1994.

Reyes, Francisco. Derecho Societario, Bogotá, Temis, 2002, T. I.

Rossi, Guido. "Il fenómeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", en *Collana della Rivista delle società: AA.VV., I gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 1996, Vol. I, páginas 17 y siguientes.

Ruiz, Juan Ignacio. El privilegio del grupo. Valencia, Tirant lo blanch, 1999.

Sánchez, Juan. "El interés social como principio orientador del gobierno corporativo", en AA.VV., *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*, Martínez – Echeverría (Dir), Navarra, Aranzadi – Thomson Reuters, 2019, páginas 39 y siguientes.

Scognamiglio, Giuliana. "Clausole Generali, principi di diritto e disciplina dei gruppi di società", en *Rivista di diritto privato*, Cacucci Editore, 2011, páginas 517 y siguientes.

Serick, Rolf. Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica. Traducción y comentarios de José Puig Brutau, Santiago, Ediciones Olejnik, 2020.

Spolidoro, Marco. "Gruppi di società e gruppi di imprese tra diritto societario e diritto della concorrenza", en AA.VV., *I gruppi di società*, en *Collana della Rivista delle Società*, Vol. III, páginas 2193 y siguientes.

Superintendencia de Sociedades, Circular Básica Jurídica.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-092994 de 13 de julio de 2015.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-234629 de 31 de octubre de 2022.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-008947 de 30 de enero de 2018.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-002926 de enero 22 de 2019.

Superintendencia de Sociedades, Sentencia No. 2021-01-213272 de 29 de mayo de 2020.

Superintendencia de Sociedades, Sentencia de 23 de octubre de 2020 en el proceso No. 2019-800-00112.

Superintendencia de Sociedades, Sentencia de fecha junio 22 de 2022 en el proceso No. 2021-800-00457.

Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-082494 de 26 de abril de 2023.

Tribunal Supremo, Sentencia de 11 de diciembre de 2015 en www.vlex.es.

Yosifon, David. *Corporate Friction. How Corporate Law Impedes American Progress and What To Do About It*. Cambridge, Cambridge University Press, 2018.