

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

**La manipulación constitucional y los errores en la reglamentación de las normas
mercantiles^{♦♦}**

Camilo Cubillos Garzón¹

Resumen

En el presente artículo el autor presenta una exposición de la controversia jurídica entorno a la actividad comercial y su profesionalismo como criterio para determinar la calidad del comerciante; asimismo señala bajo una visión crítica, una propuesta para su entendimiento junto con una completa panorámica del tema.

Palabras claves: Acto comercial, profesionalismo de la actividad comercial

Abstract

This paper aims to briefly analyze some non-typical actions that either neglected or intentionally are conducted to avoid some legal obligations under a general commercial law.

♦ Este artículo fue presentado a la revista el día 7 de Septiembre de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 24 de noviembre de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

♦ Con la colaboración del monitor del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia: **Luis Armando Herrera Romero**.

¹Abogado y especialista Derecho de los Negocios en Colombia de la Universidad Externado de Colombia. *Magister en Derecho* de la Empresa Universidad Pompeu Fabra. Doctorando en derecho de la Universidad de Valencia. Colombia. Cecubillos@yahoo.es

Key words: Commercial activity, Category of Trader

Sumario

Introducción	481
1. Generalidades de la omisión constitucional.....	482
A. Desarrollo Conceptual de una Maniobra Mimética.....	482
B. Un razonamiento calificativo por el hecho de apelar a la elusión constitucional.....	486
2. Consecuencias de una elusión constitucional alrededor de la concepción distráida del Dec. 1749/11.....	488
A. La temática de los grupos empresariales.	488
1. Referencias Jurídicas.....	488
2. Desorden en las Transformaciones Jurídicas Planteadas	495
B. El tópico de allanamiento de la personalidad.	503
Conclusiones	509

Introducción

De manera sucinta hemos de explicar que la omisión a la que nos referiremos en principio hará referencia a una serie de maniobras que inadvertida o intencionalmente se encaminan a evitar la realización de una obligación jurídica; aunque si bien es cierto igualmente puede presentarse aquella pérdida con el fin de sortear cualquier dificultad, sin embargo y por las razones económico-jurídicas que nos motivan y que se expondrán a lo largo del presente artículo, se pretende hacer de aquella primera posición una perspectiva más acorde para abordar el asunto de la elusión constitucional en lo tocante con la reglamentación de una ley comercial.

Para lograr un acertado esclarecimiento de aquella materia que en principio resultaría alejada del contexto mercantil, consideramos prudente iniciar el mismo adentrándonos de manera general en la órbita pública-constitucional, con el fin de indicar el sinnúmero de caminos existentes y poner de manifiesto la sistematización o regulación que sobre una disposición de tan elevada concreción jurídica puede generarse, como resulta ser la de los procesos concursales.

Con todo, se establece que pueden coincidir en un mismo asunto tanto el hecho de carecer de la forma ideal para reglamentar el precepto, como una errada interpretación en la materia, haciendo de aquel evento una desafortunada actividad reguladora; en este mismo orden, dos resultan ser los asuntos que conoceremos alrededor de la reglamentación en discusión.

En un primer estado de la investigación nos detendremos a vislumbrar aquellos desaciertos que en nuestra consideración existieron en una materia económica-jurídica, como es la del Régimen de Insolvencia Empresarial, cuando se abordó un asunto como el de los *conglomerados societarios*; todo ello en la medida en que a través de aquel decreto reglamentario en discusión se entró a modificar y a derogar el mismo sistema normativo expuesto en una ley en particular y que le servía de fundamento cuando se trataba el asunto del régimen de procesos concursales. En la misma medida, pero en segundo término, se ha pretendido esclarecer o dilucidar la noción vaga que se continúa presentando alrededor de la *desmaterialización de la personalidad jurídica*, observando en casi todo momento el desconocimiento de las situaciones del allanamiento, pero exaltando sin reparo los asuntos donde cabría aquella ruptura del hermetismo.

Visto todo lo anterior, demos inicio a la exposición de los resultados de nuestra investigación.

1. Generalidades de la omisión constitucional

A. Desarrollo Conceptual de una Maniobra Mimética

La omisión constitucional a la que nos referiremos en principio hará referencia a aquella serie de maniobras que inadvertida o intencionalmente se encaminan o procuran evitar las obligaciones jurídicas, aunque si bien es cierto puede igualmente presentarse aquella ausencia con el fin de sortear cualquier dificultad existente; no obstante, y por las razones económico-jurídicas que se expondrán a continuación, haremos de la primera posición exhibida una perspectiva mucho más coherente para

abordar el asunto de la *elusión constitucional*, que se presenta en la vedada reglamentación de una ley comercial.

La finalidad de la “maniobra mimética”² es que los decretos de contenido administrativo evadan el control de constitucionalidad establecido para aquellos esquemas considerados como de *reserva de ley*³, a través de sofisticadas operaciones que formalmente son jurídicamente válidas, traduciéndose entonces en un ocultamiento del que se dota a ciertos textos normativos que regulan materias sobre las que debe recaer el control de constitucionalidad. Circunstancia de la cual carece dicha reglamentación, en el entendido que se han sustraído, en la elaboración de aquellos decretos, variados sectores normativos, tornándose dicha manipulación en un “uso doloso y no altruista de la Constitución”⁴.

Para el caso en concreto, lo que resulta ser la usurpación de una garantía constitucional como es la consideración de una reserva de ley⁵, es dable hallarla en la

² M. F. QUINCHE RAMÍREZ. *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 34.

³ La *reserva de ley* es un concepto que se deriva directamente de las disposiciones constitucionales, en virtud de las cuales se faculta al legislador para la producción de ciertas materias que solo pueden ser reguladas por aquella vía legal, o, en otras palabras, un conjunto de temas que por su relevancia y naturaleza, así como por el objetivo de salvaguardar el pluralismo político y el principio democrático, solo pueden ser reguladas por esta vía. Es por ello que la Constitución Política de Colombia (C.Nal.) dispone que la única forma de que sean regulados aquellos asuntos es siempre a través de la misma ley y todo lo que ello comporta.

⁴ N. SAGÜES. *Reflexiones sobre la manipulación constitucional*, en “Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional”, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 23 (*sic*), citado por M. F. QUINCHE RAMÍREZ. Ob. cit., p. 20.

⁵ Circunscribiendo un asunto, cual resultaría ser el de la reserva de ley, a una órbita estrictamente histórica y evolutiva, es dable adentrarse en este mundo constitucional acudiendo a la obra H. SIERRA PORTO. *Concepto y tipos de Ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

medida que el Poder Ejecutivo está excediendo su potestad reglamentaria y se encuentra incurso en las funciones del Poder Legislativo, en donde se espera surtir el respectivo debate democrático para cada ley⁶.

Con todo, al ser expedidos textos normativos vía decreto reglamentario, cuyo contenido resulta ser reserva de ley, se está evitando de esta forma un control constitucional y se está convirtiendo en un control de legalidad a cargo de un órgano jurídico, como resulta ser el Consejo de Estado, transformándose aquella inspección en un cumplimiento de las “funciones notariales” frente a aquellos actos del Presidente⁷.

Es de aclarar sobre la manipulación constitucional que, además del Poder Ejecutivo emplear la potestad reglamentaria para la adopción de textos normativos evitando el trámite del control constitucional, el mismo está incurriendo en repetidas oportunidades en ciertos yerros conceptuales en el proceso de adopción de figuras

⁶ Si bien es cierto la Constitución Política de Colombia (C.Nal.) prescribe cuáles son los asuntos reservados a la ley, correspondiendo únicamente al Congreso regular el núcleo esencial de la materia normada, permite que el mismo indique, para casos excepcionales, hacer las leyes, facultando al ejecutivo para ello, así:

Artículo 150. [...] 10. *Corresponde al Congreso hacer las leyes.*

“[...] Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

10. *Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje [...]*

Estas facultades *no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos...*” (cursiva fuera de texto).

[...] Artículo 189. [...] 11. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

“[...] 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante *la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes...*” (cursiva fuera de texto).

⁷ M. F. QUINCHE RAMÍREZ. Ob. cit., p. 37.

jurídicas que, en principio, eran foráneas pero que se cristalizaron con el paso del tiempo en la percepción jurídica nacional, tal y como acontece en los casos del tratamiento pretendido para los grupos empresariales por la Ley 222 de 1995, así como los señalamientos incorporados para el evento de emplear una consolidación patrimonial o, lo que resulta ser lo mismo, al observarse una ruptura del hermetismo de la personalidad jurídica, a través de la expedición del Decreto 1479 de 2011.

A pesar de lo señalado con anterioridad, pero ejemplificando en cierta medida el asunto en cuestión, aclaramos que se debe entender que si nos enfrentamos a una manipulación constitucional, es factible considerarla desde una exclusión de la inspección, por cuanto, y como se ha indicado, el decreto reglamentario carece de aquel control legislativo del cual se encuentra provista la modificación o transformación de una ley, hasta el entendido que dos son los sujetos aptos o dispuestos a convertirse en depositarios de los resultados de aquella aplicación.

En este sentido se hallan, por una parte, los que obtienen provecho para sí mismos, como resultaría ser el asunto del Poder Ejecutivo, por cuanto en él se concentra la función asignada por la Constitución de entrar a reglamentar las leyes de contenido general, y por la otra, se hace necesario localizar el perjuicio que implicaría para los destinatarios de la norma o para el mismo actor del sector empresarial, generándose por ende cierta incertidumbre e inseguridad jurídica ya que no existiría una clara noción de lo que en definitiva sería un conglomerado de sociedades, ni sus elementos de existencia, así como tampoco resultaría claro qué tipo de responsabilidad debería existir en el tráfico comercial por el hecho de desarrollar y crecer como empresa, tanto en el ámbito nacional como en el exterior.

B.Un razonamiento calificativo por el hecho de apelar a la elusión constitucional

Con todo, mal podríamos describir un evidente tipo de elusión sin por lo menos atender a un juicio valorativo en su deducción; para ello recurriremos a los criterios esbozados por parte de la doctrina para quien en el estudio debe percibirse además:

“(…) a) La existencia de un procedimiento o maniobra, formalmente válido, mimético, aparentemente satisfactorio, que se surte para la adopción de un texto normativo. (…)”⁸

Sobreviniendo entonces con este comportamiento una omisión, en cuanto se llega a tildar de Decreto Reglamentario a una norma jurídica que en realidad se está convirtiendo en una modificación de legal, todo ello en la medida que en el orden temporal está afectando tanto a la L.222/95 así como la Ley 1116 de 2006 (L.1116/06).

Por otra parte, dentro del proceso valorativo, debe igualmente vislumbrarse:

“(…) b) La adopción de un texto normativo concreto (…) que es el producto del procedimiento, la manipulación o la maniobra adoptada. (…)”⁹

En donde y para el caso de los Decretos Reglamentarios se afirma que se expide una norma con base en la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, en donde el mismo Poder Legislativo considera que resultará susceptible de ser reglamentado por aquel en los aspectos y bajo los escenarios previamente establecidos; así entonces, mal podría la Rama Ejecutiva desbordar los límites de su poder y entrar a modificar, más no reglamentar, una Ley (L.222/95) que en principio escaparía a la

⁸ **Ibídem.** Pág.35.

⁹ **Ibídem.** Pág.36.

orden de reglamentación impartida o desbordaría los límites de la interpretación de la sistematización permitida para con la Ley (L.1116/06).

Asimismo, resulta siendo otra necesidad el hecho de entrar a fijarse en un aspecto distinto pero de obligatoria remisión, cual perfectamente resultaría ser el de:

“(...) c) Evitar el control de constitucionalidad como consecuencia de la maniobra elusiva, que permite la vigencia del texto normativo expedido sin control o con control aparente. (...)”¹⁰

En suma, por cuanto se prescinde del control constitucional, sometiendo la protección de la norma en discusión a la inspección del Consejo de Estado y evitando con ello, el control constitucional propio del Ato Tribunal de Justicia Constitucional.

Para finalizar este proceso, y de la misma forma como se ha señalado, resultaría de imperiosa necesidad:

“(...) d) La obtención de ventajas o posiciones estratégicas para el presidente, para algún órgano estatal o para un tercero, como consecuencia de la adopción del texto y de la maniobra elusiva. (...)”¹¹

Alcanzando entonces la expedición de una norma con fuerza de Ley que además de no haber sido objeto del correspondiente trámite legislativo, por no haber sido expuesta para superar el debate parlamentario, así como el impedir el correspondiente control de constitucionalidad, se suman a esto vacíos las posiciones estratégicas junto con la obtención de las ventajas en el asunto de la administración, la reglamentación o la modificación de la Ley ajena al señalamiento

¹⁰ **Ibídem.** Pág.38.

¹¹ **Ibídem.**

del mandato de la L.1116/06, en razón ciertamente de haberse advertido la modificación de la Ley ajena, como resultaría ser la misma L.222/95.

2. Consecuencias de una elusión constitucional alrededor de la concepción distraída del Dec. 1749/11

Hasta aquí hemos pretendido distinguir el significado jurídico del fenómeno de eludir constitucionalmente, o de omitir, el trámite jurídico existente en la especificación del alcance de las leyes¹²; demos paso, entonces, al hecho de observar el pragmatismo de aquella política de evasión del control; así las cosas, y dentro del trámite que nos corresponde, dos resultarían ser los asuntos que se desconocieron al interior de la concepción del poder ejecutivo, además de evadir el trámite existente para modificar, adicionar o derogar una ley.

A. La temática de los grupos empresariales.

1. Referencias Jurídicas

Cuando hace alrededor de dos décadas el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, que modificó el Libro II, en su Título I de la Sección II del Capítulo XI a través del artículo 261 del C.Co, entró a comprender la figura de la *situación de control* de una manera particular, es decir que bajo la concepción de aquella nueva ley por medio de la cual se modificó el C.Co., se llegó a expedir un régimen común para los procesos concursales, en donde se establecieron unos parámetros concretos por medio de los

¹² M. F. QUINCHE RAMÍREZ. Ob. cit., p. 34.

cuales se determinaba cuál debería ser la eventual ocasión de hallarse en un entorno de subordinación o control. Con todo lo anterior, y luego de una lectura minuciosa de la normatividad en discusión, es claro que las situaciones descritas de manera ejemplar por la ya citada ley, son susceptibles de ser objeto de una síntesis bajo el entendido de comprender tres grandes situaciones.

En un primer momento cabe adentrarnos en aquel mundo jurídico, partiendo en primer lugar de intentar dilucidar el estado mismo de un escenario como el de la subordinación¹³, en el cual, en una naciente atmosfera de sujeción, nos hallaríamos cuando se puede apreciar que si más del 50% del *capital* de la persona jurídica pertenece a las personas jurídicas o naturales controlantes, es perfectamente posible entender que estaríamos en curso en una situación de control¹⁴.

¹³ Principiando con la modificación anteriormente enunciada hemos de recurrir, para su comprensión, al artículo precedente en virtud del cual se entra a definir de manera clara y concisa qué ha entenderse por la figura de la dependencia, comenzando por precisar que una persona jurídica se entiende como entidad *controlada* cuando su poder de disposición se encuentra subordinado a la orden de una o varias personas naturales o jurídicas que reciben el calificativo de *controlantes* o *matrices*, también conocidas en el ámbito económico como *Holding*. Cfr. artículo 260 C.Co., modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995. Subordinación.

“[...] Una sociedad será *subordinada* o *controlada* cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su *matriz* o *controlante*, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará *filial* o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará *subsidiaria*...” (cursiva fuera de texto).

¹⁴ No sin querer menospreciar la anotada norma, hemos de especificar que no hacen parte de aquel 50% del capital social las acciones que, a pesar de tener un dividendo preferencial, carecen del voto; todo ello según el mismo artículo 261.1 C.Co., modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995. Presunciones de subordinación.

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

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

De la misma manera, continuando con aquellas situaciones de dependencia, un segundo asunto se percibe en el evento en que las personas jurídicas o naturales, que resultan controlantes, lleguen a detentar el poder de presentar los *votos* necesarios para la toma de decisiones en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, no sin demeritar las disposiciones ejecutadas por la juntas directivas, en el entendido que existe igualmente un control, si efectivamente se tienen los votos necesarios para seleccionar las piezas de aquellos órganos de gestión¹⁵.

En una tercera oportunidad se entenderá que nos encontramos frente a una situación de control cuando las personas jurídicas o naturales detentan el control como consecuencia de los *actos o negocios jurídicos* con las personas jurídicas controladas, ejerciendo de esta manera una influencia en sus órganos de gestión¹⁶.

En último lugar, es de resaltar la particularidad que se esgrime en los parágrafos 1 y 2 de la citada normatividad, en la medida que en ellos se expresa la existencia de la situación de control cuando la misma resulta ser ejercida por una o varias personas

¹⁵ *Ibíd.*, num. 2. Presunciones de subordinación.

“[...] 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el *derecho de emitir los votos* constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere...” (cursiva fuera de texto).

¹⁶ *Ibíd.*, num. 3. Presunciones de subordinación.

naturales, o bien, cuando aquel escenario de dominio es practicado por una o varias personas jurídicas que *no* llegan a comportar una naturaleza societaria¹⁷.

Conjuntamente a las presunciones de subordinación citadas con anterioridad, el mismo andamiaje jurídico mercantil a través de la Ley 222 de 1995 trajo una de las primeras aproximaciones al entendido de los conglomerados societarios; sobre el particular se estableció, en el artículo 28 de la citada ley que por “agrupamiento empresarial” debía entenderse el estado en el que, además de las escenarios ya dilucidados de dominación, era necesaria la existencia, económicamente hablando, de un *compromiso (unidad)* de los participantes, moldeado igualmente con un *proyecto (propósito)* que resulta determinado por ellos mismos y siempre bajo una sola *administración (dirección)*¹⁸.

“[...] 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un *acto o negocio* con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad...” (cursiva fuera de texto).

¹⁷ *Ibíd.*, Parágrafos 1.º y 2.º. Presunciones de subordinación.

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

Parágrafo 2.º Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso *de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior...*” (cursiva fuera de texto).

¹⁸ Es de resaltar que aquel calificativo que se empleó en la legislación nacional es conocido con otros nombres en variados ordenamientos; sobre el particular cfr. J. M. EMBID IRUJO. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, pp. 6 y 7; P. GIRGADO PERANDONES. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001, pp. 199 y ss.; R. M. MANÓVIL. *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 395, y M. L. DE ARRIBA FERNÁNDEZ. *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 198.

Con todo, bien podría significar que cuando concurrieran las diligencias de todos los integrantes del grupo en un mismo objetivo proyectado por los controlantes, y que como consecuencia de la conducción hubiese sido ejercida sobre todos los partícipes del conglomerado, existiría lo que se denominaría la *unidad de propósito y dirección*¹⁹; a pesar de lo anotado, mal podríamos desconocer los avances significativos que en materia comercial y, concretamente, societaria, significó la modificación del Código de Comercio a través de la Ley 222 de 1995, pese a las discrepancias, señaladas en otra oportunidad, sobre la interpretación que en una materia particular ha de seguirse sobre el abuso de la personalidad jurídica.

No obstante aquella evolución indicadora de considerar la *dirección económica común* como otro elemento característico de los conglomerados societarios estando presente una situación de control, no dejan de ser menos estimables los alcances o, lo que es lo mismo, las consecuencias que sobre el control fueran señaladas, *v.gr.*, nos

¹⁹ Artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Grupo empresarial.

“[...] Habrá grupo empresarial cuando *además del vínculo de subordinación (control)*, 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...*” (cursiva entre paréntesis fuera de texto).

referimos específicamente al hecho del deber que significaba inscribir en el registro mercantil aquellas circunstancias de subordinación²⁰.

De igual forma, resulta llamativo señalar la consideración negativa de cancelar, hechas las reservas, los dividendos de las sociedades a través de acciones o cuotas liberadas de la misma sociedad, sin que previamente haya sido aceptado por los sus socios²¹; así como resultaría perpetrar un acto de imbricación, es decir, no permitir que las sociedades subordinadas detenten a ningún título las acciones, partes o cuotas de interés de sus controlantes, y que en caso de encontrarse en este escenario aquellos negocios jurídicos realizados serían considerados actos ineficaces de pleno derecho²².

²⁰ Sobre el particular se ha establecido la obligatoriedad, por parte de la sociedad controlante, de inscribir en el Registro Mercantil el documento privado en donde consta la descripción generalizada de la situación de control en el lugar de circunscripción de cada uno de sus subordinados. Cfr. Artículo 30 de la Ley 222 de 1995. Obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil.

“[...] Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una *situación de control*, la sociedad *controlante lo hará constar en documento privado* que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su *inscripción en el registro mercantil* correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control” (cursiva fuera de texto).

²¹ Artículo 455 Parágrafo. C.Co, adicionado por el artículo 33 de la Ley 222 de 1995.

“[...] En todo caso, cuando se configure una situación de control en los términos previstos en la ley, sólo podrá pagarse el *dividendo en acciones o cuotas liberadas* de la misma sociedad, a los socios que así lo acepten...” (cursiva fuera de texto).

²² Artículo 262 C.Co., modificado por el artículo 32 de la Ley 222 de 1995. Prohibición a sociedades subordinadas.

“[...] Las sociedades *subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones* en las sociedades que las dirijan o controlen. Serán *ineficaces* los negocios que se celebren, contrariando lo dispuesto en este artículo...” (cursiva fuera de texto).

Por otra parte, resulta claro que los efectos de la subordinación no solo abarcan las situaciones de control, de suerte que con la dominación, y viniendo aparejada con la unidad de propósito y dirección (dirección unitaria o dirección económica común), aquel hecho significaría la emisión de unos deberes legales en razón de encontrarnos frente a un grupo empresarial.

Sobre este particular cabe recordar el evento de presentar a las juntas o asambleas de accionistas, por parte de los administradores de las sociedades subordinadas y los de la controlante, un *informe especial* sobre la detallada situación económica existente entre la sociedad subordinada y su matriz²³. En el mismo contexto jurídico, pero a cargo únicamente de la controlante, entendida como la matriz o *holding*, existe el deber fiduciario de presentar unos *estados financieros consolidados*, reflejándose en ellos la situación financiera, pero ya no de la sociedad en particular, sino de todo el conglomerado en general o, lo que es lo mismo, mostrar los resultados de las operaciones de cada uno de los integrantes del grupo junto, con los cambios de sus patrimonios, así como los flujos del efectivo de la controlante y de sus sociedades subordinadas²⁴.

²³ Artículo 29 de la Ley 222 de 1995. Informe especial.

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

²⁴ Artículo 35 Ley 222 de 1995. Estados financieros consolidados.

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

2. Desorden en las Transformaciones Jurídicas Planteadas

Ahora bien, y a pesar de la descripción integral de los efectos del control traída a colación por las modificaciones y adiciones de la Ley 222 de 1995, es pertinente establecer que las mismas consideraciones legales establecidas sufrieron un cambio categórico, si se trata de vislumbrar la aplicabilidad directa del Decreto 1749 de 2011.

En su momento sostuvimos que, contrariamente a la intención del legislador, el Poder Ejecutivo, en uso de las facultades constitucionales y legales de las cuales es depositario, entró en su concepción a solucionar algunos posibles vacíos jurídicos presentes en el ordenamiento mercantil; sin embargo, y escudándose en la reglamentación de la Ley 1116 de 2006, por la cual se estableció el régimen de insolvencia empresarial, se llegó no solo a afectar a la misma ley en comento, sino que se desconoció el proceso constitucional establecido para modificar, adicionar o derogar una ley, tal y como era la propia Ley 222 de 1995; sistematización que en su momento dio origen jurídico a la concepción de los grupos de sociedades.

Siguiendo con el orden de la temática de esta investigación, debemos retornar a la concepción que sobre grupos empresariales existía en la medida que, si de reglamentación se trata, el citado decreto entró a *modificar* o *transformar* la figura de los conglomerados empresariales en un complejo carente de fundamento jurídico-económico y que llega a impedir el desarrollo tanto del mismo derecho societario como del mercado²⁵, convirtiendo un factor como el del simple criterio de control, en

²⁵ Sobre la posición de valorar únicamente la existencia de la dominación tratándose de un Grupo grupo ver la crítica racional efectuada por P. GIRGADO PERONTES. Ob. cit., p. 200, nota 573.

un elemento determinante para describir un elemento económico como es el de la unidad de dirección, quedándose a todas luces corto en su descripción²⁶.

Es por esto por lo que resulta elemental entrever un factor económico en lo que respecta a la elaboración del concepto del agrupamiento societario, en la medida que nunca ha sido este una elaboración legislativa sino que, a *contrario sensu*, se ha visto colmado, a lo largo del tiempo y los mercados, de proyecciones económicas y de ideales que no han resultado ser otro asunto que arquetipos empresariales²⁷.

Ahora bien, partiendo de esta efímera impresión demos inicio a nuestro análisis jurídico partiendo de las definiciones expuestas por la misma reglamentación ya comentada, y para lograr este objetivo nos permitiremos citar literalmente las definiciones aportadas por el confuso decreto reglamentario. Siendo precisamente al interior de sus primeros artículos en donde observamos una imprecisión inicial que

²⁶ J. M. EMBID IRUJO. “Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho de Sociedades* n.º 30, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 19-21.

²⁷ F. KÜBLER. *Gesellschaftsrecht –Derecho de Sociedades–* 5.ª ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 573.

cabe destacar en la medida que se convierte en una piedra angular de la apreciación censurable que expondremos a continuación²⁸.

Muchos resultan ser los puntos a discutir en tratándose de la concepción de un agrupamiento societario: en primer lugar hallamos que el grupo es entendido como “cualquier conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas”, y nos referimos a la expresión de *cualquier conjunto* por cuanto desde un principio se ha establecido que no se trataba de un simple vínculo²⁹; basta con detenerse por un instante en la misma noción de agrupamiento traída por la Ley 222 de 1995 para saber que se trata de la coalición entre un *control* y la *dirección unitaria*³⁰, o lo que igualmente se podría traducir en hallar dicho control aunado a un comportamiento que represente la *unidad* de los miembros del grupo, detallándose un mismo *propósito*, pero siempre en una sola *dirección*³¹, o lo que en su momento se lograría determinar: que se trataría de un *control* incorporado al interior de la *dirección, unida* con al mismo *propósito*.

²⁸ Artículo 2.º Decreto 1749 de 2011. Definiciones.

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

1. Grupo de Empresas: Es el *conjunto integrado* de personas naturales, personas jurídicas, *patrimonios autónomos*, o entes de cualquiera otra naturaleza que intervienen en *actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre si por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas*, o porque *la mayor parte de sus capitales* pertenece o está bajo la administración de las mismas personas jurídicas o naturales, ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos. Así mismo, se entiende que forman parte de un Grupo de Empresas aquellos *vinculados entre si porque son garantes unos de otros* y las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006...” (cursiva fuera de texto).

²⁹ Cfr. nota 18.

³⁰ J. M. EMBID IRUJO. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, cit., p. 7.

³¹ R. MARIANO MANÓVIL. “Evolución del Derecho de los grupos de sociedades”, Buenos Aires, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV, Instituto de Derecho Empresarial, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 7.

Una vez dilucidada esta primera imprecisión, hemos de adentrarnos en un segundo asunto cual es el de los miembros que hacen parte del grupo de sociedades; sobre el particular cabe tener en cuenta que para la nueva normatividad un conglomerado empresarial se halla constituido, sin hacer precisión alguna, por “personas naturales, jurídicas, patrimonios autónomos y entes de cualquier otra naturaleza”³², cabiendo la posibilidad, bajo estos términos, de entender que como entes jurídicos subordinados resulta valedero observar la figura de las personas naturales, contrario a todas luces a las indicaciones expuestas por la misma Ley 222 de 1995³³. En este mismo orden, cuando la citada ley entra a establecer que por controlada-subordinada se entiende el ente jurídico societario cuyo poder de decisión está sometido a la voluntad de una matriz, bien sea por que se detenta más del 50% del capital de la *persona jurídica* subordinada, ora por que se tenga el derecho de emitir la mayoría de votos de los órganos de administración de la *persona moral*, o bien, porque el control lo conserva una controlante como consecuencia de los actos o negocios sobre la *sociedad* controlada, en ningún momento está abriendo la puertas para entender la procedencia de los sujetos jurídicos correspondientes a personas naturales.

Entre tanto, y sobre las demás inconsistencias existentes, se puede tratar el asunto del patrimonio autónomo, por cuanto se incorpora su naturaleza jurídica como la de un

³² En este sentido en particular, bien cabría la posibilidad de observar la acepción existente en los *entes de cualquier otra naturaleza*, por cuanto debemos vislumbrar que el grupo debe entenderse como una característica económica al haber sido producto de aquel tipo de relaciones, no resultando admisible, en principio, la sujeción a cierto tipo de sujetos o *konzerernresistenz*, concretamente a personas físicas o bienes como entes subordinados. No obstante lo determinado con anterioridad, cabe perfectamente distinguir los comentarios contrarios, pero simplemente en razón de una naturaleza económica y que son puestos en conocimiento por J. M. EMBID IRUJO. Fundaciones y Derecho de grupos. Proyecto de investigación “Actividad de empresa y entidades sin ánimo de lucro (asociaciones y fundaciones), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2007-62414).

³³ Cfr. notas 13, 14, 15 y 16.

sujeto apropiado para ser un ente de control o bien uno de subordinación; así las cosas, basta con evocar la misma figura del contrato de fiducia mercantil³⁴ para comprender que dichos actos mercantiles de administración de la *trust property*, son los factores determinantes para futuras exigencias o demandas en orden al manejo profesional de los patrimonios autónomos constituidos³⁵. En definitiva, no compartimos la figura de elevar a rango de sujeto jurídico los patrimonios autónomos, por cuanto los mismos no resultan ser otro asunto que simples bienes dispuestos a la gestión de un administrador especializado y profesional, es decir, que los bienes están exclusivamente colocados para la gerencia de la misma empresa fiduciaria.

Con el único fin de proyectar las discrepancias o desuniones a tan etérea concepción, hoy legalmente posicionada, hemos de continuar nuestra labor detractora en aras de dilucidar una mejor posición que sobre el particular pueda concebirse; para ello acudiremos en cuarto lugar al factor económico, que trae aparejado el elemento de existencia del agrupamiento societario; hacemos alusión concretamente al requisito de la dirección económica común expuesto ya a consideración³⁶. Y nos referimos a esta exigencia económica por cuanto, en el decreto reglamentario en discusión, la única consideración que sobre el particular económico se llega a exteriorizar es la que en mínima medida se emplea al señalar en el mismo artículo 2.º, num. 1 del Decreto

³⁴ Por fiducia mercantil se debe entender aquel acto jurídico en virtud del cual existe un encargo por parte de la persona del fiduciante (*settlor*) al fiduciario (*trustee*) para que, comportándose y actuando con la lealtad, honradez y diligencia propias de un sujeto profesionalmente negociante, entre a administrar una propiedad fiduciaria (*trust property*) para el fideicomisario (*beneficiary*), convirtiendo aquel conjunto de bienes en un *patrimonio autónomo*.

³⁵ Sobre la diligencia debida en la administración se puede consultar a C. E. CUBILLOS GARZÓN. “¿Profesionalización de un encargo societario?”, *Revist@ E-Mercatoria* vol. 9, n.º 2, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Comercial, 2010.

³⁶ Cfr. nota 18.

1749 de 2011, que aquellos sujetos que integran el conjunto del grupo empresarial, han de “intervenir en actividades de carácter económico”³⁷.

Vista en otra proporción aquella escueta exigencia de *mediación*, resulta entendible la magnitud que entra a sopesarse si de simples *actividades económicas* se trata, y esto, por el hecho de pretender equipararlas al elemento económico de existencia de todo agrupamiento societario; todo ello, en la medida en que a partir de la oscilación propia de los mercados, cualquier hecho o acto jurídico implicaría una *gasto económico* y, por tanto, mal podríamos llegar a circunscribir el económico requisito de la unidad de propósito y dirección a lo establecido como básicas operaciones económicas; sin pretender desconocer con esto la infinidad de fenómenos económicos³⁸ (p. ej., la organización de la misma producción industrial³⁹), eventos que podrían traer aparejada, junto con la situación de subordinación, una condición económica cual sería la de la dirección unificada, que no haría más que suponer la presencia de un conglomerado societario.

Ahora bien, al descomponer la citada normatividad hallamos una serie de descripciones que se encuentran entremezcladas y acopladas a un solo elemento de existencia de los agrupamientos; a guisa de ejemplo: en los detalles señalados al interior del numeral 1 del artículo 2.º del Decreto 1749 de 2011, todos aquellos entes ya expuestos son considerados grupos de empresas si reúnen un solo requisito de existencia o, en otros términos, si se llegaren a proveer en conjunto un elemento que significa el mismo *control*.

³⁷ Cfr. nota 27.

³⁸ J.-P. GUYENOT. *Los agrupamientos empresarios y de colaboración*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1985, pp. 13 y 14.

³⁹ R. URÍA. *Derecho Mercantil*, 28.ª ed., Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2002, pp. 561, 603 y 604.

En este estado cabe distinguir de aquellas uniones las siguientes condiciones: en un primer momento, para que exista un grupo de sociedades se requiere que estén “vinculados o relacionados entre sí por su *carácter de matrices, controlantes o subordinadas*”⁴⁰, circunstancia que no dista de ser más que la de una llana situación de control⁴¹ o la de una presunción de subordinación⁴².

De manera consecutiva, y una vez aclarada esta primera condición de existencia, continúa señalando la normatividad, se concibe la presencia de un agrupamiento empresarial por el simple asunto de que “la mayor parte de sus *capitales* pertenece o está bajo la administración de las mismas personas”; circunstancia que igualmente bien podría significar entender otra de las presunciones de subordinación como resulta ser la del 50% del Capital⁴³. Por otra parte, el incidente que significaría hacerlo cuando se trata de entes que se hallen “vinculados entre sí porque son *garantes* unos de otros y las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006”, situaciones que en nuestro concepto no significarían otro asunto que el de la presunción de subordinación en torno a los actos y negocios⁴⁴.

No quisiera concluir este primer acápite del temario sin antes plantear una posible razón a tan innegable pero vana argumentación normativa: podría pensarse que la justificación a tan aflictiva actuación se halla, en principio, en la misma Ley 1116 de 2006, cuando en el Capítulo V, al tratar el tema de la calificación y graduación de los

⁴⁰ Cfr. nota 27.

⁴¹ Cfr. notas 13, 14, 15 y 16.

⁴² Es dable entrever que la presunción de subordinación puede ser apropiable a través de otras entidades jurídicas. Sobre el particular cfr. F. VICENT CHILÍ. *Introducción al Derecho mercantil*, 18.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 642.

⁴³ Cfr. nota 13.

⁴⁴ Cfr. nota 15.

créditos y de los derechos de voto en el artículo 24⁴⁵, o en el Capítulo VI referente a los acuerdos de reorganización en su artículo 32⁴⁶, se está determinando el mismo asunto de los conglomerados societarios; no obstante lo anterior, y a pesar de consagrarse en la reglamentación antes anotada el asunto de los *grupos empresariales*, de manera disyuntiva se llega a emplear aquel término en la diferenciación tanto de las *situaciones de subordinación (situaciones de control)*, como de las *organizaciones empresariales*, convirtiéndose de esta manera aquel carácter identificado como “o”, no más que en un signo antagónico, o lo que resulta ser lo mismo, en una letra que refleja la desigualdad en el régimen de insolvencia empresarial, entre las expresiones *grupos empresariales* y *organizaciones empresariales*.

⁴⁵ Artículo 24 num. 4 de la Ley 1116 de 2006. Calificación y graduación de los créditos y de los derechos de voto.

“[...] En esta relación de acreedores deberá indicarse claramente cuáles de ellos son los vinculados al deudor, a sus socios, administradores o controlantes, por cualquiera de las siguientes razones:

[...] 4. Existencia de una *situación de subordinación o grupo empresarial...*” (cursiva fuera de texto).

⁴⁶ Artículo 32 Ley 1116 de 2006. Mayoría especial en el caso de las organizaciones empresariales y acreedores internos.

“[...] Además de la mayoría exigida por el artículo anterior para la aprobación del acuerdo, cuando los acreedores internos o cuando uno o varios acreedores, pertenecientes a una misma *organización o grupo empresarial* emitan votos en un mismo sentido que equivalgan a la mayoría absoluta [...]

Forman parte de una organización empresarial:

1. Las personas que tengan la calidad de matrices o controlantes y sus subordinadas, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.
2. Los empresarios y empresas anunciados ante terceros como “grupo”, “organización”, “agrupación”, “conglomerado” o expresión semejante.
3. Las personas naturales o jurídicas vinculadas por medio de contratos de colaboración tales como sociedades de hecho, consorcios, uniones temporales y contrato de riesgo compartido, siempre y cuando exista plena prueba sobre la existencia de tales contratos.

[...]

Cuando dos o más acreedores configuren una misma *organización o grupo empresarial*, deberán informar al promotor sobre el particular...” (cursiva fuera de texto).

B.El t3pico de allanamiento de la personalidad.

Una vez expuestas de manera detallada las implicaciones que traería el hecho de evitar el control constitucional de un asunto, como es el de modificar, adicionar o derogar una ley, así como el de llegar a entender la errada concepción existente de un grupo empresarial, es el momento adecuado para completar esta investigación proyectando la posición contraria de la noción que sobre el abuso de la personalidad jurídica puede llegar a forjarse en el aludido decreto reglamentario.

Cuando en la citada normatividad⁴⁷ se entra a establecer que, como consecuencia de las meras relaciones negociables entre dos sujetos jurídicos, o de los intercambios concernientes que se suscitan al interior de un grupo de empresas, resulta factible que, bajo un procedimiento particular, se entre a desconocer aquel hermetismo existente en las personas jurídicas, haciendo para ello uso de una única masa de bienes como consecuencia de la insolvencia empresarial.

De forma independiente a la errada concepción que existe sobre la ruptura del hermetismo de la personalidad jurídica en torno a las discrepancias que se han presentado al levantar el velo en la 3rbita mercantil por la actitud de un

⁴⁷ Artículo 2.º Decreto 1749 de 2011. Definiciones.

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

Consolidación patrimonial: Tratamiento excepcional en virtud del cual el *pasivo* y el *activo* de dos o más deudores vinculados entre sí o partícipes en un mismo *Grupo de Empresas* se entienden y tratan como parte de una *única masa de la insolvencia...*” (cursiva fuera de texto).

administrador⁴⁸, se ha de precisar igualmente que el hecho del desconocimiento de la personalidad jurídica implica, en todo momento, cierto abuso del derecho, estructurado en los pilares del *faud*⁴⁹, la *equity*⁵⁰ y la *agency*⁵¹, así como en el soporte procesal del *estoppel*, amén de serlo exclusivamente por parte de los asociados.

Así las cosas, tal y como se encuentra planteada la figura del levantamiento del velo en el Ordenamiento Mercantil colombiano, resulta perfectamente concebible que se esté haciendo uso de esta herramienta si se trata del hecho de *consolidar patrimonialmente* la masa de la insolvencia, no obstante lo citado con anterioridad, pero advirtiendo que luego de la definición aportada se halla un precepto que determina que todos los integrantes del conglomerado de sociedades están sometidos a la identidad jurídica propia de cada integrante de las subordinadas, lo que significaría, en otros términos, que los asociados se hallan dependientes del hermetismo de la personalidad moral, siempre que el juez del concurso no haya considerado prudente efectuar la consolidación patrimonial o el levantamiento del velo, a petición, para el caso en particular, del solicitante que haya acreditado un

⁴⁸ C. E. CUBILLOS GARZÓN. “Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades por acciones simplificadas”, *Revist@ E-Mercatoria* vol. 8, n.º 2, Departamento de Derecho Comercial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

⁴⁹ Sobre el hecho fraudulento y dentro del caso *Chesterfield vs. Janssen* cfr. F. REYES VILLAMIZAR. *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1996, pp. 85 y 144.

⁵⁰ J. M. DOBSON. *El abuso de la personalidad jurídica en el Derecho privado*, 2.ª ed., Buenos Aires. , Depalma, 1991, pp. 125 a 135.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 182, citado por C. E. CUBILLOS GARZÓN. “Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica...”, cit.

asunto especial o, como se entra a esgrimir en la acepción de la expresión, “al menos una”⁵².

Ahora bien, se estipula en la norma que existiría la posibilidad de romper el hermetismo de la personalidad jurídica en un proceso de liquidación judicial, si se lograra certificar que el patrimonio del agrupamiento societario al cual pertenecen se encuentra tan asociado (*entremezclado*) que no habría una manera fundada de dividirlo sin incurrir “en un gasto o en una demora”⁵³.

En este estado de la investigación, igualmente resulta prudente señalar que cuando la normatividad establece una *manera de relacionarse*, resulta ser tan universal que abre las puertas para concebir que es probable romper el hermetismo de la personalidad jurídica en cualquier situación en donde exista una simple relación económica; cabiendo recordar que la figura del *Disregard of the Legal Entity* nace y se concibe de manera especial en la medida que solo es factible penetrar, perforar o levantar el velo de las personas jurídicas, cuando las mismas han sido, de forma fraudulenta, empleadas para abusar del derecho (entendida esta expresión bajo el contexto del *fraud* del sistema anglosajón).

⁵² Artículo 25 Decreto 1749 de 2011. Consolidación patrimonial.

“[...] Los procesos de insolvencia de los partícipes de un Grupo de Empresas *deberán respetar la identidad jurídica* (hermetismo) propia de cada partícipe, *salvo en el caso* de una liquidación judicial en donde en relación con los deudores vinculados, el juez del concurso en ejercicio de la facultad atribuida por el artículo 5 numeral 11 de la Ley 1116 de 2006 y para el logro de la finalidad del proceso, ordene una *consolidación patrimonial*, siempre y cuando el solicitante acredite *al menos una* de las siguientes situaciones...” (cursiva fuera de texto).

⁵³ *Ibíd.*, num. 1.

“[...] Que el activo y el pasivo del Grupo de Empresas en liquidación judicial, están *de tal forma entremezclados* que no podría deslindarse la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o en una demora *injustificados*...” (cursiva fuera de texto).

No obstante esta primera inconsistencia en la apreciación, a continuación se entra a señalar, de manera sedada y casi indescifrable, que a pesar de encontrarse asociados los patrimonios, un modo de *levantamiento del velo* o de *consolidación patrimonial* resultaría ser el caso de no ser posible distinguir quién resulta ser el titular de los bienes sin incurrir en un gasto o en una demora que carezca de motivación alguna; circunstancia que de por sí escapa a la razón, en la medida que desde la órbita económica la justificación en un mercado es un acontecimiento que perfectamente llega a enmarcarse dentro del principio de la relatividad, en la medida en que en materia económica todo acto o hecho sobreviene con una motivación, independientemente del grado de atención de la misma o, también que lo que para algunos resulta ser un acto valedero para otros se convierte en hecho jurídico inservible pero siempre con una “justificación jurídica”.

A pesar de haberse indicado las políticas contrarias a la concepción de la teoría del *Lifting the Corporate Veil*, no resultaría igualmente razonable desconocer el acercamiento a esta hipótesis cuando en el numeral 2 del artículo 25 del Decreto 1749 de 2011 se determina que perfectamente cabría la posibilidad de levantar el velo de la persona jurídica que ejecutó una operación fraudulenta careciendo de una autenticidad patrimonial y llegando a impedir el desarrollo del mismo objeto del proceso de insolvencia⁵⁴.

⁵⁴ *Ibíd.*, num. 2.

“[...] Que el insolvente participe del Grupo de Empresas practicó alguna *actividad fraudulenta o ejecutó algún negocio sin legitimidad patrimonial alguna*, que impidan el objeto del proceso y que la consolidación patrimonial sea esencial para enderezar dichas actividades o negocios. *Para efectos de la aplicación de este numeral, las actividades fraudulentas o los actos o negocios sin legitimidad comercial alguna son los descritos en los numerales 1, 7, 8, o 9 del artículo 83 de la Ley 1116 de 2006, en el contexto de un Grupo de Empresas, o las conductas descritas en los numerales 1 a 9 señaladas en el artículo anterior...*” (cursiva fuera de texto).

Sin embargo, y en nuestro concepto, se queda corto en su descripción el artículo cuando a renglón seguido se instituye que las actividades fraudulentas son las que se describen en un artículo 83 de la Ley 1116 de 2006, convirtiendo de esta forma unas maniobras del todo fraudulentas para con la propia persona jurídica, en unos concretos eventos jurídicos que resultarán coexistiendo con la taxatividad⁵⁵.

En este mismo orden de ideas, resulta pertinente traer a colación la descripción realizada en la reglamentación sobre la iniciación conjunta decretada de oficio⁵⁶, por cuanto la misma no resulta ser algo más que una descripción pormenorizada del escenario de la desmaterialización de la personalidad moral.

⁵⁵ Artículo 83 Ley 1116 de 2006. Inhabilidad para ejercer el comercio.

“[...] Los administradores y socios de la deudora y las personas naturales serán inhabilitados para ejercer el comercio, hasta por diez (10) años, cuando estén acreditados uno o varios de los siguientes eventos o conductas.

1. *Constituir o utilizar la empresa con el fin de defraudar* a los acreedores [...]

7. La distracción, disminución, u *ocultamiento* total o parcial de *bienes*.

8. La realización de *actos simulados*, o cuando simule gastos, deudas o pérdidas.

9. Cuando *sin justa causa* y en detrimento de los acreedores, hubieren desistido, renunciado o transigido, una *pretensión patrimonial cierta...*” (cursiva fuera de texto).

⁵⁶ Artículo 7.º Decreto 1749 de 2011. Iniciación conjunta decretada de oficio.

“[...] La iniciación conjunta del proceso de insolvencia de los partícipes de un Grupo de Empresas procederá de oficio por parte de la Superintendencia de Sociedades, *en los términos del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 1116 de 2006*. Conforme a la regla contenida en el inciso segundo del artículo 12 de la Ley 1116 de 2006, la Superintendencia de Sociedades será la competente...” (cursiva fuera de texto).

Sobre el particular, y haciendo alusión concretamente a aquel numeral que entró a reglamentar la citada Ley 1116 de 2006⁵⁷, se ha producido un asunto en virtud del cual el órgano de vigilancia, supervisión y control, logra de oficio romper el hermetismo de la personalidad jurídica, cuando considere que el proceso de insolvencia abierto fue consecuencia del actuar económico directo de la controlante, así como del proceder indirecto de sus subordinadas⁵⁸; convirtiéndose aquel hecho jurídico en particular en una descripción sucinta de lo establecido en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006⁵⁹, que derogó el conocido Parágrafo del levantamiento del velo de la personalidad jurídica descrito en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

⁵⁷ Artículo 15 num. 3 de la Ley 1116 de 2006. Inicio de oficio.

“[...] La Superintendencia de Sociedades podrá decretar de oficio el inicio de un proceso de reorganización en los siguientes eventos:

[...] 3. Cuando *con ocasión del proceso de insolvencia* de una vinculada o de un patrimonio autónomo relacionado, la situación económica de la sociedad matriz o *controlante, filial o subsidiaria*, o de otro *patrimonio autónomo, provoque la cesación de pagos de la vinculada o relacionadas...*” (cursiva fuera de texto).

⁵⁸ Previa aclaración que sobre el particular se realizó acerca de los *Patrimonios Autónomos*. Cfr. notas 31 y 33.

⁵⁹ Artículo 61 de la Ley 1116 de 2006. De los controlantes.

“[...] Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, *haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante* en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y *en contra del beneficio de la sociedad en reorganización* o proceso de liquidación judicial, *la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control*, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente...” (cursiva fuera de texto).

Conclusiones

1. En resumen, y de manera sucinta, no pueden las condiciones políticas, las circunstancias económicas o los escenarios sociales servir de excusa para que investidos de autoridad se entre a quebrantar los pilares de los propios ordenamientos jurídicos; no resulta ser otro asunto que el de una elusión constitucional, el trámite de modificación de una ley que perfectamente logra transgredir el Derecho a pesar de los visos de legalidad frente a una reglamentación.
2. Por otra parte, e igualmente de forma escueta, el decreto reglamentario que dio origen a esta investigación está provisto de factores que desconocen las circunstancias económicas propias de las mismas figuras que pretende exponer; concretamente desconoce las condiciones de un mercado al cual se halla circunscrito un conglomerado empresarial, pudiendo llegar a confundirse los acreditados, pero a su vez desconocidos por la concepción proyectada, contratos de colaboración empresarial como el elemento esencial del mismo grupo societario.
3. En definitiva, y en el devenir ejecutivo así como en el orden de legislativo, una oportunidad que se tiene para resolver aquellos vacíos jurídicos existentes se puede desaprovechar si, además de infringir constitucionalmente la norma, se desperdicia la misma para aclarar las solitarias nociones que, para el caso en concreto, deben existir sobre desmaterialización de la personalidad jurídica.
4. En resumen, y en este estado del trabajo, aunada a la segunda consideración, resultaría un absurdo jurídico el simple hecho de llegar a considerar que por un negocio jurídico de colaboración empresarial cabría catalogarlo como una situación de control, pero resultaría poco coherente que, según la reglamentación planteada, de

un contrato de colaboración empresarial se establezca la propia existencia de un grupo de sociedades.

Bibliografía

CUBILLOS GARZÓN, C. E. “Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades por acciones simplificadas, *Revist@ E-Mercatoria* vol. 8, n.º 2, Departamento de Derecho Comercial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

CUBILLOS GARZÓN, C. E. “¿Profesionalización de un encargo societario?”, *Revist@ E-Mercatoria* vol. 9, n.º 2, Departamento de Derecho Comercial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L. *Derecho de grupos de sociedades*, Madrid, Thomson-Cívitas, 2004.

DOBSON, J. M. *El abuso de la personalidad jurídica en el Derecho privado*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1991.

EMBED IRUJO, J. M. *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003.

EMBED IRUJO, J. M. “Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 30, Thomson Aranzadi, 2008.

EMBED IRUJO, J. M. *Fundaciones y derecho de grupos*, Proyecto de investigación “Actividad de empresa y entidades sin ánimo de lucro (asociaciones y fundaciones), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ2007-62414).

REVIST@ e - *Mercatoria* Volumen 11, Número 1 (enero – junio
2012)
(Rev. e-mercatoria)

GIRGADO PERANDONES, P. *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, Comares, 2001.

GUYENOT, J.-P. *Los agrupamientos empresarios y de colaboración*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 1985.

KÜBLER, F. *Gesellschaftsrecht –Derecho de sociedades–* 5.^a ed., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2001.

MANÓVIL, R. M. *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

MANÓVIL, R. M. “Evolución del Derecho de los grupos de sociedades”, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie IV, Instituto de Derecho Empresarial, Buenos Aires, La Ley, 2005.

QUINCHE RAMÍREZ, M. F. *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

REYES VILLAMIZAR, F. *Sociedades comerciales en Estados Unidos*, Bogotá, Doctrina y Ley, 1996.

SIERRA PORTO, H. *Concepto y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

URÍA, R. *Derecho Mercantil*, 28.^a ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002.

VICENT CHILIÁ, F. *Introducción al Derecho Mercantil*, 18.^a ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005.

Ordenamiento Mercantil colombiano

Constitución Política de Colombia.

Código de Comercio colombiano.

Decreto 1749 de 2011.

Ley 222 de 1995.

Ley 1116 de 2006.