

**APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ POR
INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD CONTROLADA**

FEDERICO BONILLA RODRÍGUEZ

TEL: 3118985778

E-MAIL: fborog@gmail.com

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ-COLOMBIA**

2019

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
1. NOCIONES BÁSICAS.....	4
1.1. SOCIEDADES SUBORDINADAS.....	6
1.2. MARCO GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES..	7
1.3. RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL.....	9
2. EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	10
3. CONCLUSIÓN.....	17
4. BIBLIOGRAFÍA.....	19

INTRODUCCIÓN

En varias ocasiones hemos escuchado hablar de los grupos empresariales y creemos comprender las implicaciones jurídicas y económicas que nacen de este tipo de figuras corporativas. Sin embargo, cuando realmente nos preguntamos sobre los derechos y obligaciones existentes para los conglomerados empresariales, nos encontramos en situaciones de incertidumbre frente a las mismas.

No obstante lo anterior, aunque existen múltiples situaciones problemáticas a la hora de estudiar los conglomerados empresariales, en este ensayo se examinará específicamente la responsabilidad de la sociedad matriz o controladora en casos de insolvencia de la sociedad filial o subsidiaria y la obligación de la matriz de satisfacer las obligaciones incumplidas por la sociedad controlada, cuando la insolvencia económica de la controlada se debe a decisiones u operaciones determinadas por la sociedad controlante, independientemente de que esta última se haya visto beneficiada o no por la situación de insolvencia de la sociedad controlada.

En la actualidad se ha presentado un inusual crecimiento de situaciones que llevan a las sociedades a llevar a cabo procesos de reorganización y/o liquidación de la sociedad, una de las causas más comunes es la insolvencia económica que impide que la sociedad cumpla con sus obligaciones. Así las cosas, es posible advertir la importancia de investigar sobre la responsabilidad de la sociedad matriz por la insolvencia de la controlada, teniendo en cuenta que la legislación actual no establece de manera precisa una postura que permita determinar los casos o las condiciones con las cuales se puede declarar la responsabilidad y/o la solidaridad de la sociedad controlante frente a las obligaciones de la sociedad controlada.

De forma tal que, en las líneas subsiguientes se resolverá el siguiente interrogante ¿en qué casos y bajo cuáles requisitos se predica la responsabilidad de la sociedad matriz por la insolvencia de una sociedad subordinada? Para resolver

esta pregunta se analizará la jurisprudencia vigente, la normatividad colombiana y la doctrina en materia de insolvencia societaria.

Cabe advertir que el presente artículo busca determinar los presupuestos de la responsabilidad de las sociedades matrices por la insolvencia de la sociedad subordinada con el ánimo de desincentivar la creación de figuras jurídicas y/o económicas que propicien conductas perjudiciales para la sociedad a través de vehículos societarios.

1. NOCIONES BÁSICAS

Frente a la configuración de grupos empresariales, la ley 222 de 1995 establece en su artículo 28 que:

“Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.”

Teniendo en cuenta el marco normativo para la configuración de grupos empresariales, establecido dentro del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, anteriormente citado, el profesor Carlos Mario Montiel define acertadamente que los grupos empresariales son: “el conjunto de una o más sociedades independientes jurídicamente entre sí, pero que se encuentran bajo un control o subordinación ejercido por una matriz o controlante y sometidas a una dirección unitaria que determina los lineamientos de cada una de ellas. conformándose el grupo

empresarial únicamente cuando concurren los dos elementos de su esencia; 1. El control o subordinación y 2. La unidad de propósito y dirección; sin que signifique esto, que se esté dando nacimiento a un nuevo ente autónomo e independiente, pues se mantiene intacta la personalidad jurídica de cada una de las sociedades vinculadas al grupo.”¹.

En consecuencia, es posible colegir que el ordenamiento jurídico colombiano contempla la posibilidad que tienen los empresarios para configurar grupos empresariales. Sin embargo, nos surge la inquietud sobre los motivos o razones que pueden llegar a encontrarse para motivar a los empresarios para implementar este tipo de figuras jurídicas, frente a la cual, el Dr. Francisco Reyes Villamizar ha manifestado que la implementación de esta herramienta jurídica obedece a que “cuando la empresa alcanza dimensiones económicas de importancia y está provista de una organización compleja, asume inevitablemente su configuración bajo la dirección unificada de una sociedad directora o *holding* que opera por medio de una pluralidad de sociedades. La estructura de grupo permite la *optimización* de la productividad y, habitualmente, la reducción de costos. Por lo demás, al tiempo se facilita la especialización administrativa y funcional de las distintas sociedades participantes, se le otorga una adecuada diversificación de las actividades de explotación económica.”²

Es decir que, la implementación o configuración de grupos empresariales resulta ser una herramienta provechosa para los empresarios y las sociedades, sin embargo, podría llegarse a pensar que con la creación de conglomerados empresariales se pueden estar desprotegiendo los derechos y acreencias que puedan llegar a tener terceras personas con las sociedades agrupadas, pero lo cierto es que este tipo de situaciones fueron previstas por el ordenamiento jurídico

¹ Montiel Fuentes, Carlos Mario Acercamiento al Concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para su Existencia. *Revista e-mercatoria*. 8, 1 (jun. 2009).

² Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. pp. 307 (2017)

colombiano que incluyó en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, la obligación de registro de situaciones de control en el registro mercantil.

Lo mencionado, con la intención de publicitar la existencia de los grupos empresariales y de esta manera asistir la defensa y protección de los inversionistas y de los terceros en general³, según lo mencionado por la Superintendencia de Sociedades en su Concepto 115-085357 del 17 de septiembre de 2010.

1.1. SOCIEDADES SUBORDINADAS

De acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, que subrogó al artículo 260 del Código de Comercio, las sociedades subordinadas son definidas como aquellas organizaciones que dependen de las disposiciones o lineamientos de otra organización, la cual ejerce el control sobre sus operaciones, funcionamiento y administración, para la toma de decisiones. El control ejercido por la sociedad controlante o matriz sobre la controlada o subordinada puede ser ejercido de forma directa o indirecta sin que se afecte la situación de control o la configuración del grupo empresarial.

Al respecto, la Corte Constitucional en su sentencia C-510 de 1997 estableció que: “pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, 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 subordinadas, 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 unidad de intereses y propósitos”⁴

En consecuencia, se advierte que las sociedades subordinadas detentan una personalidad jurídica propia, a pesar de estar supeditada a los lineamientos de

³ Superintendencia de Sociedades, Concepto 115-085357, Definición de Grupo Empresarial, 17 de septiembre de 2010.

⁴ Corte Constitucional. (9 de octubre de 1997) Sentencia C-510 de 1997 [MP José Gregorio Hernández Galindo].

ejecución de su objeto social impuestos por la sociedad matriz y por lo tanto es responsable del cumplimiento de todas las obligaciones que adquiriera en ejecución de sus actividades, así como del ejercicio de los derechos que por ley detentan todas las personas jurídicas.

1.2. MARCO GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

El régimen legal de la responsabilidad de los administradores se encuentra consagrado dentro del Código de Comercio y de la ley 222 de 1995, al estudiarlo es posible evidenciar que el legislador realizó una juiciosa tarea en la delimitación de las obligaciones de los administradores frente a su gestión profesional dentro de la sociedad. Sin embargo, con el fin de dar respuesta al principal interrogante de este escrito, es necesario concentrar el estudio en el artículo 24 de la ley 222 de 1995 con el cual se modificó el artículo 200 del Código de Comercio, que dice lo siguiente:

“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.”

¿Pero por qué es importante tener en cuenta la responsabilidad de los administradores para dar respuesta al tema objeto del presente artículo? bueno claramente porque cuando establecemos la responsabilidad de una empresa frente a los daños ocasionados a terceros, debemos observar de cerca al agente causante del daño de forma tal que podamos determinar correctamente el sujeto al cual se le realizará la imputación del daño, sobre el cual recaerá la obligación de reparar.

Antes de continuar con el desarrollo del tema que se trata en este trabajo, deseo advertir que en Colombia el régimen de responsabilidad de los administradores le es aplicable a todas las personas que desempeñen u ocupen cualquiera de los cargos o posiciones establecidos por el artículo 22 de la ley 222 de 1995 y puesto que la ley no establece ninguna limitación dentro de las calidades que debe reunir una persona para ocupar un cargo administrativo, es posible afirmar que las personas jurídicas pueden actuar como administradores de sociedades, por lo que el régimen de responsabilidad de los administradores les es aplicable indistintamente.

Continuando, cuando entramos a estudiar un caso de responsabilidad podemos llegar a encontrar que la administración de la sociedad causante del daño se encuentra en cabeza de otra sociedad, muchas veces, en cabeza de una sociedad controlante sin que esta sea la regla general. Así las cosas, cuando hallamos este tipo de situaciones es necesario tener en cuenta dos cosas muy importantes en el ámbito de responsabilidad de los administradores.

En primer lugar, que el artículo 200 del Código de Comercio establece de forma expresa que la responsabilidad es solidaria entre los diferentes administradores y tiene carácter ilimitado y, en segundo lugar, que el mismo artículo dentro de su inciso primero establece que el principio general de responsabilidad de los administradores

es el dolo o culpa⁵, como bien lo menciona el profesor Obdulio Velásquez Posada en su obra en la cual advierte que el administrador será responsable de los daños que cause con dolo o culpa a la sociedad, a los socios y/o a terceros, salvo, como lo dispone el inciso segundo del artículo 200 del Código de Comercio, cuando el administrador “no ha tenido conocimiento de algo, se ha opuesto a actuar o a realizar una conducta, ello quiere decir que a esa persona no le es imputable el daño y que no hay culpa o dolo que le sea atribuible y que, por tanto, no será responsable de algo que no hizo.”⁶

Por consiguiente, cuando una sociedad actué como administrador de otra sociedad y lleve a cabo cualquier actividad de las mencionadas por el artículo 24 de la ley 222 de 1995 que Modificó el Código de Comercio, como se mencionó anteriormente, será responsable de reparar todos los daños que cause según lo dispuesto en el artículo 2341 del Código Civil que establece la obligación de resarcir el daño y el principio general de responsabilidad.

1.3. RÉGIMEN DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL

El régimen de insolvencia empresarial se encuentra enmarcado dentro de la Ley 1116 de 2006 y consiste en un grupo de normas que “permiten normalizar las relaciones comerciales y crediticias de las organizaciones mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o de pasivos.

Este proceso se prevé para las sociedades que tengan dificultades en cumplir sus obligaciones o estén a punto de cesar pagos a sus proveedores. Para Ximena Castrillón, abogada senior en asuntos corporativos de Araújo-Ibarra, la finalidad de esta figura es conservar la empresa como unidad de explotación. Es

⁵ Velásquez Posada, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual, segunda edición. Editorial Temis, pp 528-529 (2016)

⁶ Velásquez Posada, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual, segunda edición. Editorial Temis, pp 530 (2016)

decir, buscar de manera estructurada formas para continuar con las acciones económicas de la organización.

De acuerdo con datos de la Superintendencia de Sociedades, desde 2007 a marzo 31 del presente año se han aceptado 2.078 procesos de reorganización empresarial en el país. En lo corrido del año van 79 validados. Allí, la empresa y sus acreedores hacen negociaciones y llegan a un acuerdo, en el cual se realizan los pagos según establece la ley (trabajadores, impuestos, bancos y proveedores).

1. Para empezar el proceso de reorganización, la empresa debe presentar ante la Supersociedades los cinco estados financieros básicos de los últimos tres años y con corte al día de la solicitud. Inventario de activos y pasivos, memoria explicativa de las causas de la insolvencia y flujo de caja para pagar.
2. Se emite el auto de iniciación. Ese documento contiene órdenes para el deudor como la publicación de avisos o la entrega de información a los acreedores. Se nombra un promotor quien será el encargado de asistir a las negociaciones y que los bienes del deudor sean adjudicados a los acreedores.
3. Es un documento donde se relaciona a quién debe y cuánto dinero debe la empresa. También define cuántos votos tiene el acreedor sobre el acuerdo de reorganización. Si es acreedor debe buscar al promotor para que incluya su crédito en el proyecto de graduación y calificación del mismo.
4. Una vez se aprueba la graduación y calificación de créditos hay un plazo de cuatro meses para la aprobación del acuerdo de reorganización. Para ser aprobado se necesitan los votos favorables de al menos tres categorías de deudores y mayoría absoluta. Se debe respetar la prelación legal de los deudores.”⁷

⁷ José Gonzáles Bell. (2018). Pasos a Seguir para Realizar una Reorganización Empresarial. La República, 30 de abril de 2018. Recuperado de <https://www.larepublica.co/especiales/proteccion-patrimonial/pasos-a-seguir-para-realizar-una-reorganizacion-empresarial-2720258>

EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD

Como se mencionó al inicio del presente artículo, durante los últimos años se ha evidenciado una proliferación de grupos empresariales dentro de todas las industrias, situación que evidentemente ha provocado el incremento de nacimientos de sociedades bajo el régimen societario de Colombia y de igual manera se ha llegado a advertir la proliferación de sociedades en procesos de reorganización y liquidación. Este tipo de eventos son normales dentro del derecho societario, sin embargo la principal preocupación actual de los juristas y de los entes gubernamentales es que no siempre se llega a un proceso de liquidación de forma 'natural', puesto que el orden correcto de las cosas sería que una sociedad permaneciera en el tiempo mientras su objeto social pueda ser ejecutado o cuando el término de vida jurídica de la sociedad, que los socios de la misma establecieron en el momento de su constitución, llegue a su fin; sino que se recurre al proceso de reorganización y/o liquidación de forma prematura, premisa que permite deducir que hay intereses ocultos detrás de este tipo de procesos, que varían entre la evasión de pago a proveedores hasta la evasión de pago de impuestos, tasas y/o contribuciones, entre muchos otros.

Lo mencionado, ha sido evidenciado en diferentes ocasiones, en donde en la mayoría de las veces, la empresa que entraba en un proceso de insolvencia para luego ser liquidada resultaba perteneciendo a un grupo empresarial con suficiente capacidad económica y que por 'coincidencia' terminaba beneficiándose de la situación de insolvencia de su subsidiaria.

En virtud de casos como el mencionado como ejemplo en las líneas anteriores, se manifestó la necesidad de contar con herramientas jurídicas que impidieran la realización de este tipo de figuras fraudulentas que terminaban perjudicando a terceros vinculados de buena fe con la sociedad insolvente.

Con base dicha necesidad, en Colombia se han venido realizando diferentes estudios en materia de derecho societario y del derecho de daños para hacer frente a este tipo de situaciones dañosas y que me permito comenzar a explicar.

Para empezar, es necesario hablar de la extensión de la responsabilidad como uno de los principales efectos de las situaciones de subordinación y que se regula dentro de las leyes 222 de 1995 y 1116 de 2006, que establecen dos circunstancias para que surjan obligaciones a cargo de las entidades matrices. “Por una parte, se fija una subsidiariedad en la responsabilidad de la matriz en los casos de concurso de la sociedad subordinada y, por otra parte, una responsabilidad en las hipótesis de liquidación obligatoria de esta última, cuando se compruebe fraude de aquella. Conviene, pues, analizar con algún detalle estas dos circunstancias.”⁸

“a) Responsabilidad subsidiaria en casos de insolvencia de sociedades subordinadas

(i) Análisis del párrafo de los artículos 148 de la ley 222 de 1995 y 61 de la ley 1116 de 2006. Con criterio eminentemente proteccionista de los intereses de los acreedores de compañías que forman parte de grupos o que están subordinados a otras, la ley 222 de 1995 estatuyó modalidades de desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades controladas en las hipótesis de concordato preventivo o liquidación obligatoria. En efecto, según lo dispuesto en el ya derogado párrafo del artículo 148 de la mencionada ley, la sociedad matriz debía responder en forma subsidiaria por las obligaciones insolutas de la subordinada admitida a alguno de los trámites concursales mencionados. El artículo 61 de la ley 1116 de 2006, también consagró un sistema de desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades subordinadas en caso de insuficiencia de activos para el pago de los pasivos en procesos de insolvencia. El mecanismo consagrado en la normativa vigente es virtualmente idéntico al previsto en el párrafo del mencionado artículo 148 de la

⁸ Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. pp. 339 (2017)

ley 222. Así pues, en el régimen concursal se mantuvo, con algunas variaciones, el sistema de responsabilidad subsidiaria de las matrices. En efecto, el inciso 1º del artículo 61 de la ley 1116 se refiere a los mismos aspectos que aparecían en la norma derogada. La disposición vigente es del siguiente tenor: “Cuando la situación de control de insolvencia o 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 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.”⁹

“Como puede apreciarse, el precepto que se acaba de citar contiene, en general, los mismos elementos previstos en la disposición derogada. Con todo, pueden apreciarse dos modificaciones con respecto al parágrafo del artículo 148 de la ley 222. En primer lugar, la competencia para conocer de la acción, a solicitud e parte, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades, como juez del concurso. En segundo término, la acción tendrá una caducidad de cuatro años, a diferencia de la prevista en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, que prescribía en el término de cinco años (conforme al art. 235 de la ley 222 de 1995).

Tanto en la normativa anterior como en la vigente se exige que los presupuestos del concurso se hayan originado en las actuaciones de la compañía controlante. Esto es, que será indispensable que las dificultades para el pago de las

⁹ Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. pp. 341-340 (2017)

obligaciones de la filial o subsidiaria provengan de los actos de control ejercidos, dolosa o culposamente, por la sociedad matriz sobre la controlada.”¹⁰

“(ii) Análisis de la Corte Constitucional Sobre el Régimen de Responsabilidad Subsidiaria.

La Interpretación de la Corte Constitucional sobre la denominada responsabilidad subsidiaria en hipótesis concursales, ha creado consecuencias significativas en los regímenes societario y concursal. En síntesis, la Corte ha sostenido que el accionista mayoritario de una sociedad anónima en liquidación obligatoria debe suministrarle a su filial los recursos necesarios para cubrir todas las pensiones de jubilación y los aportes de seguridad social que aquella adeude. Este suministro de liquidez debe mantenerse durante el tiempo necesario para que un juez ordinario declare a la matriz definitivamente responsable por las obligaciones dejadas de pagar por su filial.

Se trata en realidad, de una destinación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima, a la cual se llega sin que medie comprobación de los elementos que podrían configurar la responsabilidad. La Corte afirma esta postura jurídica luego de considerar que existe una responsabilidad presunta y temporal de la matriz por las obligaciones de la compañía controlada,”¹¹ un ejemplo claro de esto se evidencia en la Sentencia SU-1023 del 21 de septiembre de 2001, donde la Corte ordena a la sociedad matriz de hacerse cargo de las obligaciones pensionales que recaen sobre su filial insolvente.¹²

“b) Responsabilidad en los casos de concurso liquidatorio de la controlada.

¹⁰ Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. pp. 340 (2017)

¹¹ Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. pp. 344 (2017)

¹² Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. (2017)

El artículo 207 de la ley 222, con más aptitud, instituyó la tesis de la destinación de la personalidad jurídica de la sociedad en hipótesis de liquidación obligatoria. A diferencia de lo acontecido con la responsabilidad a que se refería el párrafo del artículo 148, precitado [hoy, art. 61 de la Ley 1116 de 2016], en esta hipótesis la responsabilidad no se restringe a los casos de subordinación entre personas jurídicas, sino que se extiende a todos los socios o accionistas de la compañía en liquidación. Tampoco se presumía en el artículo 207, citado, por la culpabilidad de los asociados, sino que era preciso probarla. Por lo demás, esta apenas podía darse a título de dolo, pues se exigía demostrar que la compañía se había utilizado para defraudar acreedores sociales. Curiosamente, la responsabilidad que se derivaba de esta norma no es solidaria sino conjunta, pues el pago del pasivo externo insoluto se hace en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad.

El mencionado precepto legal fue derogado por el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, la cual dispuso en su lugar lo siguiente:

“Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el

juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.

La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.”¹³

No obstante lo anterior, cabe agregar que para lograr la desestimación de la persona jurídica es necesario probar la comisión de una conducta punible de acuerdo con el Código Penal, es decir que los actos que llevaron a la causación del perjuicio deben estar debidamente tipificados en el texto de la norma atendiendo a los principios básicos del derecho penal que se extienden a la rama del derecho societario.

Por lo tanto, aunque la figura de la desestimación de la persona jurídica tiene un fundamento jurídico sólido, se considera que puede acarrear problemas probatorios para su declaratoria y desgastar tanto al aparato judicial como a las víctimas de la conducta dañosa.

Por lo anterior, se propone establecer dentro del régimen de responsabilidad de la matriz por insolvencia de las subordinadas, la implementación de la figura de responsabilidad de los administradores, mediante la cual, al considerar a la entidad matriz como administrador de la sociedad subsidiaria, sería posible lograr una reparación de los daños causados con ocasión de actuaciones dañosas derivadas del control ejercido por la matriz sobre las subordinadas de una manera más eficiente y expedita.

La anterior afirmación es posible fundamentarla teniendo en cuenta, como se mencionó al inicio de este artículo, que los administradores son solidarios ante terceros por daños causados a la sociedad, a los socios y/o a terceros, es decir que cuando la sociedad matriz ejerza control y ocasione cualquier tipo de daño será

¹³ Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. pp. 352-353 (2017)

responsable de los daños que la sociedad subsidiaria cause en virtud a la presión ejercida por su controlante.

Es importante no olvidar que el ordenamiento jurídico colombiano contempla la posibilidad de las sociedades para actuar como administradores de otras sociedades, lo que permite vincularlas a procesos donde se discuta la responsabilidad de los administradores.

Otra ventaja para las víctimas del hecho dañoso, derivada de la implementación la responsabilidad de los administradores para casos de insolvencia de sociedades subordinadas es que en el ámbito probatorio se podría llegar a trasladar la carga de la prueba a la sociedad mediante la carga dinámica de la prueba, facilitando así la comprobación de los hechos y brindando una seguridad jurídica mayor a favor de las víctimas.

Y finalmente, no habría peligro de violar derechos de las sociedades por virtud de la desestimación de la personalidad jurídica, como así lo ha sostenido la Corte Constitucional, cuando la insolvencia de la entidad controlada atenta en contra de los derechos pensionales de personas y en especial cuando afecta a personas de la tercera edad. En consecuencia, de lo cual cesaría la inseguridad jurídica existente y la contradicción que la tesis de la Corte impone sobre todo el sentido de la existencia de sociedades con un límite de responsabilidad determinado.

2. CONCLUSIÓN

Respondiendo a la pregunta planteada en el inicio del presente documento y a manera de conclusión, se advierte que en Colombia actualmente el ordenamiento jurídico refiriéndose a la insolvencia empresarial y la responsabilidad de todas aquellas sociedades matriz cuyas sociedades subordinadas se encuentran inmersas en procesos de reorganización o liquidación, ha establecido que es viable realizar una desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad que ha dejado de cumplir con sus obligaciones de forma defraudadora con el fin de que las obligaciones incumplidas sean satisfechas por la sociedad matriz o por los

beneficiarios finales de las sociedades, de forma tal que no se cause un detrimento a terceros que de buena fe contrataron o fueron lesionados por las actividades desarrolladas por la sociedad o grupo empresarial al que pertenecen.

En segundo lugar, se evidencia como segundo presupuesto a tener en cuenta, la desestimación de la persona jurídica de la sociedad controlada o la declaratoria de responsabilidad solidaria de la sociedad matriz para el cumplimiento de obligaciones incumplidas por la sociedad controlada, cuando se vulnere o afecte un derecho pensional o relacionado con obligaciones laborales o de seguridad social; casos en los cuales el juez puede ordenar a la sociedad matriz que se haga cargo de todas aquellas obligaciones incumplidas por su subsidiaria.

Y por último, la sociedad matriz será responsable de las obligaciones incumplidas con razón a la insolvencia de una sociedad subsidiaria, cuando se pruebe que el origen de la situación de insolvencia de la sociedad subsidiaria tuvo lugar en una decisión de la sociedad matriz con la cual esta última obtuvo cualquier tipo de beneficio sin importar la naturaleza del mismo. Es importante mencionar que para probar el beneficio de la matriz derivado de la coerción que esta impone sobre la entidad controlada, es posible probarlo de diferentes maneras dentro de las cuales encontramos: (i) la declaración de parte, es decir que, alguno de los administradores o accionistas de la empresa matriz por si mismo o a través de su representante legal para el caso de personas jurídicas, manifieste la comisión de la conducta dolosa de la sociedad para beneficiarse a realizarse el interrogatorio dentro del proceso para declarar la responsabilidad de la sociedad matriz; (ii) la prueba documental, es decir que se recaben documentos como actas de asamblea de accionistas y/o de junta directiva donde se evidencie la decisión de lesionar la sociedad subordinada para beneficiarse y, otro ejemplo de prueba documental pueden ser los estados financieros de la sociedad matriz donde se evidencie un beneficio económico para aquella por la insolvencia de la subordinada, aquí tendría que verse como un hecho notorio tal beneficio; (iii) otro medio de prueba que es posible utilizar en este tipo de casos es la realización de un examen pericial sobre la sociedad matriz y sus asuntos

corporativos, sobre el mercado o la industria donde se enmarquen las actividades desarrolladas por la sociedad matriz donde se pruebe un beneficio sobre el mismo para la matriz por la insolvencia de la sociedad subsidiaria, entre otros; (iv) y finalmente, el testimonio también puede servir para probar la responsabilidad de la matriz, este consistiría en la manifestación de una persona cualquiera que pudo haber percibido los hechos que se discuten en el litigio y que pueden servir para probar la conducta dolosa o culposa de la matriz por la insolvencia de la entidad subordinada.

Vale la pena aclarar, que cualquier medio probatorio permitido por la ley es viable para probar los hechos generadores del daño y los anteriormente mencionados se traen en calidad de sugerencia por considerarse, a mi juicio, como los más idóneos para probar el beneficio de una sociedad matriz por la insolvencia de su sociedad subordinada. De cualquier manera, las pruebas aportadas deben establecer inequívocamente la intención dolosa o culposa de la matriz para provocar una insolvencia económica de la sociedad controlada para obtener un beneficio de la situación mencionada.

Se debe tener en cuenta que a pesar de que en Colombia existe un avance sobre la materia de responsabilidad de los grupos empresariales, aun hace falta seguir profundizando en el estudio del tema y el desarrollo de nuevas herramientas y leyes que garanticen la protección de los derechos de las empresa, los accionistas, los trabajadores, los proveedores y los terceros en general que de buena fe tienen vínculos jurídicos con los primeros, puesto que aun se evidencian problemas y vacíos dentro del sistema normativo y judicial, sobre este tema particular.

3. BIBLIOGRAFÍA

1. Montiel Fuentes, Carlos Mario Acercamiento al Concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para su Existencia. *Revista e-mercatoria*. 8, 1 (jun. 2009).
2. Reyes Villamizar, Francisco Hernando. Derecho Societario, tomo II, tercera edición. Editorial Temis. (2017)
3. Superintendencia de Sociedades, Concepto 115-085357, Definición de Grupo Empresarial, 17 de septiembre de 2010.
4. Corte Constitucional. (9 de octubre de 1997) Sentencia C-510 de 1997 [MP José Gregorio Hernández Galindo].
5. Velásquez Posada, Obdulio. Responsabilidad Civil Extracontractual, segunda edición. Editorial Temis, (2016)
6. Corte Constitucional. (21 de septiembre de 2001) Sentencia SU - 1023 [MP Jaime Córdoba Triviño]
7. Congreso de la República de Colombia. (16 de junio de 1971) Código de Comercio Colombiano. [Decreto 410 de 1971].
8. Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1873) Código Civil Colombiano [Ley 84 de 1873].
9. Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre de 1995) Ley 222 de 1995.
10. Congreso de la República de Colombia (27 de diciembre de 2006) Ley 1116 de 2006.
11. José Gonzáles Bell. (2018). Pasos a Seguir para Realizar una Reorganización Empresarial. La República, 30 de abril de 2018. Recuperado de <https://www.larepublica.co/especiales/proteccion-patrimonial/pasos-a-seguir-para-realizar-una-reorganizacion-empresarial-2720258>