

EL CONGLOMERADO: LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ O CONTROLANTE

STEFANIA OLMOS PUELLO

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2016**

EL CONGLOMERADO: LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ O CONTROLANTE

STEFANIA OLMOS PUELLO

Monografía de grado para optar al título de Abogado

Asesor: Álvaro Londoño Restrepo

**UNIVERSIDAD EAFIT
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2016**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, Enero de 2016

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. EL CONGLOMERADO Y LA SITUACIÓN DE CONTROL	6
1.1 Regulación en Colombia	7
1.1.1 Junta Directiva	12
1.2 Grupos empresariales en la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades	13
1.2.1 Artículo 23 de la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades	13
1.2.1.1 Artículo 21 de la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades	15
1.2.2 Artículo 24 de la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades	17
1.3 Derecho Comparado	20
1.3.1 Alemania	20
1.3.2 Italia	22
1.3.3 Francia.....	25
1.3.4 España.....	25
2. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA.....	28
2.1 Caso Industrial Hullera.....	32
3. REGULACIÓN Y CONTROL	37
3.1 Prácticas de Buen Gobierno Corporativo	38
3.1.1 Código País	39
3.2 Prácticas de Buen Gobierno Corporativo para Grupos Empresariales.....	40
3.2.1. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE.....	44
3.3 Fuerza vinculante de los Códigos de Buen Gobierno.....	48
4. CONFLICTOS DE INTERÉS	50
4.1 Deber fiduciario y deber de lealtad.....	54
CONCLUSIONES	57
REFERENCIAS	59

INTRODUCCIÓN

En la presente monografía se analizará la responsabilidad de la matriz, o controlante, de cara al grupo empresarial desde dos perspectivas: la responsabilidad en el sentido de carga, como un deber de regulación, y la responsabilidad como obligación de reparar. Así pues, se planteará cómo la matriz, mediante la elaboración de pautas de conducta para el grupo consagradas en códigos de gobierno corporativo, ha de ejercer una función preventiva con el fin de evitar la materialización de eventos de responsabilidad civil y cómo esta sociedad controlante puede verse obligada a responder, subsidiariamente, por las deudas de sus filiales en situación concursal, por una presunción de culpabilidad.

Se agregará a este análisis la importancia de interiorizar en Colombia el “interés del grupo”, según el cual deben autorizarse transacciones que puedan ser perjudiciales para una sociedad subordinada pero beneficiosas para el grupo, por lo que se estudiará el manejo que se le ha dado a este concepto en países de mayor desarrollo legislativo y se profundizará en el proyecto de ley 70 del 2015 donde se ha tenido en cuenta que en Colombia, si bien se reconoce la legitimidad de los grupos de sociedades, al mismo tiempo, el régimen de conflictos de interés y deberes y responsabilidad de los administradores está estructurado sobre la base de la sociedad individualmente considerada. Asimismo, se hará referencia al deber fidelidad que recae sobre el administrador de la sociedad filial que ha de acatar la instrucción perjudicial para la sociedad que él representa.

Estos análisis se harán con el objeto de plantear que la junta directiva de la sociedad controlante, quien debe perseguir la materialización del “interés del grupo”, ha de tener una posición jerárquica preponderante frente a las demás juntas de las subordinadas del conglomerado, siendo así última instancia en la toma de decisiones. En este sentido, dado que la junta directiva de la matriz tiene responsabilidades diferenciadas de cara al grupo, debe dársele un tratamiento especial, diferente del de las demás juntas directivas de las subordinadas.

1. EL CONGLOMERADO Y LA SITUACIÓN DE CONTROL

Hoy se puede decir que la consolidación empresarial ya es una realidad y el país ya tiene mucho para mostrar en materia de estructura productiva y empresarial, pues con la llegada del nuevo siglo se dio un punto de inflexión en la economía nacional. Durante la década pasada, Colombia vivió el ciclo de expansión económica más importante de los últimos 50 años, hubo fusiones, compras, ventas, alianzas y altos volúmenes de inversión extranjera directa que llegaron al país y le cambiaron la cara a la economía nacional (Revista Semana, 2015). La realidad empresarial en la región muestra la progresiva conformación de grupos empresariales, tanto nacionales como regionalizados, de importancia, impacto económico e influencia creciente y significativa (Corporación Andina de Fomento, 2013).

Los conglomerados económicos más poderosos e importantes del país son los protagonistas en este escenario de progreso, por lo que es pertinente analizar cómo debe comportarse el órgano de administración de la matriz, o controlante, respecto de los órganos societarios de las subordinadas del conglomerado, teniendo en cuenta que, si bien este tema ha sido abordado con rigor en países destacados por sus desarrollos legislativos, en Colombia, tal vez en razón de un Derecho Societario de carácter conservador, es poca la profundización que se ha hecho en la materia.

La junta directiva de la matriz o de la controlante, ha de tener una posición jerárquica preponderante frente a las demás juntas de las subordinadas del conglomerado, siendo así última instancia en la toma de decisiones, en razón de las responsabilidades derivadas del ejercicio del control y del llamado “interés grupal”. En este sentido, una de las responsabilidades en cabeza del órgano de administración de la controlante es una responsabilidad, como carga, pues esta tiene el deber de regular el grupo en razón de la unidad de propósito y dirección que da sentido al conglomerado. En este aspecto, mediante la elaboración de pautas de conducta para el grupo, el órgano de administración de la matriz ha de ejercer una función preventiva con el fin de evitar la materialización de eventos de responsabilidad civil. Otra de las responsabilidades en cabeza de la junta de la controlante es una obligación de reparar, pues al tenor de la legislación de insolvencia colombiana, bajo ciertos supuestos, la matriz o controlante debe responder, subsidiariamente, por las deudas de sus filiales en situación concursal, en razón de una presunción de culpabilidad.

Ahora, con el fin de contextualizar, es pertinente analizar la regulación en materia de grupos empresariales y órganos societarios de administración con la cual contamos actualmente en Colombia y, por tanto, se estudiará lo que se persigue en la materia a la luz del proyecto de Ley 70 de 2015. Adicionalmente, se hará referencia a la regulación existente en países de mayor desarrollo legislativo que soportan lo aquí aducido frente a la preponderancia del órgano de administración de la controlante y el llamado *interés grupal*.

1.1 Regulación en Colombia

En la normativa en materia societaria, la Ley 222 de 1995 introdujo en Colombia un nuevo sistema de regulación para las matrices o controlantes y para las sociedades subordinadas.¹ Esta ley definió los conceptos de situación de control y de grupo empresarial y sus correspondientes efectos, tales como: la inscripción en el registro mercantil², la consolidación de estados financieros, la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz o la controlante en casos de insolvencia de subordinadas, la prohibición de imbricación y la facultad de los organismos de inspección, vigilancia y control, para comprobar la realidad de las operaciones, imponer multas y ordenar la suspensión de tales operaciones (Gaitán, 2011).

¹ Distinguiéndose entre subordinada, figura objeto de análisis, y sucursal; las subordinadas son sociedades y constituyen personas jurídicas distintas de la matriz, las sucursales son establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar la sociedad (Gaitán, 2011).

² En virtud de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, las entidades matrices o controlantes están obligadas a efectuar la inscripción de la situación de control o grupo empresarial, ante las respectivas cámaras de comercio de la circunscripción correspondiente a su domicilio, señalando la situación de control o el grupo empresarial que se verifica cada caso. Todas las personas en Colombia que participen en calidad de matrices o controlantes, en contratos de sociedad que deban cumplirse en el país sean nacionales o extranjeras, deben cumplir con la obligación de preparar un documento privado con las características allí señaladas. Esta obligación se predica tanto de las entidades matrices o controlantes y las sociedades subordinadas nacionales como de las matrices o controlantes extranjeras, que tengan vinculados bienes, inversiones o participen en actos jurídicos o contratos de sociedad en Colombia, puesto que la ley colombiana no establece distinción alguna con relación a la nacionalidad de los sujetos que intervienen en las relaciones de subordinación o control. De acuerdo con esta disposición corresponde a la matriz o controlante incluir en el documento privado la información relativa al nombre, domicilio, actividad de los vinculados, los presupuestos de subordinación y la nacionalidad correspondiente, tanto de la entidad matriz o controlante como de las sociedades subordinadas o controladas (Superintendencia de Sociedades, 2015). Con el registro del controlante se persigue una finalidad de publicidad mercantil.

Según el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, habrá *Grupo Empresarial* cuando, además del vínculo de subordinación, haya entre las entidades unidad de propósito y dirección, la cual se entenderá 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 las sociedades. De presentarse discrepancia en estos supuestos, con base en los cuales se origina el Grupo Empresarial, consagra la norma, además, la facultad en cabeza de la Superintendencia de Sociedades para determinar la existencia o no del Grupo Empresarial en el caso concreto.

En el mismo sentido, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, regula la subordinación, primer elemento del Grupo Empresarial nombrado por el artículo 28 de la ley ya comentada:

ARTÍCULO 260. 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.

Según la norma, el criterio determinante de la situación de control o subordinación es que el poder de decisión de la sociedad esté sometido a la voluntad de otra u otras personas. En este sentido, en cada caso concreto sería fundamental determinar si alguien tiene la capacidad de imponer sus decisiones en los máximos órganos sociales o en la dirección de la empresa³.

El artículo 261 del mismo Código también consagra la subordinación así:

ARTÍCULO 261. 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

³ La Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI– define el control como “la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacionales y financieras de una empresa” en la tercera parte de su *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia* (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2006).

subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

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

PARÁGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior⁴.

De aquí se deriva que, en la legislación colombiana, el control de una sociedad puede ser ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas, tanto de naturaleza societaria como no societaria (fundaciones, corporaciones, y cooperativas)⁵, y de diversas formas: control interno como control interno por participación⁶; control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria; control externo, también denominado “subordinación contractual”; control individual; control conjunto; control directo y control indirecto.

Por otra parte, según la Ley 1116 de 2006, para efectos del régimen de insolvencia empresarial, cuando los acreedores pertenecientes a una misma organización o grupo empresarial equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, entiende que forman parte una *organización empresarial*:

⁴ Artículo 261 del Código de Comercio Colombiano, Subrogado por el art. 27, Ley 222 de 1995

⁵ Es el caso de Fundación Social de Coomeva o de SaludCoop, entre otros reconocidos conglomerados (Gaitán, 2011).

⁶ Se verifica cuando se posea más del 50% del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de estas. (Superintendencia de Sociedades, 2015)

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.*

Las discrepancias al respecto serán decididas por el juez del concurso, en la audiencia de confirmación.

Cuando dos o más acreedores configuren una misma organización o grupo empresarial, deberán informar al promotor sobre el particular, a más tardar en la fecha de la audiencia de decisión de objeciones o en la fecha de la expedición de la providencia que fija el plazo para la celebración del acuerdo. En caso de incumplimiento de la anterior obligación, respecto de los acreedores que no hayan informado sobre la conformación de grupo empresarial, sus derechos de voto quedarán reducidos a la mitad⁷.

A su vez, el Decreto 1749 del 2011, reglamentario de la Ley 1116 del 2006, entiende como parte de un *Grupo de Empresas* no sólo aquellos que tienen un vínculo de subordinación, sino también a quienes son garantes unos de otros. En efecto, al tenor del Numeral 1 de su Artículo 2:

Grupo de Empresas: *Es el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o entes de cualquiera otra naturaleza que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, 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 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.*

Aquí, cabe destacar la diferencia que existe entre la definición presente en la Ley 222 de 1995 y la definición de grupo adoptada por el Decreto 1749 del 2011, pues al tenor del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, los elementos para que haya grupo son: el vínculo de subordinación y la unidad de propósito y dirección, la cual se entenderá en virtud de la persecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante, al tenor de la dirección que ejerce sobre el conjunto. Por su parte, el acápite citado de la regulación de insolvencia especifica que el conjunto puede estar

⁷ Artículo 32, Ley 1116 del 27 de diciembre 2006 “por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”.

integrado tanto por personas jurídicas como naturales, patrimonios autónomos o entes de cualquier naturaleza, cosa a la que claramente no alude el artículo 28. Agrega además el decreto, que este conjunto debe intervenir en actividades de carácter económico, estando relacionados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, especificándose después que la relación puede deberse a la propiedad sobre el capital o a la administración del mismo, aspecto al cual tampoco se refiere la Ley 222 de 1995, pero sí lo hace el Código de Comercio. Estas diferencias tienen sentido si se mira el ámbito de aplicación de la Ley 1116 de 2006, consagrado en su artículo 2, el cual aclara que podrán someterse al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las personas jurídicas que no sean excluidas por la norma, precisando que estos sujetos deben realizar negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto, así:

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

El Gobierno Nacional establecerá los requisitos de admisión de dichos patrimonios autónomos al trámite de insolvencia a que se refiere la presente ley (Ley 1116, 2006).

Sin embargo, al comparar la definición de Grupo que trae el Decreto reglamentario, con la definición de grupo que se encuentra en la Ley 1116 del 2006, es claro que la definición del Decreto excede los límites de la ley que está reglamentando al indicar que forman parte de un Grupo de Empresas, aquellos vinculados entre sí porque son garantes unos de otros. La Ley 1116 de 2006 no hace referencia a esta condición en su definición de grupo, mucho menos en su ámbito de aplicación. A diferencia de la Ley 1116 del 2006, el Decreto toma el ámbito de aplicación de esta y trasciende a la concepción de grupo que cada uno de los sujetos tendría en virtud de una relación de vinculación o subordinación.

En resumen, al tenor de la normatividad citada, existirá grupo empresarial cuando se presente el presupuesto de la subordinación derivado de una relación de control, haya unidad de propósito y dirección, se presente el presupuesto de una participación accionaria mayor al 50% y, según el

Decreto 1749 del 2011, cuando se presente una relación en la cual aquellos vinculados entre sí sean garantes unos de otros.

1.1.1 Junta Directiva

Ahora, en referencia a este órgano societario presente en cada entidad del conglomerado, el Artículo 22 de la Ley 222 de 1995 establece que los miembros de las juntas directivas ejercen facultades de administración. A su vez, el Artículo 438 del Código de Comercio establece las atribuciones de la junta directiva, presumiéndose, al tenor del mismo, que la junta directiva tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier contrato o acto comprendido dentro del objeto social, y está facultada para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines. Por su parte, el Artículo 434 del Código de Comercio indica que las atribuciones de la junta directiva se expresarán en los estatutos de la sociedad.

En este sentido, de los artículos 22 y 28 de la Ley 222 de 1995 puede extraerse mediante una interpretación sistemática que, como órgano de administración, la junta directiva de la matriz debe encargarse de la ejecución de la unidad de propósito y dirección del grupo empresarial. Derivándose de estos presupuestos, y en virtud de su calidad de precursor del interés general del conglomerado, ha de darse un tratamiento diferenciado a la junta directiva (u órgano de administración) de la matriz, postulándola como máximo órgano de administración del conglomerado. En este sentido, desde la dirección jurídica de la matriz se construye la unidad de propósito y dirección para el grupo como conjunto, se dictan pautas de conducta y se definen criterios jurídicos con alcance de grupo. Esta calidad hace que se sitúe a este órgano societario como última instancia decisoria en materia de controversias que puedan afectar al grupo, y como único ente competente para dirimir conflictos de interés dentro del mismo grupo de empresas. Lo anterior se soporta en la responsabilidad que tiene la controlante del grupo ante sus subsidiarias, responsabilidad que va desde la regulación, fiscalización y gestión, hasta la responsabilidad subsidiaria consagrada por la Ley 1116 del 2006, donde se consagra una presunción legal según la cual, es debido a las actuaciones derivadas del control por parte de su matriz o controlante que la sociedad subordinada se encuentra en proceso concursal.

1.2 Grupos empresariales en la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades

En el Proyecto de Ley 70 del 2015, actualmente a consideración del Congreso, se soporta también la preponderancia que aquí busca otorgársele al órgano de administración, al regular la materia de grupos empresariales en los artículos 23 y 24. Estos artículos se encuentran en el capítulo de responsabilidad de los administradores, el cual se complementa con una regulación adicional en materia de conflictos de interés en el contexto de los grupos empresariales. Cabe aclarar, que se hará referencia a la regulación actual en materia de conflictos de interés, con referencia al objeto de análisis, en el capítulo final de esta monografía.

1.2.1 Artículo 23 de la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades

El artículo 23 del proyecto de Ley 70 del 2015 indica que las operaciones entre sociedades matrices y subordinadas estarán sujetas a las reglas previstas en el proyecto para conflictos de interés en los artículos 21 y 22. El artículo primero hace referencia a la autorización que debe surtirse en casos de conflictos de interés. A su vez, el artículo 22 hace referencia a la aplicación del régimen de responsabilidad de la administración, según la autorización que se surtió (o si no hubo autorización alguna). En este sentido, la norma parte de una obviedad pues la matriz siempre tendrá interés en las operaciones que celebre su controlada y, según la disposición, tendría que someter cualquier decisión a la autorización de eventuales asociados minoritarios en la sociedad subordinada, desconociendo el derecho de propiedad del mayoritario y sometiéndolo a la dictadura de los minoritarios. Sin embargo, el yerro es subsanado en el mismo proyecto cuando, posteriormente, excluyen el requerimiento de la autorización para ciertas operaciones y, con el mismo fin de evitar que los accionistas minoritarios bloqueen operaciones justas con fines extorsivos, se introduce un régimen de *autorización subsidiaria* en el segundo numeral del artículo 22. Esta última autorización puede ser impartida a partir de los votos de aquellos asociados que resulten favorecidos por la respectiva operación, así:

Artículo 22. Responsabilidad de los administradores en casos de conflicto de interés. La responsabilidad de los administradores que participen en actos u operaciones afectadas por un conflicto de interés se sujetará a las siguientes reglas:

Autorización plena. El administrador quedará exento de responsabilidad si obtiene la autorización de la asamblea o junta de socios con los votos de la mayoría de aquellos asociados cuyo único interés en la operación sea aquel que deriva de su calidad de asociado. Para efectos de calcular esta mayoría, deberán restarse los votos correspondientes a los asociados que tengan algún interés en el acto u operación diferente a aquel que deriva de su calidad de asociado.

Responsabilidad en casos de autorización impartida por asociados interesados. El administrador será responsable si la autorización de la asamblea o junta de socios se hubiere obtenido a partir de los votos emitidos por una mayoría configurada por asociados que tengan un interés en la operación diferente de aquel que deriva de su calidad de asociado. En este caso, los asociados interesados que hubieren impartido la autorización responderán solidariamente por los perjuicios que sufran la sociedad o sus asociados. [...] (Subrayado fuera de texto)

Cabe agregar además, que el artículo 20⁸ del proyecto de reforma, el cual enuncia quienes son las vinculadas para efectos del artículo 19, entiende que son personas vinculadas al administrador: tanto las sociedades sobre las cuales el administrador ejerza el control al tenor del artículo 260 del Código de Comercio, como las personas jurídicas o naturales que ejerzan control sobre la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones. En este sentido, habría conflicto de interés cuando la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones realice operaciones con su empresa controlante (en caso de ser subordinada) o con una subordinada (en caso de ser controlante). A su vez, habría conflicto de interés cuando la controlante tenga un interés económico sustancial en cualquier operación de la que sea parte la sociedad en que el administrador ejerce sus funciones (o sus subordinadas). En consecuencia, al agregar a estas personas jurídicas al listado de partes vinculadas, el presupuesto de la norma sería la mala fe de los administradores. Pues, de esta forma, se asume que cualquier interés que se presente en la transacción entre el grupo estará viciada de conflicto de interés, cuando, si bien siempre habrá un interés en las transacciones, dado que esta es la razón de ser del conglomerado, este interés no

⁸ Artículo 20. Personas vinculadas. Para los efectos del artículo 19 de esta ley se entenderá que son personas vinculadas al administrador las siguientes: (1) El cónyuge o compañero permanente del administrador o las personas con análoga relación de afectividad. (2) Los parientes del administrador, de su cónyuge o de su compañero permanente, dentro del cuatro grado de consanguinidad, así como los cónyuges y compañeros permanentes de tales parientes. (3) Las sociedades en las que el administrador o cualquiera de las personas mencionadas en los numerales anteriores detenten la calidad de controlantes, conforme al artículo 260 del Código de Comercio. (4) Las sociedades en las que ocupe simultáneamente el cargo de administrador. (5) Los patrimonios autónomos en los que el administrador sea fideicomitente o beneficiario y tenga un interés sustancial; y (6) Aquellas personas naturales o jurídicas que ejerzan conforme al artículo 260 del Código de Comercio, el control sobre la sociedad en la que el administrador cumpla sus funciones. (Subrayado fuera de texto)

será necesariamente antagónico y esta figura ha sido definida doctrinariamente a partir de intereses contrapuestos. También debe tenerse en cuenta que el interés económico de la controlante puede ser en razón del interés del grupo, situación que se contemplará posteriormente con base en el manejo que le han dado distintas legislaciones.

Ahora, si bien es obvio que la matriz tendrá interés en las operaciones que celebre su controlada y no tiene sentido suponer un conflicto de interés entre matriz y subordinada por el simple hecho de controlarla, también debe tenerse en cuenta que la norma también indica que habrá conflicto de interés cuando la sociedad en la que el administrador ejerce sus funciones realice operaciones con su empresa controlante. En este sentido, debe traerse a colación que el deber de lealtad impone a los administradores la obligación de no privilegiar sus intereses personales o los de un tercero frente al “interés social” de la sociedad y, cuando se aborda la problemática de los conflictos de interés en sede de los grupos empresariales, se hace referencia a los supuestos en que el administrador privilegia, sobre el interés social, el interés de “un tercero”, que será en este caso la persona o sociedad matriz o controlante (Sabogal, 2014).

En consecuencia, en un grupo de empresas, las distintas sociedades miembro desarrollan operaciones que deben ser autorizadas o ejecutadas por los administradores y que fácilmente pueden ser encuadradas como típicas operaciones viciadas por conflictos de intereses⁹. Sin embargo, estas operaciones o actos que las sociedades de grupo realizan en conflicto de intereses son necesarias, e incluso, la razón de ser de los conglomerados (Sabogal, 2014).

1.2.1.1 Artículo 21 de la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades

Por su parte, el artículo 21 del proyecto plantea un procedimiento para sanear el conflicto de interés permitiendo la participación del administrador inmerso en el conflicto en acto o negocio respectivo:

⁹ Por ejemplo: en los contratos u operaciones intragrupo que no se desarrollan en condiciones de mercado, o cuando diversas empresas de grupo desarrollan una misma actividad económica y compiten entre sí, o bien cuando la sociedad matriz o controlante aprovecha para sí, o para otra sociedad de grupo, una oportunidad de negocio que originalmente fue ofrecida a una de las sociedades subordinadas. (Sabogal, 2014)

Artículo 21. Autorización en casos de conflicto de interés. En caso de presentarse un conflicto de interés, el administrador no podrá en ningún caso participar en el acto o negocio respectivo a menos que se cumpla el siguiente procedimiento:

Si el administrador fuere representante legal, deberá convocar en forma inmediata a la asamblea general de accionistas o junta de socios.

Si el administrador fuere miembro de la junta directiva o de cualquier órgano de administración de naturaleza colegiada, deberá revelar la existencia del conflicto de interés tan pronto como se presente, para que se convoque, de modo inmediato, a la asamblea general de accionistas o junta de socios.

Si el administrador no fuere representante legal ni miembro de junta directiva, deberá informarle al representante legal para que proceda conforme al numeral 1 de este artículo.

En el orden del día de la convocatoria correspondiente deberá incluirse el punto relativo al análisis de la situación respecto del cual se ha presentado el conflicto de interés. Durante la reunión de asamblea o junta de socios, el administrador deberá suministrarles a los asociados toda la información relevante acerca del negocio.

Parágrafo primero. Si el acto o negocio se celebrare sin mediar la aludida autorización, cualquier interesado podrá solicitar su nulidad absoluta, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el administrador. Esta nulidad absoluta podrá sanearse, en los términos previstos en el artículo 1742 del Código Civil, siempre que se obtenga la autorización expresa de la asamblea, impartida de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de esta ley.

Parágrafo segundo. La circunstancia de que el administrador se ausente de la reunión correspondiente o se abstenga de votar en ella no lo exonerará de darle cumplimiento al trámite previsto en este artículo.

Respecto de este artículo, cabe comentar que omite la posibilidad de que, cuando sea procedente, sea la Junta Directiva quien apruebe este tipo de transacciones. Incluso, cuando en el mismo Derecho Anglosajón del cual se importa esta disposición, se exige que quien apruebe estas operaciones sea meramente un órgano imparcial (Md: Court of Special Appeals, 2000). A su vez, la Superintendencia Financiera de Colombia, en el Código País 2014, documento que se analizará posteriormente, al definir las funciones de la junta directiva, estipula que este órgano es quien aprueba este tipo de transacciones, así:

i. El conocimiento y, en caso de impacto material, la aprobación de las operaciones que la sociedad realiza con accionistas controlantes o significativos, definidos de acuerdo con la estructura de propiedad de la sociedad, o representados en la Junta Directiva; con los miembros de la Junta Directiva y otros Administradores o con personas a ellos vinculadas (operaciones con Partes Vinculadas), así como con empresas del Conglomerado al que pertenece. [...] (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014)

Convocar a los accionistas para tomar este tipo de decisiones generaría una parálisis en la toma de decisiones condenando el desarrollo de la compañía a un procedimiento falto de agilidad y eficiencia. En este sentido, debe acoplarse la disposición a la realidad colombiana y especialmente a la configuración actual de la sociedad anónima.

1.2.2 Artículo 24 de la Propuesta de Reforma al Régimen de Sociedades

Acto seguido, dando continuidad al artículo 23, el artículo 24 indica que podrán celebrarse entre matrices y subordinadas operaciones viciadas de conflictos de interés, sin la autorización del artículo 21, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones que enuncia la norma, así:

Artículo 24. Operaciones en grupos empresariales. Entre las sociedades que pertenezcan a un grupo empresarial inscrito en el Registro Mercantil conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, podrán celebrarse contratos y negocios en los que exista conflicto de interés, sin sujeción a lo previsto en los artículos 21 y 22 de esta ley, siempre y cuando que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Que estén dentro del giro ordinario de los negocios de la sociedad o que no represente más del uno por ciento de los activos de la compañía participante en la operación que tenga el menor monto de activos.*
- 2. Que se celebren a título oneroso.*
- 3. Que las relaciones entre las dos entidades que forman parte del grupo no den lugar a un desequilibrio financiero entre las sociedades participantes en la operación. Se entenderá que existe desequilibrio financiero en aquellos casos en que, luego de efectuada la operación, la mayoría del pasivo de una de las entidades esté conformado por obligaciones con la otra entidad que participa en la operación.*
- 4. Que no pongan en riesgo la capacidad de la sociedad para cumplir de manera oportuna con el pago corriente de sus obligaciones.*

Al final del ejercicio deberá presentarse a consideración de la asamblea general de accionistas o junta de socios el informe especial a que se refiere el artículo 29 de la Ley 222 de 1995, dentro del cual, además de las menciones previstas en la norma citada, deberá hacerse expresa mención de todas aquellas operaciones celebradas al amparo de lo previsto en este artículo.

Los asociados que no detenten el control de cualquiera de las sociedades pertenecientes al grupo empresarial que hubieren sufrido perjuicios como consecuencia de cualquiera de las operaciones conflictivas mencionadas en este artículo tendrán derecho a ser indemnizados por la sociedad en que son asociados. En todo caso, si además del conflicto de interés se presentare opresión de asociados, podrán invocarse las protecciones a que aluden los artículos 51 y 52 de esta ley.

Parágrafo. Cuando entre sociedades pertenecientes a un grupo empresarial debidamente inscrito se celebren operaciones que no se ajusten a las reglas previstas en este artículo, deberá cumplirse el procedimiento regulado en los artículos 21 y 22 de esta ley.

En primer lugar, esta norma debe cotejarse y unificarse con lo estipulado en el Código País 2014, en el cual la Superintendencia Financiera de Colombia sugiere que la sociedad cuente con un procedimiento concreto para la valoración, aprobación y revelación de las operaciones con partes vinculadas. Este procedimiento debe prever que no se requiera la autorización expresa por parte de la junta directiva para las operaciones vinculadas recurrentes, propias del giro ordinario de los negocios, realizadas en virtud de contratos de adhesión o de contratos marco generales, cuyas condiciones estén perfectamente estandarizadas, o que se aplican de forma masiva, sean realizadas a precios de mercado fijados con carácter general por quien actúa como suministrador del bien o servicio del que se trate y cuya cuantía individual no sea relevante para la sociedad.

Por otro lado, para darle sustento al mencionado artículo, el doctor José Miguel Mendoza trae a colación que la celebración de transacciones entre sujetos vinculados es sumamente importante en el contexto de los grupos empresariales. Puntualiza el doctor Mendoza, que las estructuras grupales permiten la generación de mercados internos que suplen posibles deficiencias en el sistema financiero, la administración de justicia y el mercado laboral. Por ejemplo: la transferencia de flujos de capital entre compañías de un mismo grupo que puede abaratar la financiación de nuevos proyectos, cuando el costo de acudir al sistema financiero local sea demasiado alto. Así mismo, la integración en una estructura de grupo puede contrarrestar los problemas generados por un sistema judicial inoperante dado que, ante la imposibilidad de acudir a la justicia para resolver conflictos contractuales con proveedores o distribuidores, el ejercicio del control societario permite asegurar el cumplimiento oportuno de obligaciones. Por estas razones, la celebración de operaciones entre compañías vinculadas es el mecanismo que habilita el funcionamiento de los mercados internos que justifican la existencia de grupos empresariales (Superintendencia de Sociedades, 2015). Lo anterior ha servido de justificación para que en muchos países se admita que las sociedades pertenecientes a un grupo empresarial puedan actuar en beneficio del „interés grupal“. Esto quiere decir, simplemente, que los administradores de una compañía del grupo están legitimados para tomar decisiones que favorezcan a otra que sea

miembro de la misma organización, aún en detrimento de los intereses de la sociedad en la que ejercen sus funciones (Superintendencia de Sociedades, 2015)¹⁰.

En consecuencia, al entender la importancia y necesidad de que las sociedades de un grupo realicen estas operaciones viciadas de conflictos de interés, es claro que, en Colombia, el problema radica en que, si bien se reconoce la legitimidad de los grupos de sociedades, al mismo tiempo, el régimen de deberes y responsabilidad de los administradores está estructurado sobre la base de la sociedad que no hace parte de un grupo empresarial. En razón de esto, como se apreciará posteriormente al citar la regulación actual, la configuración y la sanción al deber de lealtad que a hoy ha promulgado el legislador resulta incompatible con la lógica de la empresa de grupo, por lo que es sumamente necesario y pertinente incorporar una normativa como la contenida en el artículo 24 del proyecto a nuestro ordenamiento.

A su vez, con base en lo argumentado por el citado Superintendente Delegado, es de suma importancia y conveniencia, interiorizar en un nuestro ordenamiento la concepción del llamado *interés grupal*, reconocido por los ordenamientos que se han ocupado de regular el fenómeno de los grupos de sociedades, como se verá en el acápite siguiente.

Finalmente, han de tenerse en cuenta las fuertes críticas que ha recibido el proyecto¹¹, pues la regulación en materia de conflictos de interés que busca importarse proviene del Derecho Anglosajón y, para un esquema de Derecho Comercial tan conservador como el colombiano, no sería coherente dar aplicación a tal regulación en un sistema de Derecho Romano Germánico. Para dar sustento a tales críticas y corroborar el origen de los presupuestos del proyecto basta con

¹⁰ Subrayado fuera de texto.

¹¹ Estas críticas surgieron de conversaciones con distintos especialistas del Derecho Comercial quienes, ante la informalidad del asunto, prefirieron no ser citados.

ver fallos hito en la jurisprudencia estadounidense como en el caso *Shapiro v. Greenfield*¹². Sin embargo, omiten los críticos que lo aquí aducido también encuentra soporte en ordenamientos de corte romano-germánico como lo son el Alemán y el Italiano, que sí reconocen el “interés del grupo” tal y como se verá a continuación.

1.3 Derecho Comparado

Uno de los fundamentos esenciales de la preponderancia que debe otorgársele a la Junta Directiva de la matriz se encuentra en los estudios de Derecho Comparado. Según estos estudios, se ha encontrado que los principales desarrollos en temas de grupos empresariales pueden verse en países miembros de la Unión Europea, que han intentado conservar las ventajas inherentes a las operaciones intragrupalas, sin desproteger a los acreedores y accionistas minoritarios de las sociedades que participan en ellas. Son ordenamientos que han salvaguardado el interés de grupo y, a su vez, han previsto mecanismos de protección a terceros.

1.3.1 Alemania

En Alemania¹³, por ejemplo, las normas sobre grupos promulgadas en 1965 contemplan, tanto la posibilidad de celebrar operaciones entre sociedades afiliadas a una organización de esa naturaleza, como un sistema complejo para proteger a los acreedores y accionistas minoritarios de tales compañías (Superintendencia de Sociedades, 2015). A su vez, el Derecho Alemán se ha ocupado de regular la situación de los conflictos de interés de los administradores en las empresas de grupo, lo que se evidencia en el libro tercero de la Ley de sociedades Anónimas titulado

¹² En este caso, la Corte de Apelaciones especiales de Maryland (*Court of Special Appeals of Maryland*), tras precisar que el estatuto de Maryland fue modelado con base en estatutos de otras jurisdicciones como Delaware, Nueva York y California, indica la importancia de enfocarse en la capacidad del administrador para ejercer un juicio independiente en relación con una influencia derivada de una relación particular del director. Especifica además la Corte – citando el caso *Cinerama, Inc v. Technicolor, Inc-* que los administradores solo deben evitar aquellos intereses que puedan materializarse en contra de la compañía o sus accionistas. A su vez, resalta que una transacción de este tipo (*interested director transaction*) puede ser aprobada por un órgano societario neutral. En síntesis, cuando se cuestione la lealtad de un administrador, la Corte debe buscar establecer si en el conflicto se ha privado a los accionistas de un órgano de toma de decisiones independiente. (Md: Court of Special Appeals, 2000)

¹³ En este aspecto se destaca que en Alemania, en el AktG de 1965, se establece: “(1) son empresas dependientes de las empresas jurídicamente independientes sobre las que otra empresa (empresa dominante) directa o indirectamente puede ejercer una influencia dominante. (2) Se presume que una empresa bajo participación mayoritaria es dependiente de la empresa que participa mayoritariamente en ella”.

“Empresas vinculadas”, en particular, en los artículos 308 a 312 y 317 a 318 AKTG. (Sabogal, 2014).

Además, se destaca la legislación alemana porque, adicional a los supuestos tradicionales de control, introduce la posibilidad de celebrar contratos especiales de dominación para conformar los denominados “grupos de derecho”. El *contrato de dominación* en el Derecho Alemán busca redistribuir las competencias orgánicas de la sociedad dependiente, asignando una parte de estas, generalmente sustancial, a la empresa dominante. Así se altera en forma directa e inmediata la estructura de la sociedad dependiente, afectando sus vínculos y socios y dejando sin efecto alguno los principios que se aplican normalmente a las sociedades. El contrato confiere a la matriz el poder dominante de dirigir los negocios de la sociedad dependiente y brinda la forma para accionar en el caso que esta última no cumpla con las direcciones impartidas. Teniendo en cuenta el poder que ostenta la matriz, el contrato de dominación tiene prevista una adecuada compensación para los accionistas externos y una indemnización que la empresa dominante se obliga a pagar cuando adquiera las acciones de algún accionista que así lo exija. Los accionistas externos pueden escoger entre continuar en la sociedad que resulta dependiente en virtud del contrato, o retirarse (Gaitán, 2011).

En síntesis, en Alemania, en los grupos organizados bajo un *contrato de dominación*, la matriz tiene el poder de ordenar a sus subsidiarias adecuarse al interés de grupo teniendo en cuenta las compensaciones procedentes ante los accionistas externos e indemnizaciones procedentes ante subordinadas. Pero, para que esto sea posible, en el contrato de dominación debe preverse una “compensación adecuada a los accionistas externos” y, además, debe indemnizarse a las subsidiarias por los daños que hubieren sufrido por actuar conforme a las instrucciones de grupo. De lo contrario, los accionistas minoritarios tendrían acción de responsabilidad contra la controlante. Finalmente, debe precisarse que los administradores de la controlante tienen la obligación de impartir las instrucciones a las empresas subordinadas siguiendo los deberes generales de diligencia y lealtad, o de lo contrario quedarán obligados a indemnizar los daños producidos según los arts. 309 y 310 AKTG (*German Stock Corporation Act*). En este sentido, el numeral primero del artículo 309 dice:

(1) *En caso de acuerdos de control, los representantes legales (o el dueño, en el caso de único propietario) de la entidad controlante, deben emitir instrucciones a la compañía, empleando la diligencia y el cuidado debido*¹⁴. [...]

En consecuencia, la regulación actual en materia de grupos en Alemania, ordenamiento de corte romano – germánico, se fundamenta en la preponderancia que por medio de esta monografía se busca otorgar a la matriz de los grupos empresariales en Colombia porque del *German Stock Corporation Act*, pueden extraerse las responsabilidades diferenciales en cabeza de la matriz, con base en el interés del grupo.

1.3.2 Italia

Por otra parte, está la teoría italiana¹⁵ de las ventajas compensatorias (*“teoria dei vantaggi compensativi”*), donde se reconoce la posibilidad de que las pérdidas sufridas por una sociedad subordinada como consecuencia de una operación intragrupal puedan ser resarcidas, posteriormente, por negocios celebrados en desarrollo de la actividad del grupo (Superintendencia de Sociedades, 2015). Esta teoría legitima la injerencia de un perjuicio a una sociedad subordinada siempre que de la operación se derive un beneficio para el conglomerado y la sociedad perjudicada sea efectivamente compensada por la desventaja sufrida; para ello se debe hacer un balance entre los sacrificios y ventajas que la pertenencia al grupo supone para esa sociedad.

¹⁴ Esta traducción proviene de la versión en inglés del AKTG que puede ser consultada en <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-109100.pdf>

¹⁵ En la Legislación italiana se considera controlada: 1) La sociedad en la cual otra sociedad en virtud de las acciones y cuotas poseídas dispone de la mayoría de los votos requeridos para la toma de decisiones en la asamblea ordinaria 2) La sociedad que se halla bajo la influencia dominante de otra sociedad en virtud de las acciones o cuotas poseídas o de los especiales vínculos contractuales con ella. En el registro mercantil debe existir una sección especial en la que sean indicadas las sociedades o las entidades que ejercen actividades de gestión y coordinación y aquellas que se encuentren sujetas a las mismas. (Superintendencia de Sociedades, 2015)

Esta regulación se incorpora fundamentalmente en el artículo 2497 del *Nuovo Codice Civile*¹⁶ y en el Artículo 5 del *Decreto Legislativo 17 gennaio 2003*¹⁷. En virtud del artículo 2497 del Código Civil italiano, las entidades que ejerzan actividades de gestión y coordinación de sociedades actuando con interés empresarial propio o de terceros son responsables directamente ante una violación de los principios de la correcta gestión societaria frente a los socios, por los perjuicios en términos de rentabilidad y de valor de la participación en la sociedad, así como frente a los acreedores de la sociedad, por las lesiones causadas a la integridad patrimonial de la sociedad. No hay responsabilidad si el daño no está relacionado con el resultado final de la actividad de gestión de coordinación (Gaitán, 2011). En esta norma se sostiene que el conflicto de intereses administrador-sociedad, en una sociedad de grupo, solo es relevante cuando se puede materializar en un daño, así (Sabogal, 2014):

*[...]No puede haber lugar a responsabilidad cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación, o bien es íntegramente eliminado como consecuencia de operaciones dirigidas a este fin (traducción del italiano al español) [...]*¹⁸

Así mismo, se defiende en el artículo 2497 que el ejercicio de “dirección y coordinación” por parte de la matriz u otras sociedades de grupo sobre una sociedad subordinada solo responde frente a la sociedad y terceros cuando se pruebe que el ejercicio dominante se realiza únicamente

¹⁶ Artículo 2497: - [1] La società deve indicare la società o l'ente alla cui attività di direzione e coordinamento è soggetta negli atti e nella corrispondenza, nonché mediante iscrizione, a cura degli amministratori, presso la sezione del registro delle imprese di cui al comma successivo. [2] E' istituita presso il registro delle imprese apposita sezione nella quale sono indicate le società o gli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento e quelle che vi sono soggette. [3] Gli amministratori che omettono l'indicazione di cui al comma primo ovvero l'iscrizione di cui al comma secondo, o le mantengono quando la soggezione è cessata, sono responsabili dei danni che la mancata conoscenza di tali fatti abbia recato ai soci o ai terzi. [4] La società deve esporre, in apposita sezione della nota integrativa, un prospetto riepilogativo dei dati essenziali dell'ultimo bilancio della società o dell'ente che esercita su di essa l'attività di direzione e coordinamento. [5] Parimenti, gli amministratori devono indicare nella relazione sulla gestione i rapporti intercorsi con chi esercita l'attività di direzione e coordinamento e con le altre società che vi sono soggette, nonché l'effetto che tale attività ha avuto sull'esercizio dell'impresa sociale e sui suoi risultati.

¹⁷ Este texto puede ser consultado en: http://www.universocoop.it/decreti/dl_6_03_05.htm

¹⁸ [...]Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette [...]

en interés de la controlante o de un tercero y que se actúa en violación al principio de la correcta gestión societaria y empresarial de las sociedades de grupo (Sabogal, 2014)¹⁹.

Como consecuencia de estas disposiciones, han sostenido la doctrina y la jurisprudencia italianas que cuando se ejerce la actividad de influencia dominante bajo una empresa de grupo, esta absorbe, reemplaza o hace inaplicable el régimen común de los conflictos de intereses de los administradores contemplado en la regulación italiana. Lo anterior, toda vez que la nueva normativa de grupos expresa en últimas el mismo principio de “transparencia en los procesos de decisión „influenciados“ por intereses distintos al interés social”, mas los aborda desde una perspectiva distinta cuando existe la peculiaridad de tratarse de sociedades de grupo (Sabogal, 2014). Esto se da en razón de la teoría de las ventajas compensatorias, pues vienen siendo las consecuencias positivas que recibe una sociedad con ocasión de su pertenencia al grupo y que son idóneas para neutralizar, en todo o en parte, él o los perjuicios asumidos en su condición de sociedad subordinada. (Sabogal, 2014)

En este sentido, la legislación italiana reconoce la posibilidad de la prevalencia del interés de grupo sobre el interés de la sociedad controlada siempre y cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) que el grupo se encuentre estructurado bajo una política equilibrada y estable y que la sociedad subordinada se encuentre inmersa dentro de dicha política; (ii) que el interés social de grupo sea puntualmente indicado y divulgado; y (iii) que los administradores puedan considerar razonablemente que los perjuicios serán compensados por las ventajas que obtendrá la sociedad dentro de un tiempo determinado (Sabogal, 2014).

¹⁹ *Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società [...]*

1.3.3 Francia

En Francia, por su parte, ha hecho carrera la denominada *doctrina Rozenblum*, elaborada por la Corte de Casación a partir de un caso penal fallado en 1985²⁰. Según esta regla jurisprudencial, los administradores de una compañía pueden tomar decisiones que beneficien a otra que forme parte del mismo grupo empresarial, aunque resulten lesionados los intereses particulares de aquella sociedad (Conac, Enriques & Gelter, 2007). Para tal efecto, deben cumplirse diversos presupuestos concebidos para asegurar que se trate de operaciones entre verdaderos grupos empresariales, y que no se vean gravemente afectados los intereses de accionistas minoritarios y acreedores (Superintendencia de Sociedades, 2015).

La doctrina *Rozenblum* es citada por el doctor Mendoza en el Proyecto de Ley 70 de 2015 con el fin de llegar al *examen Rozenblum simplificado* y con esto soportar el artículo 24 del proyecto. Este examen *Rozenblum simplificado* es un sistema que busca permitir la celebración de operaciones intragrupalas sin desproteger los intereses de accionistas minoritarios y acreedores, esquema bajo el cual podrán celebrarse operaciones entre compañías pertenecientes a un grupo empresarial, sin surtir el trámite de autorización previsto para los conflictos de interés, siempre que los negocios respectivos se ajusten a los presupuestos enunciados en el artículo 24 de la Reforma al Régimen de Sociedades (Superintendencia de Sociedades, 2015).

A su vez, la doctrina *Rozenblum* soporta la preponderancia que en esta monografía busca otorgársele al órgano de administración, pues es un claro ejemplo en el que se materializa la importancia del interés del grupo y de la función diferenciada en cabeza de la Junta Directiva de la matriz de perseguir este ideal. En consecuencia, este órgano se sitúa, no solo como la cabeza de la matriz, sino también como la cabeza y órgano de administración del grupo de empresas.

1.3.4 España

Finalmente, cabe hacer referencia al Derecho Español donde, como en Colombia, el grupo de sociedades constituye una realidad económica no regulada sistemáticamente. En España se

²⁰ Ver sentencia del 4 de febrero de 1985. Sobre este particular, ver también a: Conac, Enriques & Gelter (2007).

entiende que, en ocasiones, el funcionamiento del grupo requiere una actuación en interés del mismo que puede ser perjudicial para una sociedad miembro. Si esta sociedad es declarada en concurso posteriormente, la administración concursal deberá plantearse la rescisión de aquel acto perjudicial para la sociedad y beneficioso para el grupo²¹. La acción rescisoria concursal se configura como una herramienta útil para deshacer, en beneficio de los acreedores, aquellos actos perjudiciales para sí que la concursada realizó en el contexto de la política de grupo, instruidos por la dirección unitaria. En este sentido, según Lidia Martínez Ruiz, abogada española especialista en Derecho Concursal, y Paulo Roberto Colombo Arnoldi, abogado brasilero docente en la UNESP de Francia, el problema del grupo en el Derecho Español se concreta en la dificultad de poder legitimar la actuación del conjunto de las sociedades que forman el conglomerado en orden a la consecución del interés común o interés del grupo, especialmente cuando alguna de estas pudiera resultar perjudicada a consecuencia de una instrucción perjudicial. En este escenario, se produce una contraposición de intereses entre el conglomerado y la sociedad individual. Así, con el fin de evitar este conflicto de intereses, los citados autores proponen admitir que tal poder se dirija a la consecución del interés del grupo que, en algunas ocasiones será contrario al interés individual de las sociedades agrupadas, con base en la teoría de las ventajas compensatorias. La aplicación de la teoría de las ventajas compensatorias, a efectos de examinar los presupuestos para el ejercicio de la acción rescisoria concursal, permitiría amparar tanto el interés del concurso (la satisfacción de acreedores), que no debe verse alterado por la existencia de una relación de grupo, como el propio interés del grupo de sociedades, al que se le concedería un margen razonable de actuación para la consecución de sus fines empresariales. (Martinez Ruiz & Colombo Arnoldi, 2012).

²¹ La rescisoria está consagrada en el Artículo 71 de la Ley 22 del 2003, de 9 de julio, así: Acciones de reintegración. 1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. 2. El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente. 3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos: 1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado. 2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. 3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. 4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria [...] (Martinez Ruiz & Colombo Arnoldi, 2012)

Conclúyese entonces, tras traer a colación estos distintos ordenamientos de origen romano germánico, que las legislaciones que se han ocupado de regular el fenómeno de los grupos de sociedades han reconocido la existencia del *interés del grupo* y han tratado de salvaguardarlo articulando mecanismos que permitan su consecución, a la vez que se protegen intereses de terceros. Para ello se ha recurrido a teorías como la doctrina de las ventajas compensatorias, que legitima la injerencia de un perjuicio a una sociedad integrada en un grupo, siempre que de la operación se derive un beneficio para el conjunto y la sociedad perjudicada sea efectivamente compensada por la desventaja sufrida. También se ha recurrido a teorías como la doctrina *Rozenblum*, la cual, siempre que se cumplan una serie de condiciones, reconoce y protege el interés del grupo permitiendo que la matriz o controlante imponga sacrificios a las sociedades subordinadas. En este sentido, como bien se estipula en el Proyecto de Ley 70 del 2015, es necesario articular un régimen de grupo que legitime el interés del grupo en el Derecho Colombiano. Solo así se podrá lograr una solución satisfactoria para los problemas que el grupo de sociedades plantea en materia de conflictos de interés y en sede concursal.

Dicho esto, es de resaltar que en el ordenamiento colombiano, como en el ordenamiento español, si bien no se ha interiorizado de forma expresa el interés de grupo, sí se han previsto mecanismos tuitivos de los intereses de terceros en materia concursal, como se verá en el capítulo siguiente.

2. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA

Los ordenamientos jurídicos más desarrollados en materia de Derecho Mercantil, especialmente en el tema de grupos empresariales, han previsto mecanismos de protección a terceros que puedan verse afectados por las transacciones que se hagan en razón del interés del grupo y que perjudiquen a una subordinada en particular, especialmente en materia concursal. En este sentido, la responsabilidad de la matriz respecto a las deudas externas de la empresa insolvente es una cuestión que requiere especial atención en el supuesto en el que una empresa perteneciente a un grupo se declare en insolvencia. Es de resaltar que en este acápite se habla de responsabilidad como sometimiento (*liability responsibility*), como cargo u obligación moral que resulta del posible yerro en un asunto determinado. Se habla de responsabilidad como obligación de reparar.

Según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI–, los distintos regímenes de insolvencia a través del mundo resuelven éstas y otras cuestiones de distintas maneras, que pueden diferenciarse por la forma en que el régimen permita el levantamiento del “velo” corporativo. En este aspecto cabe precisar que este levantamiento del velo corporativo, o desestimación de la personalidad jurídica, se encuentra en dos ámbitos distintos, en el marco colombiano. El primero, más conocido y con poca trascendencia en el objeto de estudio de esta monografía, es el supuesto en el que por mandato judicial se ignore la separación patrimonial para alguno o algunos de los asociados de una sociedad de capital; el segundo ámbito, y el que aquí compete, es en virtud del cual se desestima la personalidad jurídica de las sociedades vinculadas en el conglomerado, dando lugar a una responsabilidad subsidiaria de la matriz ante las deudas de las filiales. En el primer supuesto, los demandados son los socios; en el segundo supuesto y objeto de análisis, el sujeto demandado es la matriz, la cual puede ser singular o plural, en el caso en el que haya una pluralidad de sujetos controlantes²².

En algunos regímenes alrededor del mundo, se aplica un criterio prescriptivo, por el que se circunscriben rigurosamente las circunstancias en que una empresa conexas puede ser responsable de las deudas de una empresa deudora también integrante del grupo. Por otra parte, en otros

²² La consagración de esta modalidad de control conjunto es uno de los grandes avances del Derecho Comercial dado que muchos conglomerados se encuentran estructurados de esta manera según lo demuestran las declaratorias de grupos empresariales y situaciones de control que ha realizado la Superintendencia de Sociedades. (Gaitán, 2011)

regímenes se sigue un criterio menos restrictivo y se da amplia discreción a los tribunales para que evalúen las circunstancias caso por caso, en función de directrices concretas. La variedad de posibles resultados a los que da lugar este tipo de regímenes es más amplia que en los regímenes que prevén un criterio prescriptivo. No obstante, en ambos tipos de regímenes, el modo en que se regulan las cuestiones de responsabilidad dentro del grupo suele fundarse en la relación que existe entre la empresa insolvente y las demás empresas pertenecientes al grupo, en función de quién controle el capital y la gestión de aquella (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 2006).

En Colombia, la Ley 1116 del 2006, ley de insolvencia elaborada con base en la ley modelo de CNUDMI, establece la responsabilidad subsidiaria de las matrices o controlantes en los casos de procesos de reorganización o liquidación judicial de las subordinadas. Este esquema se da bajo una presunción legal, según la cual la sociedad subordinada se encuentra en situación concursal debido a las actuaciones derivadas del control por parte de su matriz o controlante, por lo cual recae en cabeza de la matriz desvirtuar la presunción, demostrando que la situación concursal no se produjo por actuaciones derivadas del control.²³ Bajo este entendido, de la sola subordinación no se deriva la responsabilidad subsidiaria, pues para la configuración de esta, el estado financiero de la subordinada debe ser producto del manejo de la controlante. Al ser una responsabilidad subsidiaria y no principal, la Corte Constitucional ha precisado que la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto en el que el pago no pueda ser asumido por la subordinada; esto, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados (Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-510 de 1997).

Anteriormente, el tema de la responsabilidad subsidiaria de la matriz estuvo previsto en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, el cual constituye el fundamento de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 1116 del 2006, ley que derogó el primer artículo y actual régimen de insolvencia en Colombia:

²³ Según la Corte Constitucional en Sentencia C 510 de 1997: “*el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada*” (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

ARTICULO 148. ACUMULACION PROCESAL. [...].

PARAGRAFO. Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente²⁴.

La norma transcrita contiene tres postulados de interés: en primer lugar, consagra la presunción legal según la cual una sociedad se encuentra en situación concursal debido a las actuaciones derivadas del control por parte de la matriz o controlante; como consecuencia, señala la responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz frente a las obligaciones de la sociedad controlada y, finalmente, impone la carga probatoria en cabeza de la matriz. Este artículo es importante porque se sigue aplicando a las liquidaciones obligatorias que todavía se adelantan en virtud del artículo 117 de la Ley 1116 del 2006²⁵. Además, es de señalar que en vez de parágrafo, constituye una norma autónoma, pues es independiente del tema de la acumulación procesal (Gaitán, 2011). Por añadidura, la Corte Constitucional ha precisado que la norma en comento busca evitar que se defraude a los acreedores; que no es una carga impuesta arbitrariamente a una persona jurídica ajena a los hechos; que se trata de una responsabilidad subsidiaria y no principal y que el objeto de la presunción es la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada, así:

La responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del *precepto*, generan su responsabilidad. Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras

²⁴ Ley 222 de 1995, Título II, derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007.

²⁵ Artículo 117, Ley 1116 del 2006. *Concordatos y liquidaciones obligatorias en curso y acuerdos de reestructuración*. Las negociaciones de acuerdos de reestructuración, los concordatos y liquidaciones obligatorias de personas naturales y jurídicas iniciados durante la vigencia del Título II de la Ley 222 de 1995, al igual que los acuerdos de reestructuración ya celebrados y los concordatos y quiebras indicados en el artículo 237 de la Ley 222 de 1995, seguirán rigiéndose por las normas aplicables al momento de entrar a regir esta ley.

subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados. El objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada. Se trata, entonces, de una presunción **juris tantum**, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos (Corte Constitucional de Colombia, 1997)²⁶.

Del mismo modo, la norma vigente consagra los mismos tres postulados pero le agrega el nombre de quién es competente para conocer sobre la presente acción, por medio de qué proceso y un término de caducidad. Esto es, es competente el juez del concurso ante la acción que deberá tramitarse mediante proceso abreviado (ahora verbal sumario).

Artículo 61. 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.

*El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años*²⁷. (Subrayado fuera de texto)

Acto seguido, es de resaltar que los sujetos vinculados en la situación de control, bajo el marco de la Ley 1116 de 2006 conservan su individualidad manteniendo sus atributos y obligaciones propias. Los supuestos de control asumen que existe una o varias personas controlantes y una o varias controladas, de tal forma que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones de forma independiente.

²⁶ Sentencia C-510 de 1997, M.P. J.G Hernández. En esta sentencia explicó la Corte, citando los artículos 260 y 261 del Código de Comercio que “*el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos*”.

²⁷ Ley 1116 de 2006 la cual tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

Cabe aclarar, que dentro de los efectos de la subordinación no se ha establecido la solidaridad²⁸ de la matriz en el pago de obligaciones contraídas por sus subordinadas, por el solo hecho de la vinculación (Gaitán, 2011); por el contrario, se ha establecido su subsidiariedad en los casos contemplados en la Ley 1116. En este sentido, no podrá el acreedor dirigirse contra controlante y subordinada a su arbitrio según una presunción de solidaridad en los negocios mercantiles que se consagra en el Artículo 825 del Código de Comercio, únicamente podrá dirigirse a la controlante en el escenario en el que se fije en primera instancia que la subordinada insolvente no cuenta con fondos para saldar la obligación. Además, no es suficiente el carácter de matriz para asumir la responsabilidad subsidiaria allí establecida, pues se exige como requisito *sine qua non* que la situación de insolvencia haya sido producida por causa o con ocasión de actuaciones de la sociedad matriz o controlante en detrimento de la empresa subordinada.

Frente a la caducidad, el artículo 61 señala que esta acción caducará a los cuatro años, pero no precisa a partir de qué momento se tendrá en cuenta ese periodo. En este sentido, Álvaro Londoño Restrepo ha expresado en reiteradas ocasiones que, tratándose de caducidad en asuntos de responsabilidad, el cómputo de dicho plazo ha de comenzar desde el momento en el que el daño se hace evidente, que en este caso sería el momento en el que termina el proceso de liquidación judicial y se conoce con absoluta certeza cuáles créditos resultaron insatisfechos y en qué cuantía.

2.1 Caso Industrial Hullera

Un caso que contiene aspectos fundamentales en relación con la responsabilidad de las matrices en Colombia es el caso de Industrial Hullera, empresa que entró en liquidación obligatoria al tenor de la Ley 222. En este caso, invocando la responsabilidad subsidiaria, se demandó a Fabricato, Coltejer y Cementos El Cairo, para que respondieran por sus deudas, dado que, en un

²⁸ ARTICULO 1568 del *Código Civil Colombiano*. DEFINICION DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.

escenario de control conjunto²⁹, Industrial Hullera había sido fundada 58 años antes por Fabricato, Coltejer y Cementos El Cairo, para obtener de allí la materia prima necesaria para sus procesos industriales (Value, 1998).

Como mecanismo de protección temporal de derechos fundamentales se interpusieron varias tutelas, por lo que la Corte Constitucional, en Sentencia SU-636 del 2003, se pronunció ante los fallos proferidos por los Juzgados Segundo Promiscuo Municipal de Amagá y, Veintinueve Penal Civil del Circuito de Medellín, en el trámite de las acciones de tutela por varios pensionados contra Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria y las referidas matrices. Fue un fallo trascendental en el cual se concedieron las tutelas de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, la salud y el mínimo vital de todos los titulares del derecho a pensión de jubilación a cargo de la referida sociedad, como mecanismo definitivo contra Industrial Hullera S. A. y como mecanismo transitorio contra Fabricato, Coltejer y Cementos El Cairo. En este caso, la Corte replicó la sentencia proferida un asunto relativo a la Flota Mercante Gran Colombiana, por lo que los abogados de los demandados alegaron que las accionadas son sociedades anónimas con una regulación especial en el ordenamiento jurídico, naturaleza que no comparte la Federación Nacional de Cafeteros, que por lo demás era la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café, con una propiedad accionaria del 80%, mientras que en este caso Fabricato S. A. tenía una participación del 11.23%, y Cementos El Cairo, el 37.48%, en la composición accionaria de Industrial Hullera S.A. En el caso de Flota Mercante Gran Colombiana, a diferencia de en el caso Industrial Hullera, la subordinación sí fue establecida mediante el reconocimiento por parte de la entidad controlante y la inscripción de la situación de

²⁹ En este aspecto las Superintendencias de Valores y de Sociedades en la Resolución Conjunta 0661-1333 del 24 de septiembre de 1999 expusieron: “*En el caso que nos ocupa interesa de manera especial el denominado control conjunto. Como claramente lo señala el transcrito artículo 260, el control puede ser ejercido por una persona o por un conjunto de personas. El control conjunto se puede apreciar de diferentes maneras que evidencien la voluntad de actuar en común, como una motivación que va más allá de la simple afectio societatis propia de toda sociedad comercial. Mientras que ésta se concreta en la intención de formar una sociedad en situación de igualdad jurídica (cualitativa) y de colaborar para que ella logre la realización de la finalidad común, en aquella lo que se evidencia es que una pluralidad de asociados expresan reiteradamente una "única voluntad", aunque cada socio conserva sus derechos y obligaciones propias. Se trata de analizar en cada caso la existencia de circunstancias que demuestren una actuación "en bloque" o la presencia de un interés común adicional a la afectio societatis que permita aplicar los supuestos de control a un conjunto de personas que se ubiquen en la relación de subordinación como controlantes*”.

control en el registro mercantil (Corte Constitucional de Colombia). Como consecuencia de esta sentencia, las matrices de Industrial Hullera S.A tuvieron que realizar pagos por más de 15.000 millones de pesos (Gaitán, 2011).

A su vez, simultáneamente con las tutelas, se interpuso una demanda por el liquidador de Industrial Hullera S.A., la cual quedó radicada en el Juzgado 6 Civil del Circuito de Medellín, juzgado que declaró responsables a las sociedades demandadas, en calidad de matrices, del estado de liquidación obligatoria de Industrial Hullera, y las hizo subsidiariamente responsables por las obligaciones exigibles, a cargo de ésta, en el período comprendido entre el 20 de junio de 1996 y el 4 de noviembre de 1997. La condena se dio en virtud de los dos primeros presupuestos del ya mencionado artículo: la existencia de una situación de control o de una relación de matriz y filial, y el sometimiento de la filial o la controlada a concordato o liquidación obligatoria.

La sentencia del Juzgado 6 Civil del Circuito de Medellín se fundamenta en dos errores protuberantes, el segundo consecuencia del primero, a saber: (i) que la protección del legislador es para el deudor y que, por lo tanto, (ii) está el liquidador legitimado para instaurar la acción. En este sentido, el apoderado de las demandadas, ante calidad que ostentaba el accionante, alegó que la norma está dirigida a proteger a los acreedores de la empresa en insolvencia. Pues la norma no legitima al liquidador para interponer esta acción como sí lo hace respecto a otras acciones, tales como la revocatoria y la de cumplimiento de obligaciones a cargo de los socios³⁰. En este aspecto, cita el apoderado de las demandadas en sus alegatos a Francisco Reyes Villamizar así:

En efecto, el párrafo del artículo 148 no debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede hacerse parte en el concordato o acudir en subsidio contra la sociedad matriz para satisfacer sus obligaciones. Significa, nada más, que en las hipótesis de fracaso del concordato o de incumplimiento en los términos de éste, la falta de pago por parte de la subordinada –que es el deudor principalmente *obligado*–, dará al acreedor una acción para exigir subsidiariamente a la matriz el respectivo pago. Así mismo en el proceso de liquidación obligatoria habrá que esperar a que se haga patente la insuficiencia de activos de la concursada y la imposibilidad de cumplir con el pago de la respectiva obligación, antes de poder acudir, en subsidio contra la matriz o controlante” (Reyes, Régimen Societario. Tomo I, 2002).(Subrayado fuera de texto)

³⁰ Artículo 185 y 191 de la ley 222 de 1.995

Además, la parte demandada estudió el caso desde el análisis de la responsabilidad civil donde, en primer lugar, debe establecerse un nexo causal, el cual fue fijado por la ley al pre estipular la presunción de responsabilidad; por lo que se aportaron pruebas orientadas a desvirtuar la presunción legal. En su defensa, las sociedades demandadas afirmaron, de conformidad con la manifestación hecha por el Gerente y Representante Legal de Industrial Hullera S. A. ante la Superintendencia de Sociedades, que las causas que determinaron la declaración de liquidación obligatoria de aquella fueron externas e internas; entre las primeras están: la recesión económica, la apertura económica y, la sobreoferta del mercado de carbón en Antioquia, entre otras, mientras que las razones internas obedecieron a los altos salarios que pagaba Industrial Hullera S.A., a la pérdida acelerada en la participación en el mercado nacional, a los altos costos de operación, a la alta carga representada en las pensiones de jubilación y a dos huelgas que redujeron su capacidad de producción y financiera. En este sentido, la liquidación se debía a la incapacidad de ésta en mantenerse en el mercado de manera competitiva (Corte Constitucional de Colombia).

Se planteó también por las demandadas que la sentencia no tiene en cuenta el elemento central de la responsabilidad civil, el daño, el cual debe ser cierto y determinable. En este caso, el daño para cada acreedor es la porción del crédito que resultó impagada, pero en el proceso no hay prueba del valor de realización de los activos a liquidar, ni del valor de pasivos, ni el orden en que deban cancelarse, ni el valor impagado a cada uno de los acreedores; además, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, especialmente, porque se trata de un proceso de responsabilidad donde debe probarse el daño (Industrial Hullera vs. Fabricato y otros).

Por su parte, como fundamento del fallo, la Juez definió como hilo conductor de la sentencia: “la falta de interés en los accionistas en procurar sanear las finanzas de la empresa”, lo que la llevó a formular afirmaciones tan desafortunadas como la que sirvió de conclusión previa al fallo, esto es que “ante el estado financiero que presentaba dicha empresa (Industrial Hullera), no estaba en capacidad de asumir los pagos debidos”. Así pues, se toma la decisión con base en situaciones que hacían inviable la Empresa Industrial Hullera y precipitaron su liquidación, errando al no haberse detenido a estudiar la diferencia entre la existencia de dichas situaciones y las actuaciones de las matrices.

En consecuencia, de una situación de crisis financiera y económica de la empresa se presumieron actuaciones de las demandadas, solo porque tenían conocimiento de los hechos, ignorando que fueron factores atribuibles exclusivamente a la administración de Industrial Hullera los que provocaron la liquidación.

En conclusión, la Responsabilidad Subsidiaria soporta lo argumentado por la presente monografía porque demuestra que, si bien en Colombia no se ha interiorizado de forma explícita el interés de grupo, sí se han previsto mecanismos tuitivos de los intereses de terceros en materia concursal. Este mecanismo, además, presume que la insolvencia de la filial deriva de las actuaciones de la matriz, reconociendo así de forma tácita el *interés del grupo*.

Asimismo, al consagrarse presunción de tal tipo y al haber fallos como el de Industrial Hullera S.A. donde no se tienen en cuenta las pruebas aportadas al proceso para desvirtuar la presunción dado que en este caso no se ejercía efectivamente el control, las matrices de los grupos empresariales deben ejercer efectivamente su posición de dominación mediante la regulación, inspección y fiscalización del grupo. Por consiguiente, se radica en cabeza de la matriz y de su junta directiva, la responsabilidad (responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito derivado de un rol o posición “*role responsibility*”) de dictar lineamientos de conducta para el conglomerado. Por tanto, en el capítulo siguiente, se analizará el deber en cabeza de la controlante de dictar pautas de conducta con alcance de grupo que apunten por el mejor interés del conglomerado.

3. REGULACIÓN Y CONTROL

La posibilidad de “autorregulación” para los grupos empresariales en Colombia se encuentra en el Código País 2014, documento en el cual se profundizará posteriormente, el cual, mediante una serie de lineamientos de Gobierno Corporativo de aplicación voluntaria, reconoce la posibilidad de concebir un interés grupal en los conglomerados colombianos. En este sentido, el rol de la matriz, de cara a las filiales, es el ejercicio de su posición de control mediante la regulación del grupo a través de lineamientos consolidados en un Código de Gobierno Corporativo con alcance de grupo. Es decir, la matriz no solo es quien toma las decisiones que puedan afectar al grupo, sino quien además da las pautas de conducta y administración del conglomerado. En este orden de ideas, la Junta Directiva de la empresa controlante es el órgano encargado de dar los indicadores de gestión hacia los que se deben mover todas las áreas de la compañía; esto en razón del carácter de administrador que se le asigna al órgano en el Artículo 22 de la Ley 222 de 1995, donde se indica que serán administradores los miembros de junta, entre otros.

En este aspecto, cabe citar a organismos internacionales de reconocido prestigio académico como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Corporación Andina de Fomento (CAF), quienes han desarrollado a cabalidad la tesis argumentada por medio de esta monografía. Así pues, la OCDE en un estudio que hizo frente a la aplicación de sus principios en la región, recomienda que la Junta Directiva de la matriz debe tener responsabilidades de cara al grupo como un todo, dotándolo con una visión estratégica, una política de gestión de riesgos, y en general, comprometiéndolo con las metas por cumplir como grupo. Este ambiente de control debe ser estructurado desde una perspectiva consolidada (OCDE, 2014).

3.1 Prácticas de Buen Gobierno Corporativo

Se propone que esta regulación, de cara al Grupo Empresarial, se dé mediante prácticas de Buen Gobierno Corporativo, porque las buenas prácticas de éste³¹ son la herramienta clave para incrementar la competitividad de las empresas y facilitar su sostenibilidad. La implementación de estas prácticas en el Grupo Económico tiene como consecuencia una mayor generación de valor y una mejor gestión de riesgos. Un adecuado gobierno corporativo contribuye de forma crucial al logro de los objetivos de estabilidad, seguridad y confianza; promoción y desarrollo del mercado de valores colombiano; protección del consumidor financiero (Superintendencia Financiera de Colombia), y de los intereses de los accionistas y partes interesadas (Corporación Andina de Fomento, 2013)³².

Este conjunto de principios y normas de Gobierno Corporativo son un marco de *soft-law*³³, que se ha creado como respuesta a situaciones económicas, y están contenidos principalmente en las directrices de la OCDE, documentos de la CAF y, a nivel local, en la recopilación de medidas que ha recogido la Superintendencia Financiera en su Código País 2014, el cual persigue la generación de una cultura sólida de Gobierno Corporativo en Colombia (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

³¹ El énfasis en el tema del Gobierno Corporativo se originó a principios de los años noventa, como resultado de los procesos de privatización en los países de Europa Oriental. Pero fue a inicios de este siglo que adquirió mayor difusión y análisis en los medios especializados a raíz de los escándalos producidos en importantes empresas de países desarrollados. (Corporación Andina de Fomento, 2013). Se han presentado casos en los que las empresas cumplen cosméticamente con los lineamientos en cuestión. Las fallas en las prácticas de gobierno corporativo ocurridas en los mercados más avanzados, por ejemplo Enron o Parmalat, así como las acontecidas con la crisis financiera que comenzó a mediados de 2007, Lehman Brothers, Bear Stearns, AIG, etc., o a nivel local la crisis del sector cooperativo a finales de los años noventa, evidencian claramente la seriedad de las consecuencias de una falla en el sistema de gobierno de una entidad. En efecto, inadecuadas prácticas de gobierno corporativo pueden llevar a la liquidación de una persona jurídica, tal y como sucedió en algunos de los ejemplos mencionados (Superintendencia Financiera de Colombia, s.f.)

³³ El *soft-law* es un término bastante ambiguo pues si se le mira desde una concepción clásica este no contiene la coerción, elemento inherente a la ley. El *soft-law* ha sido definido como una serie de lineamientos que a pesar de no estar dotados de efectos jurídicos vinculantes, resultan a través de distintas vías jurídicamente relevantes. Se les considera normas ligeras, dúctiles o blandas en el sentido de falta de eficacia obligatoria per se, carencia que no impide que gocen de cierta eficacia jurídica gracias a la influencia que ejercen. (UCA) Ya definido el concepto, es interesante el análisis en virtud del cual puede plantearse si el *soft-law* constituye derecho positivo vigente, lo cual podría concluirse en virtud de la vinculatoriedad de diversas regulaciones de este tipo en materia comercial.

El gobierno corporativo es la herramienta clave para definir y defender del interés propio del grupo, manteniendo el respeto a la necesaria autonomía de las sociedades que lo componen, teniendo en cuenta que los intereses de estas pueden entrar en colisión con el interés del grupo.

Se recomienda establecer un modelo de gobierno para el grupo, compuesto por un conjunto de principios y prácticas de gobierno corporativo que rijan la organización y funcionamiento del conjunto del grupo, destinado a dotarlo de estabilidad, eficiencia, y, sobre todo, claridad en la atribución de roles y responsabilidades. Estos lineamientos deben ser compatibles entre sí, apuntar en la misma dirección y conformar un conjunto sólido e integrado; es decir, un Modelo, que sea lógico, eficaz y coherente (Corporación Andina de Fomento, 2013).

3.1.1 Código País

El Código País 2014, expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia a través de la Circular Externa 028 de 2014, constituye una guía de las mejores prácticas corporativas que se espera sean adoptadas y llevadas a la práctica por las sociedades emisoras de valores que pretendan elevar sus estándares de Gobierno Corporativo. El Código País 2014 sustituye el del 2007 y está dirigido a los emisores de valores; sin embargo, se recomienda enfáticamente la implementación de estas medidas en empresas de capital cerradas. Código País obliga a los emisores de valores a diligenciar y remitir a la Superintendencia Financiera de Colombia un *Reporte de Implementación de Mejores Prácticas Corporativas*. Este reporte tiene por objeto indicar y describir de manera general sus prácticas de Gobierno Corporativo y la adopción de las recomendaciones del Código País, con el fin de que los accionistas, los inversionistas y el mercado en general, puedan evaluarlos. En este sentido, el Código y la encuesta siguen el principio “*cumpla o explique*”, donde cada sociedad, dependiendo de su situación particular, decide libremente cuáles aspectos del código adopta, cuáles no, y su respectivo nivel de implementación. En caso de afirmativa implementación, el emisor deberá explicar la forma y mecanismos por los cuales se asegura tal adopción; y en caso de que la respuesta sea negativa, la explicación al mercado es optativa. Los emisores de valores deberán remitir diligenciada, por lo menos anualmente, a la Superintendencia Financiera de Colombia, la encuesta de Mejores Prácticas Corporativas, que tiene por objeto indicar y describir, de manera general, información

sobre sus prácticas de Gobierno Corporativo, y la adopción de las recomendaciones del Código de Mejores Prácticas Corporativas (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

Así pues, el Código País 2014 eleva los estándares de Gobierno Corporativo a requerimientos internacionales, principalmente de la OECD y del Banco Mundial y es el resultado de un proceso de revisión adelantado por la Superintendencia Financiera con el apoyo de la mesa de trabajo intersectorial y la CAF (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014). De aquí la semejanza que hay entre nuestro Código País y los *Lineamientos para un Código Latinoamericano de Buen Gobierno Corporativo* de la Corporación Andina de Fomento (CAF). Código País 2014, al igual que la CAF, identifica cinco grandes Áreas de Gobierno Corporativo (Derechos y Trato Equitativo de Accionistas, Asamblea General de Accionistas, Junta Directiva, Arquitectura de Control y Transparencia e Información Financiera y no Financiera); sin embargo, no acopló todas las medidas dirigidas a grupos empresariales presentes en el anexo del documento que la CAF destinó para la materia. Entre los lineamientos de la CAF que no acopló la Superintendencia Financiera está aquel que otorga preponderancia a la junta directiva de la controlante en razón de sus funciones diferenciadas, como se verá a continuación.

3.2 Prácticas de Buen Gobierno Corporativo para Grupos Empresariales

La primera recomendación en materia de Gobierno Corporativo la trae la Corporación Andina de Fomento, desde la perspectiva de las situaciones de conflicto de interés que pueden presentarse en los grupos empresariales, las cuales ya fueron analizadas en los primeros capítulos de esta monografía. Al respecto, como medida de protección de los accionistas minoritarios de la subordinada, la organización recomienda que la matriz y la subordinada definan un marco de referencia o, cuando sea posible, suscriban un acuerdo que se hará público por ambas partes y que defina con precisión aspectos como las relaciones entre las empresas del grupo y una política clara de administración de conflictos de interés. A su vez, la CAF elaboró su propia lista de personas vinculadas:

En consecuencia, se deberá entender que son personas vinculadas las siguientes:

- *Los Directores de hecho, incluyendo los Directores ocultos (shadow Directors), o de derecho.*
- *Los liquidadores.*
- *Los apoderados con poderes generales del Director persona jurídica.*
- *Las sociedades de su mismo grupo.*
- *Las personas que respecto del apoderado del Director persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los Directores de conformidad con lo establecido anteriormente.*

Anualmente los Directores y miembros de la Alta Gerencia deberán presentar y mantener permanentemente actualizada una declaración general de vinculaciones (mapa de partes vinculadas (Corporación Andina de Fomento, 2013, p. 72)).

Asimismo, como ya fue mencionado en los primeros capítulos, la Superintendencia Financiera de Colombia tomó la recomendación mencionada y la plasmó en el Código País del 2014, donde sugiere que la sociedad debe contar con una política que defina un procedimiento concreto para la valoración, aprobación y revelación de las operaciones con partes vinculadas, incluidos los saldos pendientes y relaciones entre ellas. La política debe prever que no se requiera la autorización expresa por parte de la Junta Directiva para las operaciones vinculadas recurrentes propias del giro ordinario, realizadas en virtud de contratos de adhesión, o de contratos marco generales, cuyas condiciones estén perfectamente estandarizadas, o que se aplican de forma masiva, y son realizadas a precios de mercado, fijados con carácter general por quien actúa como suministrador del bien o servicio del que se trate, y cuya cuantía individual no sea relevante para la sociedad. La política de la sociedad sobre operaciones con vinculadas aborda aspectos específicos referentes a la valoración de la transacción, a la aprobación de la operación y a su revelación posterior³⁴.

Acto seguido, en materia de Arquitectura de Control³⁵, se indica en los lineamientos de la CAF que la administración de riesgos debe hacerse a nivel consolidado, contribuyendo a la cohesión del grupo. En este orden de ideas, la Superintendencia Financiera recomienda que, en el caso de los conglomerados, sea la junta directiva de la matriz quien propenda por la existencia de una

³⁴ Para profundizar en las medidas acá citadas, el Código País 2014 puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=61162>

³⁵ La Arquitectura de Control es un concepto integral que aglutina todo lo que tiene ver con la materia de ambiente de control, gestión de riesgos, sistemas de control interno, información y comunicación, y monitoreo (Corporación Andina de Fomento, 2013)

Arquitectura de Control con alcance consolidado, formal, y que abarque a todas las empresas subordinadas, en la cual se establezcan responsabilidades respecto a las políticas y lineamientos sobre esta materia a nivel del conglomerado y se definan líneas de reporte claras que permitan una visión consolidada de los riesgos a los que está expuesto el conglomerado y la adopción de las medidas de control que correspondan. Se agrega además, que el revisor fiscal debe ser el mismo para todas las empresas del grupo, incluidas las empresas off-shore. (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

En tercer lugar, en materia de transparencia, según lo recopilado por la Superintendencia Financiera de Colombia en el Código País 2014 con base en lo expuesto por la CAF, la empresa deberá realizar un Informe Anual de Gobierno Corporativo, el cual debe contener información al cierre del ejercicio que describe la manera en la que durante el año se dio cumplimiento a las recomendaciones de gobierno corporativo, adoptadas por la sociedad y los principales cambios producidos. El informe deberá contener información acerca de la estructura de propiedad del conglomerado, estructura de administración del conglomerado, operaciones entre partes vinculadas, sistemas de gestión de riesgos del conglomerado y asamblea general de accionistas (Superintendencia Financiera de Colombia, 2014).

Por otro lado, como se ha indicado anteriormente, la CAF, en su Anexo I de los *Lineamientos para un código latinoamericano de Gobierno Corporativo*, anexo titulado *Gobierno Corporativo para Grupos*, propone una serie de medidas con alcance de grupo, las cuales no fueron adoptadas expresamente por la Superintendencia Financiera de Colombia, pero a las que es pertinente hacer referencia, dado que el segundo lineamiento ahí consagrado constituye un pilar de lo aquí propuesto.

La primera medida se enfoca en la estructura organizacional del conglomerado, la cual debe permitir la efectiva supervisión por la matriz del conjunto de empresas subordinadas, así como debe resultar adecuada a la naturaleza, escala, complejidad del grupo y sus riesgos, tanto consolidados como individuales, de las sociedades que lo componen, por lo que esta estructura debe ser pública, clara y transparente. Adicionalmente, la estructura organizacional debe permitir la asignación de líneas claras de responsabilidad dentro del grupo, con el fin de facilitar el control

y la supervisión efectiva, tanto del grupo en su conjunto, como de las propias empresas que lo componen a nivel individual (Corporación Andina de Fomento, 2013).

En segundo lineamiento de grupos que propone la Entidad es el tratamiento diferenciado que debe existir entre el directorio de la matriz y los directorios de las empresas subordinadas, en torno a las funciones que tienen formalmente asignadas y ejercen en la práctica. Estas funciones deben estar formalmente asignadas en los estatutos sociales de la empresa o en el reglamento de junta directiva, tanto para la matriz como para las subordinadas. Las funciones de la matriz están vinculadas con la orientación estratégica del grupo, la supervisión del grupo, el control de la línea de alta gerencia del grupo, así como la ejecución de determinados actos de administración con alcance de grupo. Las funciones de las subordinadas se dan en el contexto de su pertenencia al grupo, entre las cuales se encontrará rendir cuentas a la matriz y proveerle información estratégica. En este sentido, aduce la entidad al referirse al tratamiento diferenciado de directorios:

(...) que el Directorio de la matriz será el responsable del ejercicio de todo un conjunto de funciones con alcance de grupo, lo que le exigirá una mayor intensidad y dedicación, por su parte los Directorios de las empresas subordinadas responderán a un doble nivel: Ante su propia subordinada; y ante la Matriz respecto a la actuación de la subordinada dentro del grupo. Por tanto, entre el Directorio de la empresa Matriz y el Directorio de las empresas subordinadas, podrán existir diferencias en función del distinto alcance de sus responsabilidades, y consecuentemente, establecer una composición, organización, asignación de funciones y dinámica distinta, lo que le exigirá una mayor intensidad y dedicación mientras los directorios de las empresas subordinadas responderán ante su propia subordinada y ante la Matriz respecto a la actuación de la subordinada dentro del grupo. Entiéndase entonces que entre la Junta Directiva de la Matriz y la Junta de las empresas subordinadas existirán diferencias en función del distinto alcance de sus responsabilidades, y consecuentemente, deberá establecerse una composición, organización, asignación de funciones y dinámica distinta (Corporación Andina de Fomento, 2013).

Entre los demás lineamientos en materia de conglomerados que propone la CAF en el Anexo titulado *Gobierno Corporativo para Grupos*, se encuentran los siguientes: que las juntas directivas de las empresas de un grupo deberán estar conformadas por un número de miembros con una combinación de perfiles que permita el adecuado ejercicio en la práctica de las funciones asignadas; que se adapten las prácticas de organización y funcionamiento de las juntas directivas de las compañías que componen el grupo, a la cultura, realidad y necesidades del grupo, en este

sentido, las juntas directivas de las empresas subordinadas deberán definir y revisar periódicamente sus prácticas de organización y funcionamiento, que deberán ser consistentes con sus funciones y con la influencia de la junta de la matriz; que se dé un tratamiento de materias comunes a nivel de grupo en materia de comités de junta; que la junta directiva de la matriz vele porque exista una arquitectura de control adecuada y adaptada a la realidad y complejidad del grupo, basada en las mejores prácticas sobre la materia y, finalmente, que se revele a terceros la información integral y transversal referente al grupo como tal, permitiéndoles a terceros formarse una opinión fundada sobre la realidad³⁶ (Corporación Andina de Fomento, 2013).

Finalmente, en concordancia con lo indicado en el Proyecto de Reforma del Régimen de Sociedades, la CAF ha manifestado que las operaciones vinculadas no tienen por qué ser negativas *per se*; es más, pueden ser económicamente beneficiosas y generadoras de valor, pero no debe ocultarse que en ocasiones pueden generar un riesgo de abuso o de apropiación indebida (*tunneling*), en perjuicio de los accionistas minoritarios, y en beneficio de personas más cercanas a los órganos de administración de la sociedad. En este sentido, la entidad propone la intervención de asesores independientes para la valoración de transacciones directas o indirectas que puedan realizarse entre sociedades pertenecientes al mismo grupo empresarial (Corporación Andina de Fomento, 2013).

Ahora, tras enunciar los lineamientos de la CAF en materia de grupos, es pertinente hacer una breve referencia a lo puntualizado por Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en la materia, especialmente las recomendaciones que surgieron del *Latin American Companies Circle 2014*, evento apoyado por la organización. En este evento, se recomendó reafirmar el control de la Holding sobre el conglomerado y se incentivó el empoderamiento de la junta directiva de la compañía controlante (Latin American Companies Circle, 2014).

3.2.1. Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE

³⁶ Los Lineamientos para un Código Latinoamericano de Buen Gobierno Corporativo pueden encontrarse en el siguiente enlace: http://publicaciones.caf.com/media/25389/lineamientos_codigo_latinoamericano.pdf

La OCDE es un organismo de cooperación internacional cuya trayectoria e información se extiende sobre una amplia gama de temas para ayudar a los gobiernos fomentar la prosperidad, la lucha contra la pobreza a través del crecimiento económico y la estabilidad financiera. Este organismo es el creador de los *Principios de la OCDE*, pilar del Gobierno Corporativo.

Los Principios son un instrumento que ofrece normas no vinculantes y buenas prácticas, así como una guía para su implementación. Estos han sido objeto de una profunda revisión con el fin de adaptarlos a los últimos acontecimientos y experiencias vividas en los países miembros y no miembros de la OCDE, debido a que las empresas desempeñan un papel central en nuestras economías, y el buen gobierno corporativo es un factor importante para sectores cada vez más amplios de la población (OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2004). En palabras de Donald J. Johnston, Secretario General de la OCDE: “*los Principios han anticipado la agenda del Gobierno Corporativo, proporcionando una orientación específica para la puesta en marcha de iniciativas de carácter legislativo y reglamentario tanto en países de la OCDE como en otros no-miembros*” (OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2004).

Los principios recogidos en el documento *Principles of Corporate Governance* se enfocan en las empresas regidas por el derecho privado. En lo que aquí compete, en materia de responsabilidades del Consejo (junta directiva), la organización indica que el marco de gobierno corporativo deberá garantizar la orientación estratégica de la empresa, el control efectivo de la dirección ejecutiva por parte del Consejo y la responsabilidad de éste frente a la empresa y los accionistas, así:

(...) según los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE, el consejo de administración de una entidad matriz debe guiar la dirección estratégica de la empresa y vigilar eficazmente a la gerencia, así como rendir cuentas a la empresa y a sus accionistas, siempre teniendo en cuenta los intereses de las partes interesadas. Para hacer frente a estas responsabilidades, el consejo de administración debe asegurar la integridad de los sistemas de contabilidad y de información financiera de la empresa, entre los que se incluyen las auditorías independientes y la existencia de mecanismos de control adecuados y, en particular, la gestión de riesgos y el control financiero y operacional, así como el cumplimiento del derecho y de las normas aplicables. Los Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE se dirigen también a los grupos de empresas, aunque el consejo de administración de las filiales pueda tener obligaciones derivadas de la legislación del país donde están constituidas como sociedad. Los sistemas de cumplimiento y de control

también deben extenderse, en lo posible, a estas sociedades. Además, la función de vigilar las prácticas de gobierno que corresponde al consejo de administración implica, igualmente, un control permanente de las estructuras internas del grupo para garantizar que las responsabilidades de todo el grupo se encuentran claramente definidas. (OCDE, Revisión 2011) (Subrayado fuera de texto).

En el mismo sentido, en el *Latin American Companies Circle* que se llevó a cabo en noviembre del 2014 en Bogotá, recomendaron como práctica para reafirmar el control de la Holding sobre el Conglomerado, el nombramiento de miembros de la Junta de la Matriz en las juntas de las subordinadas, o el nombramiento de miembros independientes de la Junta de la Holding en la Junta de las subordinadas, asegurando así un alto grado de comunicación. También consideraron viable nombrar miembros de la Junta de la Holding en la Alta Gerencia de la subordinada. A su vez, indicaron que se deben nombrar miembros independientes que aporten conocimientos y calidades profesionales, además de una perspectiva externa. La Junta se debe conformar con perfiles que contengan el conocimiento empresarial específico y la experiencia. También indican que recae en cabeza de la Junta Directiva el evitar la aparición de conflictos de interés y que esta debe ser un órgano capacitado para realizar juicios de valor objetivos, lo que implicará independencia y objetividad frente a la Dirección, y en relación con la composición y estructura de la misma junta (Latin American Companies Circle, 2014).

A su vez, con referencia a las transacciones entre partes vinculadas, en el *Company Circle* se recomendó que estas se mantengan en un *Arm's-length basis*, es decir que sean completamente imparciales e independientes (Latin American Companies Circle, 2014).

Ahora, tras hacer referencia a los lineamientos en materia de grupos presentes en Código País 2014 y a los principios y recomendaciones de organizaciones internacionales que dieron lugar al mismo, cabe puntualizar que hay quienes no están de acuerdo con la importación de este marco de *soft-law*. Por ejemplo, el Francisco Reyes Villamizar dice que la importación de las reglas de gobierno corporativo para sociedades abiertas, sin tener en cuenta el modelo económico subyacente a la regulación, es caso paradigmático de lo que no debe hacerse. Indica el doctor Reyes Villamizar que de esta importación pueden derivar resultados nulos o, en el peor de los casos, perjudiciales, que surgirían de acoger estas ideas con el único propósito de estar a la moda. Así pues, el doctrinante propone justificar los avances que el Derecho Comparado permite

demostrar y tener en cuenta por qué un régimen jurídico particular o una institución jurídica concreta pueden resultar más apropiados en un contexto específico. Finalmente, alega que debe haber un entendimiento teórico y económico de la infraestructura que subyace a las finalidades mismas del Derecho Societario (Reyes, Análisis Económico del Derecho Societario, 2013).

Ante esta negativa, cabe precisar que las normas que buscan importarse son un *soft-law* que se caracterizan por su dinamismo y por acoplarse a economías diversas y cambiantes. Estamos ante lineamientos que, si bien definen una serie de pautas de gobierno precisas, circulan alrededor de una serie de principios de carácter general que permiten fluctuaciones en su aplicación efectiva acorde con el contexto. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la Superintendencia Financiera recopiló en el Código País 2014 los lineamientos aplicables en el territorio colombiano.

En suma, con el fin de evitar que se materialice la responsabilidad subsidiaria de la controlante de cara a las filiales (o incluso sanciones civiles), debe reconocerse la responsabilidad de regulación y fiscalización del grupo en cabeza de la matriz o controlante, especialmente de su junta directiva quien deberá emitir lineamientos de comportamiento. Estas pautas de conducta deben ser divulgadas mediante códigos de buen gobierno corporativo hechos con base en las recomendaciones de organismos internacionales de reconocida trayectoria en la materia, pues el Gobierno Corporativo es la herramienta correcta para ejercer esta responsabilidad en cabeza de la matriz por su carácter vinculante, como se verá a continuación, por su aceptación en el ámbito internacional y porque reconoce explícitamente el interés del grupo. Los Códigos de Buen Gobierno deben establecer principios, políticas, medidas y lineamientos encaminados a detectar, prevenir y administrar los posibles conflictos de interés que puedan surgir con ocasión del desarrollo de las diversas actividades que realiza la sociedad como las transacciones entre partes vinculadas. En este sentido, si bien deben reconocerse los intereses de las filiales individualmente consideradas, el objetivo principal de la junta directiva de la matriz es propender por la consecución del interés grupal; teniendo en cuenta que esto puede generar un menoscabo para la filial.

Finalmente y a modo de conclusión, dado que la junta directiva de la matriz tiene responsabilidades diferenciadas de cara al grupo, debe dársele un tratamiento especial, diferente

del de las demás juntas directivas de las subordinadas. Lo anterior sitúa a la junta directiva la matriz como órgano competente para emitir pautas de conducta, como última instancia en la toma de decisiones, las cuales siempre deberán estar orientadas en razón del interés grupal y como órgano competente para dirimir los conflictos de interés con alcance de grupo.

3.3 Fuerza vinculante de los Códigos de Buen Gobierno

El tema de los Códigos de Conducta y de Buen Gobierno constituye uno de los capítulos más interesantes del derecho comercial moderno, pues hacen parte de la nueva forma de concebir las relaciones empresariales y el funcionamiento societario. Es la más reciente evolución en la forma de conducir la empresa mercantil. Estos cuerpos normativos se caracterizan por emanar de la propia empresa, la cual decide someter su conducta a una serie de parámetros legales y éticos, con la finalidad de garantizar la transparencia, moralidad y legalidad en todos los aspectos de su actividad (Londoño Arango, s.f.). Asimismo, la función preventiva de la responsabilidad civil influye de manera determinante en la dirección y gobierno del grupo empresarial por lo que la doctrina ha constatado, en consecuencia, que la responsabilidad civil constituye un importante instrumento de gobierno corporativo (Londoño Arango, s.f.). Lo anterior, teniendo en cuenta que el régimen de responsabilidad civil de los administradores afecta de manera directa tanto la forma en que la sociedad es dirigida como las relaciones de los administradores con los accionistas e inversionistas, por lo que es indiscutible el papel estelar que aquel juega dentro del sistema de Gobierno Corporativo (Londoño Arango, s.f.), el cual, como se puntualizó anteriormente, se enfoca en el mismo contenido.

Así pues, la responsabilidad civil cumple una importante función preventiva o normativa, pues esta crea en los sujetos la conciencia de estar expuestos a una sanción pecuniaria derivada de causar daños a terceros. Además, la condena civil pronunciada en contra del responsable puede convertirse en una especie de pena privada, que se materializa en un ataque en contra la reputación del responsable (Londoño Arango, s.f.). En este sentido, el endurecimiento del régimen de la responsabilidad civil garantiza que los administradores profesionales velen porque su gestión se oriente por los deberes de diligencia y lealtad que su cargo les impone. Adicionalmente, el desarrollo de la responsabilidad por los actos de control de las sociedades

subordinadas representa un riesgo, que en muchos casos orienta la conducta de la matriz o controlante y sus relaciones con los administradores de la subordinada (Londoño Arango, s.f.).

Ahora, al analizar la naturaleza de estos Códigos cabe destacar que, en virtud del artículo 1492 y 1602 del Código Civil, el principio de la autonomía de la voluntad permite que las personas dentro de las limitaciones que imponen las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, creen normas jurídicas a las cuales el Estado reconoce la fuerza vinculante de la ley, por lo que se ha reconocido que los Códigos de Conducta y Gobierno Corporativo tienen el carácter de estipulaciones contractuales vinculantes, en la medida en que hacen parte de un contrato de obligatorio contenido. En este sentido, las manifestaciones de querer obligarse a cumplir determinadas normas de conducta vinculan a las personas que las han expresado, resaltando además que en los casos en que los códigos de conducta han sido expedidos o confeccionados en virtud de una exigencia legal, el carácter vinculante de los mismos es aún más claro y excede el ámbito puramente contractual (Londoño Arango, s.f.). Este es el caso del Código País analizado con anterioridad, el cual tiene carácter vinculante para los emisores de valores y entidades financieras al tenor del principio de *cumpla o explique*, en virtud de la Circular Externa 028 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Concluyese entonces, que los Códigos de Conducta y de Buen Gobierno, crean verdaderas normas jurídicas vinculantes para los administradores; por lo que, la trasgresión de los mandatos allí contenidos dará lugar a reprochar a título de culpa esta conducta. En este sentido, debe ejecutarse la responsabilidad de regulación de la matriz de cara al grupo empresarial con este instrumento, con el fin de evitar sanciones estrictas de responsabilidad civil, como es la responsabilidad subsidiaria que trae la regulación de insolvencia.

En este orden de ideas, tras analizar la responsabilidad en cabeza de la matriz de dictar pautas de conducta, cabe hacer referencia al Régimen actual de conflictos de interés. Así pues, a continuación se profundizará en el concepto de conflicto de interés y en la regulación vigente en la materia dado que, como se ha visto a través de esta monografía, este es un tema crucial cuando se trata de transacciones entre las compañías subordinadas.

4. CONFLICTOS DE INTERÉS

Como ya se ha planteado a través de esta monografía, en las operaciones con partes vinculadas puede presentarse una colisión entre el “interés del grupo” y el interés de una filial o subsidiaria parte de la transacción. En este sentido, puede vulnerarse el deber fiduciario que tienen los miembros de las juntas directivas de las subordinadas con la sociedad que representan. Pues los directores de las subordinadas pueden encontrarse en una situación delicada si a la hora de valorar operaciones vinculadas, anteponen el interés general del grupo frente al interés particular de la subordinada, especialmente en países cuyo marco legal se focaliza en empresas individualmente consideradas donde esta situación no está prevista. Es por esto que, tras profundizar en el concepto del conflicto de interés, complementado por las definiciones que han acoplado grupos colombianos, y su regulación vigente, es pertinente hacer referencia al deber de lealtad y al deber fiduciario de la administración.

El concepto del *Conflicto de Interés* tiene aplicación en situaciones de toma de decisiones como las que enfrenta la Junta Directiva de una compañía. Es una posición de intereses contrapuestos que pueden diferenciarse entre benignos o neutros, o aquellos los que efectivamente implicarían un detrimento patrimonial (Peters & Handschin, 2012). Es un conflicto intrapersonal del individuo o de la institución envuelta en la toma de la decisión.

Ahora, en materia regulatoria, se han encontrado principios relacionados con los conflictos de interés y reglas en imparcialidad, incompatibilidad, lealtad y divulgación (Peters & Handschin, 2012), todas enfocadas en un aspecto preventivo y no en el aspecto represivo de la norma, el cual lleva a sanciones que raramente son aplicadas en la práctica³⁷.

³⁷ En varios países los esquemas tradicionales de autorregulación han sido complementados o sustituidos por normas imperativas en esta materia (Peters & Handschin, 2012). A hoy podemos hablar de cuatro tipos de regulación: Primero, las provisiones relevantes existentes en las leyes aplicables a las instituciones de un Estado como lo sería la Constitución o el Código Penal, segundo, los estatutos generales para instituciones específicas como bancos o cortes de auditores, tercero, la regulación aplicable a todas las instituciones en un estado como la que se encuentra en el *Slovenian Prevention of Corruption Act* o en el *Irish Ethics in Public Office Act* y finalmente, están las reglas especiales aplicables a insituciones individuales como las creadas en Austria exclusivamente para el Parlamento. *Austrian Incompatibility Act for Government and Parliament* en Demmke et al. *Regulating Conflicts of Interest*, p.26.

En Colombia, la materia está regulada en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en el numeral 7, el cual consagra para los administradores un deber de abstención así:

[...] 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea de accionistas.

A su vez, el artículo 23 propone un sistema de fiscalización que combina la obligación de surtir un trámite de autorización con la posibilidad de solicitar la revisión judicial de operaciones viciadas por un conflicto. Entonces, si bien el numeral séptimo del aducido artículo consagra el deber de abstenerse de participar en actos respecto de los cuales exista conflicto de interés, puede contemplarse la posibilidad de celebrar negocios jurídicos de esta naturaleza siempre y cuando medie una autorización, así:

Artículo 23 [...] En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad.

En este sentido, en nuestro sistema jurídico actual les corresponde a los accionistas, reunidos en el seno del máximo órgano social, la aprobación de todas aquellas operaciones en las que se presente un conflicto de la naturaleza analizada. Así pues, Francisco Reyes Villamizar ha aclarado que “la ley 222 de 1995 no impide definitivamente la realización de tales actos, sino que somete su celebración a un riguroso procedimiento mediante el cual se pretende, en lo esencial, proteger los intereses de la sociedad, sus asociados y terceros interesados” (Superintendencia de Sociedades, 2015).

Esta Ley 222 de 1995 constituyó un avance significativo en este aspecto. Sin embargo, la falta de precisión sobre las conductas que originan el conflicto, su tratamiento y sanciones impidieron una aplicación efectiva de las restricciones. Posteriormente, el decreto reglamentario 1925 de 2009 intentó corregir la falta de especificidad de la disposición legal citada, pero sus preceptos resultaron insuficientes ante las prácticas extendidas en esta materia; por lo que hoy el Proyecto de Reforma 70 de 2015, citado en los primeros capítulos de esta monografía, persigue que se

aclare el concepto con el fin de que los administradores puedan orientar su conducta y los jueces sus fallos (Superintendencia de Sociedades, 2015). A su vez, la Ley 222 de 1995 no se refiere al conflicto de interés inherente a las operaciones entre dos empresas del mismo grupo ni a su autorización, mucho menos reconoce de forma explícita el interés del grupo; cosa que sí hace el Código País 2014.

En el Código País 2014, entre muchas recomendaciones, la Superintendencia Financiera sugiere que el grupo empresarial cuente con una política que defina un procedimiento concreto para la valoración, aprobación y revelación de las operaciones con partes vinculadas, incluidos los saldos pendientes y relaciones entre ellas. A su vez, también sugiere clasificar los conflictos de interés entre, esporádicos o permanentes. Si el conflicto es esporádico, el procedimiento aplicable ha de indicar las reglas y pasos que se deben seguir, los cuales deben ser fáciles de administrar y difíciles de eludir para el afectado. Los conflictos de interés permanentes han de entenderse como causal de renuncia por parte del afectado. Ahora bien, casi todas las sociedades que han adoptado Códigos de Gobierno Corporativo o Códigos de Ética con base en el Código País del 2014 o en el del 2007, han construido su propia definición de conflictos de interés de la cual se pueden extraer elementos del concepto en el contexto colombiano.

En primer lugar cabe hacer referencia al Grupo Nutresa, quien consagró en el artículo segundo de su Código una definición de lo que para el Grupo constituirá Conflicto de Interés, así:

*Existirá conflicto de interés cuando no sea posible la satisfacción simultánea de dos intereses a saber: el radicado en cabeza del Consejero, Administrador, empleado o accionista y el de alguna de las sociedades que hacen parte del Grupo Empresarial, bien porque el interés sea de cualquiera de aquellos o de un tercero [...]*³⁸

De acá puede extraerse que habrá conflicto de interés únicamente cuando no sea posible la satisfacción simultánea de dos intereses, es decir, en el contexto de las transacciones entre empresas del grupo, solo habrá conflicto de interés cuando de la operación derive un menoscabo para una empresa integrante del grupo o para el “interés del grupo”.

³⁸ El Código de Buen Gobierno de Grupo Nutresa puede consultarse en el siguiente enlace: http://www.gruponutresa.com/sites/default/files/codigo_de_buen_gobierno_actualizado_abril_2015_nuevo_codigo_pais_publicado_24_de_abril_8.pdf

Por otra parte, el Código de Buen Gobierno Corporativo de Grupo Argos indica que los abusos en transacciones con partes relacionadas constituyen conflicto de interés y consagra que pueden llevarse a cabo operaciones de esta índole siempre y cuando medie autorización expresa de la Junta Directiva o de la Asamblea de Accionistas, según sea el caso. Además indica que es función del Secretario General tramitar los conflictos de interés que surjan en la compañía y que deban ser de conocimiento de la Junta Directiva, según los lineamientos adoptados³⁹.

Por su parte ISA (Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P), primera compañía pública en el país en abrir su capital a la participación privada mediante el programa “ISA Acciones para Todos”, en su actual Código de Buen Gobierno, el cual está por ser actualizado en virtud de las prácticas vigentes emitidas en el 2014, define los conflictos de interés así:

Los administradores y trabajadores de la Empresa se encuentran en una situación de conflicto de interés cuando deban tomar una decisión o realizar u omitir una acción, en razón de sus funciones y se encuentren en la posibilidad de escoger entre el interés de la Empresa, cliente, usuario o proveedor de la situación presentada, y su interés propio o el de un tercero, de manera que de optar por cualquiera de estos dos últimos, obtendría un indebido beneficio pecuniario y/o extra-económico que de otra forma no recibiría, desconociendo así un deber legal, contractual, estatutario o ético (Interconexión Eléctrica SA ESP ISA, 2001).

Y exige a los administradores y trabajadores de la Empresa, actuar con la diligencia y lealtad debida, comunicando las situaciones donde existan conflictos de intereses, observando el deber de confidencialidad, y utilizar razonablemente los activos sociales, para los fines y servicios destinados. Ante un Conflicto de Interés o la duda del mismo, la empresa indica en su Código los pasos que se deben seguir⁴⁰ (Interconexión Eléctrica SA ESP ISA, 2001).

En síntesis, en los Códigos de Buen Gobierno de grupos colombianos se han establecido principios, políticas, medidas y lineamientos encaminados a detectar, prevenir y administrar los

³⁹ En su Código de Buen Gobierno, Grupo Argos regula la relación con las empresas subordinadas así: “La Compañía deberá adoptar, y revisar periódicamente, protocolos de manejo de relaciones y manejo de información de las Compañías subordinadas inscritas en Bolsa que aseguren un manejo transparente y adecuado y aseguren que no se abusa de su condición de socio controlante”.

⁴⁰ El Código de Buen Gobierno de ISA puede encontrarse en <http://www.isa.co/es/sala-de-prensa/Documents/nuestra-compania/codigo-de-buen-gobierno/2010-09-08%20Codigo-de-buen-gobierno.pdf>

posibles conflictos de interés que puedan surgir con ocasión del desarrollo de las diversas actividades que realiza la sociedad como las transacciones entre partes vinculadas. En este sentido, se han tenido los siguientes elementos en cuenta al definir el concepto: que no sea posible la satisfacción simultánea de dos intereses, que la transacción represente un menoscabo para una sociedad del grupo, que haya abusos en las transacciones con partes vinculadas o cuando de la operación se obtenga un indebido beneficio pecuniario. A su vez, se ha precisado que la autorización que debe mediar estos tipos de transacciones puede ser otorgada por la junta directiva y que el secretario general es quien debe tramitar estos asuntos.

Por último, es de resaltar la obligación en cabeza de la matriz de regular cómo se van a gestionar los conflictos de interés en el conglomerado, indicando de forma clara e ineludible cómo se valorarán, aprobarán y revelarán las relaciones con partes vinculadas. Ha de quedar clara la obligación, especialmente de los miembros de junta, de defender activamente los intereses del grupo, con base en sus conocimientos y experiencia profesional, y ha de extenderse la aplicación de la política o procedimiento a analistas, corredores o agencias que puedan ver comprometida la integridad de sus análisis o asesoramiento. Esta definición y su respectivo procedimiento debe interiorizarse en la sociedad mediante las prácticas de buen gobierno, en virtud de la función preventiva de la responsabilidad civil, con el fin de dejar claro a la administración como orientar su comportamiento.

Ahora, la matriz debe defender el interés del grupo y emitir una serie de políticas y lineamientos con alcance de grupo que lo protejan pero, en el que supuesto en el que se presente una colisión entre el “interés del grupo” y el interés de una filial o subsidiaria parte de la transacción, se verá comprometido el deber de fiduciario, y en consecuencia el deber de lealtad, del director de la subordinada.

4.1 Deber fiduciario y deber de lealtad

El Derecho Corporativo permite a los accionistas asociar sus activos y ejercer el control del negocio, de forma conjunta, a través de acciones transferibles. También permite delegar la administración en directores especializados, mientras los accionistas disfrutan de la

responsabilidad limitada. En este sentido, se constituye un ente que confía en un administrador que cuenta con los conocimientos profesionales y experiencia requerida, pero que cuenta además con intereses propios, o por lo menos, con intereses distintos de aquellos del inversionista. De esta manera, el conflicto de interés va más allá de respetar pasivamente una serie de intereses y plantea una obligación de defender activamente los intereses de otro (Peters & Handschin, 2012). Como corolario, la situación primordial es la relación entre un sujeto principal y un agente, donde el agente tiene la autoridad o poder legal para tomar decisiones en virtud del principal, al tenor del deber fiduciario⁴¹.

Se dice que los administradores de la sociedad y otros directivos son “fiduciarios” para decir que han de comportarse de manera honesta frente a los beneficiarios de los deberes que de tal condición se derivan (Marcos, 2002). El hecho de que el administrador sea considerado como un fiduciario de su principal (la sociedad) encuentra su origen en el lugar que ocupa en la estructura societaria, como gestor de intereses ajenos, que le obligan a un cuidado de los bienes y a fomentar los intereses de la sociedad (Ribas, 2014). En este sentido, puede alegarse que el deber fiduciario que deben los miembros de la junta a la respectiva subordinada que representan, podrá verse comprometido cuando entren en conflicto los intereses de la filial o subsidiaria con el interés grupal.

El deber fiduciario en su sentido general se materializa en el actuar en el mejor interés de la sociedad, en virtud del deber de lealtad⁴². Este concepto es concebible dentro del Derecho Comercial de tradición *civil law* que ha conceptualizado un interés de la compañía y supone simplemente, la necesidad de que el administrador actúe en la forma que consulte los mejores intereses de la sociedad. Entonces, en el supuesto concreto habría que entrar a definir, de cara a los miembros de junta de la subordinada, si el principal es la sociedad que representan o el grupo empresarial como tal, teniendo en cuenta que los administradores de una sociedad son libres de

⁴¹ Ha sido recurrente la confusión entre “agency” y “trust”, siendo ambas utilizadas para describir la relación entre un sujeto principal y un agente tanto en el sector público como privado. Sin embargo ambos términos son apropiados para describir la relación fiduciaria entre el actor y aquel en virtud del cual el actor actúa. Las relaciones fiduciarias son reconocidas generalmente en las esferas del Derecho Privado, Corporativo y Público (Peters & Handschin, 2012).

⁴² En un sentido más preciso, el deber de lealtad es el único deber propiamente fiduciario, de manera que el deber de lealtad coincide plenamente con las obligaciones fiduciarias y está considerado como el núcleo esencial de la relación fiduciaria. (Ribas, 2014)

canalizar ciertos negocios hacia otra sociedad en la que tienen un interés, si la operación es aprobada por los administradores independientes o es beneficiosa para la empresa (Marcos, 2002).

Finalmente, cabe precisar que, en Colombia, este deber de lealtad está regulado, junto con otros deberes fiduciarios, en el Artículo 23 de la Ley 222 de 1995, el cual presenta una particularidad en el sentido en el que enmarca supuestos que encuadran en el deber de lealtad y consagra una consecuencia en materia de responsabilidad civil, al indicar que los administradores responderán por los perjuicios que le ocasionen a la sociedad y a los asociados. Cabe precisar que ha de aplicarse esta consecuencia jurídica a todos los supuestos que deriven del incumplimiento de los deberes generales consagrados por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, bajo el entendido de que las obligaciones que contraen los administradores en el ejercicio de sus funciones son de medio y no de resultados, lo que implica que no se les exige que obtengan los resultados que se han propuesto.

Concluyese entonces que el deber de lealtad existe en virtud del principio o deber de fiducia, según el cual ha de actuarse en el mejor interés del principal. De esta forma, se presenta una serie de intereses contrapuestos para los miembros de las juntas directivas de las subordinadas, cuando ha de ponderarse entre el interés grupal y las medidas, transacciones u operaciones que afecten la sociedad que ellos directamente representan. En efecto, ha de definirse quien ha de constituirse como principal en estos casos, para poder entender así a quien se le debe tal deber y en este aspecto es que toma gran importancia interiorizar el “interés del grupo”. Así pues, quien debe autorizar estas operaciones viciadas es la junta directiva de la matriz; pues esta, en razón de sus funciones diferenciadas, es quien debe proteger el interés del grupo.

CONCLUSIONES

Concluyese entonces que la junta directiva de la matriz, o controlante, es preponderante ante las demás juntas de las subordinadas del grupo empresarial, por lo que debe dársele un tratamiento especial, pues es esta quien debe perseguir el “interés del grupo”, concepto aceptado por legislaciones desarrolladas de corte romano –germánico, que debe interiorizarse en el derecho societario colombiano. Así pues, bajo este precepto, la matriz tiene el poder de ordenar a sus subsidiarias adecuarse al interés de grupo reconociendo la posibilidad de la prevalencia del interés de grupo sobre el interés de la sociedad subordinada. En este sentido, como bien se estipula en el Proyecto de Ley 70 del 2015 al tratar de importar la doctrina *Rozenblum* del Derecho Alemán, es necesario articular un régimen de grupo que legitime el interés del grupo en el Derecho Colombiano pues solo así se podrá lograr una solución satisfactoria para los problemas que el grupo de sociedades plantea en materia de conflictos de interés y en sede concursal.

A su vez, esta calidad que ostenta la junta directiva de la controlante de cara a las demás juntas del conglomerado encuentra soporte en las responsabilidades que tiene la controlante de cara a las subordinadas. La primera responsabilidad es la responsabilidad subsidiaria consagrada en la regulación de insolvencia porque, si bien en Colombia no se ha interiorizado de forma expresa el interés de grupo, sí se han previsto mecanismos tuitivos de los intereses de terceros que puedan verse afectados por un detrimento de una subordinada. Con esta responsabilidad subsidiaria se presume que la insolvencia de la filial deriva de las actuaciones de la matriz, reconociendo así de forma tácita el interés del grupo. Asimismo, al consagrarse presunción de tal tipo y al haber fallos como el de Industrial Hullera S.A. donde no se tienen en cuenta las pruebas aportadas al proceso para desvirtuar la presunción, las matrices de los grupos empresariales deben ejercer efectivamente su posición de dominación mediante la regulación, inspección y fiscalización del grupo. Por consiguiente, se radica en cabeza de la matriz y de su junta directiva, una segunda responsabilidad, la de dictar lineamientos de conducta para el conglomerado.

Así pues, esta regulación debe hacerse mediante la implementación de prácticas de buen gobierno en el grupo, dado que estas constituyen verdaderas normas jurídicas vinculantes para los administradores y son bien aceptadas en el ámbito internacional. El gobierno corporativo es la

herramienta clave para definir y defender del interés propio del grupo, manteniendo el respeto a la necesaria autonomía de las sociedades que lo componen, teniendo en cuenta que los intereses de estas pueden entrar en colisión con el interés del grupo. De esta forma, pueden presentarse intereses contrapuestos para los miembros de las juntas directivas de las subordinadas, cuando ha de ponderarse entre el interés grupal y las medidas, transacciones u operaciones que afecten la sociedad que ellos directamente representan. En consecuencia, debe adecuarse el gobierno de los conglomerados a patrones internacionales reconocidamente respetables por lo que debe interiorizarse en Colombia el “interés del grupo” según el cual deben autorizarse transacciones que puedan ser perjudiciales para una sociedad subordinada pero beneficiosas para el grupo.

REFERENCIAS

Sociedades, S. d. (23 de Julio de 2015). CIRCULAR EXTERNA NÚMERO 100-000003 DE 2015. *Circular Básica Jurídica*, 49582. Bogotá, Colombia.

Revista Semana. (16 de Mayo de 2015). Las 100 empresas más grandes de Colombia (... y las 900 siguientes). *Semana* .

Superintendencia Financiera de Colombia. (2014). Código de mejores prácticas corporativas. *Código País* . Colombia.

Corporación Andina de Fomento. (2013). *Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo* (3ra edición ed.). CAF.

Superintendencia Financiera de Colombia. (n.d.). *Superintendencia Financiera de Colombia*. From Superintendencia Financiera de Colombia:
<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/GobiernoCorporativo/doccong200810pub.pdf>

Banco de Desarrollo de América Latina. (13 de 10 de 2013). CAF presentó la nueva edición de los Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo.
<http://www.caf.com/es/actualidad/noticias/2013/10/caf-presento-la-nueva-edicion-de-los-lineamientos-para-un-codigo-latinoamericano-de-gobierno-corporativo/> .

OCDE. (2011). *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de empresas publicas*. (E. Traducido por el Ministerio de Economía y Hacienda, Trans.)

OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2004). *Principles of Corporate Governance*. OCDE.

OCDE. (Revisión 2011). *Lineas Directrices de la OCDE para empresas multinacionales*. OCDE.

Villamizar, F. R. (2013). *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea* (4ta edición ed.). Colombia: Legis Editores SA.

Superintendencia de Sociedades. (2015). Proyecto de Reforma al Régimen de Sociedades. *Proyecto de Reforma al Régimen de Sociedades* . Colombia.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2006). Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia. *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia* . Viena, Austria: Naciones Unidas.

C-510 de 1997, C-510 de 1997 (Corte Constitucional de Colombia 1997).

Latin American Companies Circle. (Noviembre de 2014). Corporate Governance Recommendations for Company Groups. (S. O. P., Trans.)

UCA. (n.d.). UCA. From UCA: <http://www2.uca.es/grup-invest/sej-352/expert->

Sentencia C-510 de 1997 (Corte Constitucional 1997).

Peters, A., & Handschin, L. (2012). *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press.

Superintendencia de Sociedades. (2015). Proyecto de Reforma al Régimen Societario. *Proyecto de Reforma al Régimen Societario*. Bogotá, Colombia: Superintendencia de Sociedades.

Grupo Nutresa. (2008). Código de Buen Gobierno. *Actualizado abril 2015*. Medellín.

Interconexión Electrica SA ESP ISA. (15 de Noviembre de 2001). Código de Buen Gobierno.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE. (2004). Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE. *OECD Principles of Corporate Governance*. OCDE.

Corporación Andina de Fomento. (2013). Lineamientos para un Código Latinoamericano de Gobierno Corporativo. CAF.

Superintendencia de Sociedades. (2015). Proyecto de Reforma al Régimen de Sociedades. *Proyecto de Reforma al Régimen de Sociedades*. Colombia.

Industrial Hullera vs. Fabricato y otros, Proceso Ordinario (Tribunal Superior de Medellín).

Londoño Arango, M. (n.d.). Responsabilidad Civil de Administradores.

Marcos, F. (2002). *Instituto de Empresa*. Retrieved 20 de Octubre de 2015 from http://profesores.ie.edu/fmarcos/Publicaciones_archivos/El%20principio%20fiduciario.pdf

OCDE. (17 de November de 2014). Corporate Governance of Company Groups: International and Latin American Experience. (S. O. P., Trans.) Bogotá, Cundinamarca, Colombia: Hosted by: BVC and Superintendencia Financiera de Colombia.

Reyes, F. (2013). *El Analisis Económico del Derecho Societario* (2ª Edición ed.). Legis Editores SA.

Gaitán, A. (2011). *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Bogotá: Superintendencia de Sociedades.

Reyes, F. (2013). *Análisis Económico del Derecho Societario* (Segunda Edición ed.). Colombia: Legis Editores SA.

Londoño, A. (2007). *Comentarios al Régimen de Insolvencia Empresarial*. Bogotá, Colombia: Editorial Legis SA.

Reyes, F. (2002). *Régimen Societario. Tomo I*. Bogotá: Temis.

Reyes, F. (2013). *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea* (Cuarta Edición 2013 ed.). Bogotá, Colombia: Editorial LEGIS.

Aguilar, H. (2001). Componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional. Universidad de Santiago de Compostela.

Ribas, V. (2014). *Los deberes fiduciarios de los administradores*. Universidad de Alcalá: INFORMES USA.

Londoño Arango, M. (s.f.). *La Responsabilidad Civil de los Administradores de las Sociedades: Un análisis a partir de la función preventiva de la Responsabilidad Civil y los Principios de Gobierno Corporativo*. Medellín, Colombia.

Correa, D. (2015). Los cambios en el control de mando en las firmas según la teoría de agencia: una hipótesis para explicar el surgimiento del Sindicato Antioqueño. *AD MINISTER Universidad EAFIT* (7), 47.

Value, N. (27 de junio de 1998). Hullera: Una mina de problemas. *El Tiempo*, p. 1.

Corte Constitucional, SU-636 de 2003 (2003).

Shapiro v. Greenfield, 764 A. 2d 270 (Md: Court of Special Appeals 2000).

Sabogal, L. F. (2014). *Revista eMercatoria*. Retrieved 2015 from Universidad Externado de Colombia: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/4051/4851>

Martinez Ruiz, L., & Colombo Arnoldi, P. R. (2012). BRASILEÑO, EL INTERÉS DEL GRUPO DE SOCIEDADES Y LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: BREVE REFERENCIA AL DERECHO. *BRASILEÑO, EL INTERÉS DEL GRUPO DE SOCIEDADES Y LA ACCIÓN RESCISORIA CONCURSAL EN EL DERECHO ESPAÑOL: BREVE REFERENCIA AL DERECHO*.