

# CONGLOMERADOS EN COLOMBIA

## ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

### AUTORES

BILLY ESCOBAR PÉREZ  
SEBASTIÁN BOHÓRQUEZ  
MARCO ANTONIO CASAS RODRÍGUEZ  
CARLOS ANDRÉS CAÑÓN  
CAROLINA CAÑÓN  
CLARA EUGENIA CASTILLO LÓPEZ  
JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA  
ANDRÉS GAITÁN ROZO  
DIANA CAMILA GAITÁN HEMELBERG  
CAMILO ENRIQUE GÓMEZ LÓPEZ  
JUAN CARLOS HERRERA MORENO  
CARLOS GERARDO MANTILLA GÓMEZ  
PILAR OSPINA ARIZA  
DIEGO FERNANDO REY GUERRERO  
ÁNGELA CRISTINA SILVA ROJAS  
AIDA TAMAYO RODRÍGUEZ  
JENNIFER TORRES MOLINA

### COORDINADORES ACADÉMICOS

ANDRÉS GAITÁN ROZO  
YIRA LÓPEZ CASTRO



**SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES**



Universidad del  
**Rosario**

Facultad de  
Jurisprudencia



**CAC** COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS

# CONGLOMERADOS EN COLOMBIA

## ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

---

### AUTORES

BILLY ESCOBAR PÉREZ  
SEBASTIÁN BOHÓRQUEZ  
MARCO ANTONIO CASAS RODRÍGUEZ  
CARLOS ANDRÉS CAÑÓN  
CAROLINA CAÑÓN  
CLARA EUGENIA CASTILLO LÓPEZ  
JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA  
ANDRÉS GAITÁN ROZO  
DIANA CAMILA GAITÁN HEMELBERG  
CAMILO ENRIQUE GÓMEZ LÓPEZ  
JUAN CARLOS HERRERA MORENO  
CARLOS GERARDO MANTILLA GÓMEZ  
PILAR OSPINA ARIZA  
DIEGO FERNANDO REY GUERRERO  
ÁNGELA CRISTINA SILVA ROJAS  
AIDA TAMAYO RODRÍGUEZ  
JENNIFER TORRES MOLINA

### COORDINADORES ACADÉMICOS

ANDRÉS GAITÁN ROZO  
YIRA LÓPEZ CASTRO



**SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES**



Universidad del  
**Rosario**

| Facultad de  
Jurisprudencia



COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS



**SUPERINTENDENCIA  
DE SOCIEDADES**



Universidad del  
**Rosario**

Facultad de  
Jurisprudencia



**CAC** COLEGIO DE  
ABOGADOS  
COMERCIALISTAS

## **CONGLOMERADOS EN COLOMBIA**

### ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

1ª edición, julio de 2022

Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo públicos

© **Superintendencia de Sociedades**  
© **Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia**  
© **Colegio de Abogados Comercialistas**

#### **Autores**

Billy Escobar Pérez  
Sebastián Bohórquez  
Marco Antonio Casas Rodríguez  
Carlos Andrés Cañón  
Carolina Cañón  
Clara Eugenia Castillo López  
Javier Francisco Franco Mongua  
Andrés Gaitán Roza  
Diana Camila Gaitán Hemelberg  
Camilo Enrique Gómez López  
Juan Carlos Herrera Moreno  
Carlos Gerardo Mantilla Gómez  
Pilar Ospina Ariza  
Diego Fernando Rey Guerrero  
Ángela Cristina Silva Rojas  
Aida Tamayo Rodríguez  
Jennifer Torres Molina

#### **Coordinadores académicos**

Andrés Gaitán Roza  
Yira López Castro

ISBN: 978-958-678-038-4 (Digital)

# CONTENIDO

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| <b>Presentación.....</b> | <b>7</b> |
|--------------------------|----------|

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Las facultades de la Superintendencia de Sociedades en materia de conglomerados .....</b> | <b>11</b> |
|--|-----------|

*Billy Escobar Pérez*

|   |    |
|---|----|
| Introducción.....   | 11 |
| 1. Velar por el cumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 .....                                | 12 |
| 2. Comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados .....   | 14 |
| 3. Fijar criterios para preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados ..... | 15 |
| 4. Disposiciones especiales en materia de insolvencia.....  | 17 |
| 5. Intervención por captación ilegal de recursos del público .....                                      | 18 |
| 6. Fijar una política de supervisión para prevenir los riesgos de LA/FT/FPADM.....                      | 19 |
| 7. Conocer sobre ciertos asuntos en la Delegatura para Procedimientos Mercantiles .....                 | 19 |
| 8. Emitir conceptos de carácter general.....  | 20 |
| 9. Ejercer vigilancia por causales especiales.....  | 20 |
| Conclusiones .....  | 21 |
| Referencias .....   | 21 |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>¿Las presunciones de subordinación del artículo 261 del código de comercio tienen carácter taxativo? .....</b> | <b>23</b> |
|---|-----------|

*Carlos Gerardo Mantilla Gómez*

|   |    |
|---|----|
| Introducción.....   | 23 |
| 1. Contexto y origen del debate interpretativo .....            | 23 |
| 2. Argumentos del Consejo de Estado.....                        | 26 |
| 2.1. Alcance de la reforma de la Ley 222 de 1995 .....          | 26 |
| 2.2. El sentido práctico de las nuevas hipótesis.....           | 26 |
| 3. Importancia de la figura, la norma y el pronunciamiento..... | 27 |
| Referencias .....   | 28 |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Deber de revelación de control y grupos empresariales por parte de matrices extranjeras .....</b> | <b>29</b> |
|--|-----------|

*Andrés Gaitán Rozo*

|   |    |
|---|----|
| Introducción.....   | 29 |
| 1. Importancia de las matrices extranjeras dentro de la actividad económica en Colombia .....                       | 30 |
| 2. Evolución normativa de la inscripción de situaciones de control y grupo empresarial de matrices extranjeras..... | 31 |
| 3. Algunos casos relevantes.....  | 35 |
| 3.1. Kimberly-Clark Corporation .....   | 36 |
| 3.2. Roche Holding Ltda. ....   | 37 |
| 3.3. Sierracol Energy Limited .....   | 38 |
| 3.4. Merck & Co. Inc.....   | 39 |
| 3.5. Abbott Laboratories.....   | 40 |
| 3.6. Bureau Veritas .....   | 42 |
| 3.7. Outcrop Silver & Gold Corporation .....  | 42 |
| 4. Combinación de estados financieros .....   | 43 |
| 5. La limitación de responsabilidad.....  | 45 |
| Conclusiones .....  | 46 |
| Referencias .....   | 47 |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Conglomerados empresariales en los procesos de reorganización .....</b> | <b>49</b> |
|--|-----------|

*Juan Carlos Herrera Moreno*

|   |    |
|---|----|
| Introducción.....                               | 49 |
| 1. El deudor .....                              | 50 |
| 2. El acreedor.....                             | 50 |
| 3. Relaciones del deudor y sus acreedores ..... | 51 |

|   |    |
|---|----|
| 4. La disciplina jurídica de los conglomerados empresariales en el proceso de reorganización .....        | 51 |
| 4.1. Grupo de empresas .....  | 52 |
| 4.1.1. Los sujetos que hacen parte del grupo de empresas .....  | 53 |
| 4.1.2. Nexos entre las partes .....   | 54 |
| 4.1.3. Las personas naturales no comerciantes como controlantes o partícipes de un grupo de empresas..... | 54 |
| 4.2. Organización empresarial .....   | 55 |
| 5. Solicitud conjunta de inicio de un proceso recuperatorio .....   | 56 |
| 6. Mayorías especiales .....  | 57 |
| 6.1. Acreedores que conforman una organización empresarial .....  | 57 |
| 6.2. Acreedores vinculados con el deudor .....  | 58 |
| 6.3. Negociación de emergencia de acuerdos de reorganización .....  | 59 |
| 6.4. Acreedores especialmente relacionados con el deudor .....  | 60 |
| 7. Conclusiones: atomización del concepto.....  | 61 |
| Referencias .....   | 62 |

## **Impacto de los procesos de intervención estatal en los conglomerados .....65**

*Pilar Ospina Ariza*

|  |    |
|--|----|
| Introducción.....  | 65 |
| 1. Proceso de intervención estatal .....                                       | 66 |
| 1.2. Naturaleza del proceso judicial de intervención.....                      | 66 |
| 1.3. Efectos de la intervención judicial en los sujetos destinatarios.....     | 71 |
| 2. Los conglomerados en la legislación colombiana.....                         | 74 |
| 2.1. Concepto de conglomerado .....  | 74 |
| 2.2. Conglomerados frente a los procesos de insolvencia .....                  | 76 |
| 3. Impacto de los procesos de intervención judicial en los conglomerados ..... | 79 |
| Referencias .....  | 81 |

## **Conflictos de intereses en grupos empresariales y situaciones de control .....85**

*Andrés Gaitán Rozo*

*Jennifer Torres Molina*

|   |     |
|---|-----|
| Introducción.....   | 85  |
| 1. Desarrollo del conflicto de intereses en Colombia .....  | 86  |
| 2. El problema del conflicto de intereses de los administradores en el régimen de matrices y subordinadas en Colombia .....   | 93  |
| 2.1. Breve aproximación al régimen de matrices y subordinadas en Colombia.....  | 93  |
| 2.2. Tratamiento del conflicto de intereses de los administradores en el régimen de matrices y subordinadas en Colombia ..... | 95  |
| 2.3. La ratificación de operaciones viciadas por un conflicto de intereses .....  | 100 |
| 2.4. Las autorizaciones generales .....   | 103 |
| 2.5. Conflictos de intereses en grupos de empresas familiares.....  | 104 |
| 3. Conclusiones .....   | 106 |
| Referencias .....   | 106 |

## **Conglomerados financieros en Colombia ..... 111**

*Clara Eugenia Castillo López*

|   |     |
|---|-----|
| Introducción.....   | 111 |
| 1. Antecedentes normativos .....  | 112 |
| 1.1. En relación con la estructura del sistema financiero .....   | 112 |
| 1.2. En relación con la supervisión comprensiva y consolidada .....   | 114 |
| 1.3. En relación con la regulación prudencial en base consolidada .....   | 115 |
| 2. La Ley 1870 de 2017 .....  | 117 |
| 2.1. Definiciones y perímetro de supervisión .....  | 117 |
| 2.2. Requerimientos prudenciales sobre los conglomerados financieros .....  | 120 |
| 2.2.1. Régimen de capital adecuado de los conglomerados financieros .....   | 121 |
| 2.2.2. Identificación de vinculados y límites de exposición y concentración de riesgos en operaciones entre entidades del conglomerado y con vinculados ..... | 123 |
| 2.2.3. Riesgos propios de los conglomerados financieros .....   | 128 |
| 3. Conclusiones .....   | 129 |
| Referencias .....   | 129 |

## Los efectos del régimen de precios de transferencia en los conglomerados económicos .....133

*Aida Tamayo Rodríguez*

*Marco Antonio Casas Rodríguez*

|   |     |
|---|-----|
| Introducción.....   | 133 |
| 1. Definición de precios de transferencia .....   | 134 |
| 2. Cambios normativos en la legislación colombiana .....  | 134 |
| 3. Obligados del régimen de precios de transferencia.....   | 136 |
| 3.1. Concepto de vinculación .....  | 136 |
| 3.2. Operaciones económicas .....   | 137 |
| 3.2.1. Operaciones con vinculados del exterior .....  | 137 |
| 3.2.2. Operaciones con vinculados ubicados en zona franca .....   | 137 |
| 3.2.3. Operaciones realizadas con ubicados en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula tributación o regímenes tributarios preferenciales ..... | 138 |
| 4. El principio Arm's Length o de plena competencia .....   | 138 |
| 4.1. Análisis de una operación en cumplimiento del principio de plena competencia .....   | 138 |
| 5. Obligaciones tributarias de los responsables de precios de transferencia .....   | 139 |
| 5.1. Obligación sustancial.....   | 139 |
| 5.2. Obligación formal.....   | 139 |
| 5.2.1. Declaración informativa de precios de transferencia.....   | 139 |
| 5.2.2. Documentación comprobatoria.....   | 140 |
| 6. Introducción a la metodología de determinación de precios de transferencia.....  | 141 |
| 6.1. Métodos tradicionales basados en las operaciones.....  | 142 |
| 6.1.1. Método de precio comparable no controlado (PC).....  | 142 |
| 6.1.2. Método de precio de reventa (PR) .....   | 144 |
| 6.1.3. Método de costo adicionado (CA) .....  | 146 |
| 6.2. Métodos basados en el resultado .....  | 148 |
| 6.2.1. Método de márgenes transaccionales de utilidad de operación (TU) .....   | 148 |
| 6.2.2. Método de partición de utilidades (PU) .....   | 149 |
| 7. Acuerdos anticipados de precios .....  | 151 |
| 8. Acciones BEPS en referencia a Colombia.....  | 152 |
| Referencias .....   | 153 |

## Panorama actual de la consolidación fiscal de los conglomerados en Colombia .....155

*Carlos Andrés Cañón*

*Carolina Cañón*

*Sebastián Bohórquez*

|   |     |
|---|-----|
| 1. Principales razones para la consolidación fiscal .....                                       | 157 |
| 1.1. Aplicación de principios y la observancia de una filosofía constitucional tributaria ..... | 157 |
| 1.2. Aspectos tributarios que rigen las operaciones celebradas por los grupos.....              | 158 |
| 1.3. Aspectos de seguridad y crecimiento económico .....  | 160 |
| 2. Situación actual en Colombia frente al reconocimiento de la consolidación fiscal .....       | 160 |
| 3. Observación de la actual situación internacional sobre la consolidación fiscal .....         | 170 |
| 4. Recomendaciones .....  | 172 |
| Referencias .....   | 173 |

## Problemas laborales en los conglomerados empresariales.....177

*Diana Camila Gaitán Hemelberg*

|   |     |
|---|-----|
| Introducción.....   | 177 |
| 1. Los conglomerados empresariales .....  | 178 |
| 2. La unidad de empresa .....   | 180 |
| 2.1. Concepto y requisitos .....  | 180 |
| 2.2. Efectos de la declaración .....  | 182 |
| 2.3. Unidad de empresa y grupo empresarial .....  | 184 |
| 2.4. Problemas relacionados con la figura .....   | 184 |
| 2.4.1. Unidad de empresa y los supuestos de control del artículo 261 del Código de Comercio .....   | 184 |
| 2.4.2. Unidad de empresa y control conjunto .....   | 189 |
| 3. Problemas con el cobro de acreencias laborales derivados de la liquidación de una sociedad ..... | 191 |
| 3.1. Tipos de procesos de liquidación .....   | 191 |
| 3.2. Efectos de la liquidación de una sociedad en los contratos de trabajo.....                     | 192 |
| 3.3. El concurso de acreedores y prevalencia de las acreencias laborales .....                      | 192 |

|   |     |
|---|-----|
| 3.4. Problemas con el cobro de acreencias laborales (casos) .....   | 194 |
| 3.4.1. Problemas con el pago de acreencias laborales a cargo de una sociedad subordinada que<br>está en proceso de liquidación voluntaria. Caso McCann Erickson. .... | 194 |
| 3.4.2. Soluciones .....   | 195 |
| 3.4.3. Problemas con el cobro de acreencias laborales a una sociedad que está en proceso de<br>liquidación judicial.....  | 196 |
| 3.4.4. Soluciones .....   | 197 |
| 4. Conclusiones .....   | 200 |
| Referencias .....   | 201 |

## **Entidades sin ánimo de lucro como matrices de grupos empresariales .....203**

*Camilo Enrique Gómez López*

|  |     |
|--|-----|
| Introducción.....  | 203 |
| 1. Aproximación al concepto legal de ESAL .....  | 205 |
| 2. Precisión del concepto “ánimo de lucro” para entender el concepto de “sin ánimo de lucro” y sus alcances<br>mercantiles ..... | 209 |
| 2.1. Ánimo de lucro y entidad con ánimo de lucro .....   | 209 |
| 2.2. Sin ánimo de lucro, ESAL y alcances mercantiles .....   | 213 |
| 2.3. Precisión sobre actividad mercantil de las ESAL.....  | 216 |
| 2.4. Tipos o clases de ESAL .....  | 217 |
| 3. Concepto de grupo empresarial .....   | 218 |
| 3.1. Naturaleza jurídica de la matriz o controlante.....   | 219 |
| 3.2. Naturaleza jurídica de las subordinadas .....   | 220 |
| 3.3. Unidad de propósito y dirección.....  | 222 |
| A modo de conclusión: relevancia para un grupo empresarial de que su matriz sea una ESAL.....                                    | 224 |
| Referencias .....  | 225 |

## **Estructuras de control en el mercado de acciones colombiano .....229**

*Ángela Cristina Silva Rojas*

|   |     |
|---|-----|
| Introducción.....   | 229 |
| 1. Situación de control y grupo empresarial .....   | 230 |
| 1.1. Régimen general de matrices y subordinadas .....   | 230 |
| 1.2. Régimen especial para matrices y subordinadas que, a su vez, son emisores de valores .....     | 231 |
| 1.2.1. ¿Qué es un emisor de valores y cuáles son sus clases?.....                                   | 232 |
| 1.2.2. Emisores de acciones y la obligación de revelar situaciones de control o subordinación ..... | 232 |
| 1.2.3. Incumplimiento de la obligación de revelación de situaciones de control .....                | 234 |
| 1.2.4. Efectos de la declaratoria de control o grupo empresarial .....                              | 236 |
| 2. Emisores de acciones vinculados a estructuras de control societario.....                         | 237 |
| 2.1. Alcance de la muestra .....  | 237 |
| 2.2. Revisión de la muestra.....  | 238 |
| 2.3. Los beneficios derivados del control .....   | 241 |
| 2.4. El concepto de beneficiario real .....   | 243 |
| 3. Conclusiones .....   | 244 |
| Referencias .....   | 245 |

## **Los grupos empresariales vistos desde el análisis económico del derecho.....247**

*Javier Francisco Franco Mongua*

*Diego Fernando Rey Guerrero*

|   |     |
|---|-----|
| Introducción.....   | 247 |
| 1. El derecho societario y el AED .....   | 248 |
| 2. Los grupos empresariales vistos desde el AED .....   | 250 |
| 2.1. Grupos económicos y grupos empresariales .....   | 252 |
| 2.2. Los grupos empresariales y la integración económica vertical y horizontal .....                        | 255 |
| 3. Obligaciones contable-financieras derivadas de la configuración de un grupo empresarial .....            | 259 |
| 4. Razones económicas que justifican la declaración de un grupo empresarial y la situación de control ..... | 261 |
| 5. Conclusiones .....   | 263 |
| Referencias .....   | 264 |

## PRESENTACIÓN

Esta obra colectiva analiza las cuestiones medulares de los conglomerados en Colombia. Los lectores encontrarán novedosos enfoques que profundizan muy diversos asuntos jurídicos, económicos, tributarios y contables de los conglomerados, los cuales son desarrollados por diecisiete autores con amplia trayectoria en las temáticas más relevantes que se discuten en la actualidad sobre esta materia.

Con la convicción de que los conglomerados son una herramienta fundamental para el desarrollo económico y social de nuestro país, la Superintendencia de Sociedades, en asocio con el Colegio de Abogados Comercialistas y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, espera que el amplio auditorio de este libro encuentre en su lectura y consulta una herramienta de aprendizaje y reflexión sobre los muy variados e interesantes asuntos que envuelven a los conglomerados hoy en día.

El libro comienza con un estudio de Billy Escobar Pérez sobre las importantes atribuciones de la Superintendencia de Sociedades en materia de conglomerados. El autor analiza con detenimiento las funciones de velar por la adecuada revelación de los grupos empresariales y las situaciones de control, comprobar la realidad de las operaciones, solicitar estados financieros consolidados, cumplir los efectos en la insolvencia, intervenir en casos de captación irregular de recursos del público, expedir la política de supervisión y solucionar los conflictos societarios. Esta sistematización evidencia cómo, con el ejercicio de las facultades en materia de conglomerados, la Superintendencia de Sociedades contribuye a la generación de confianza en el mercado.

El siguiente capítulo, escrito por Carlos Gerardo Mantilla Gómez, analiza el contexto y el origen de los debates sobre la interpretación del artículo 261 del Código de Comercio, el cual establece las presunciones de control societario. El autor concluye que las mencionadas presunciones son enunciativas, pues no tendría sentido que la reforma al artículo 261 del Código de Comercio, realizada por la Ley 222 de 1995 en un contexto económico con complejas estructuras societarias, hubiese buscado restringir las facultades de las autoridades supervisoras, creando un listado taxativo de supuestos de control. Así, el texto advierte que las situaciones de control no se reducen a las presunciones, sino que se entiende que existe control si se logra acreditar que el poder de decisión de una sociedad está sometido a la voluntad de otra persona natural o jurídica.

El tercer capítulo analiza el deber de revelación de control y grupos empresariales por parte de matrices extranjeras como aplicación del principio de transparencia en el que deben fundamentarse las relaciones de las empresas con sus grupos de interés. En este texto, Andrés Gaitán Rozo presenta un panorama actual de las matrices extranjeras mediante el análisis de casos destacados en los cuales tales matrices han revelado sus estructuras en Colombia. El autor hace algunas precisiones sobre las razones por las que el deber de revelación no implica que se desconozca el benefi-

cio de responsabilidad de los socios o accionistas. El escrito concluye que Colombia ha avanzado significativamente en la revelación de las estructuras de los conglomerados, en consonancia con lo planteado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) sobre la transparencia como condición para el buen gobierno corporativo de las empresas.

Juan Carlos Herrera Moreno, en el capítulo denominado “Conglomerados empresariales en los procesos de reorganización”, analiza de manera crítica algunas normas de insolvencia cuya aplicación genera dificultades para deudores y acreedores vinculados con conglomerados en el marco del régimen de reorganización empresarial. Según explica el autor, la legislación en ocasiones asume a los conglomerados únicamente desde la perspectiva del deudor, como sucede con la solicitud conjunta, y en otras lo hace desde la perspectiva del acreedor, como sucede en el caso de las organizaciones empresariales, por lo que en la actualidad existe un régimen que dificulta el entendimiento del sistema concursal aplicable a los conglomerados. Este escrito concluye que lo deseable es que el tratamiento del grupo empresarial en contextos de insolvencia sea único, es decir, que en el escenario de la insolvencia el estatuto concursal debería reconocer la única realidad económica que disciplina a los grupos económicos en insolvencia.

El capítulo denominado “Impacto de los procesos de intervención estatal en los conglomerados”, escrito por Pilar Ospina Ariza, presenta la reglamentación de los procesos de intervención estatal en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas que desarrollan o participan en actividades financieras sin la debida autorización estatal y el impacto de tal reglamentación en los conglomerados. La autora examina la naturaleza sui géneris y las características propias del proceso de intervención y describe los efectos que una intervención puede tener en un conglomerado. Así mismo, el texto desarrolla los escenarios de responsabilidad de la matriz y subordinadas en contraste con la participación directa o indirecta de los sujetos de las actividades de captación.

Andrés Gaitán Rozo y Jennifer Torres Molina destacan el esfuerzo de la Superintendencia de Sociedades de implementar y desarrollar el régimen de deberes y de responsabilidad de los administradores en Colombia. Analizan las dificultades prácticas generadas por la aplicación de las disposiciones normativas ordinarias sobre conflictos de intereses a los administradores de sociedades que forman parte de esquemas de grupos empresariales o situaciones de control. También reflexionan sobre las alternativas propuestas para superar dichas problemáticas a través de la ratificación de operaciones o las autorizaciones generales. Concluyen que sería conveniente revisar la definición de conflicto de intereses y su alcance en grupos empresariales y situaciones de control e introducir una regulación especial en esta materia para los grupos de empresas familiares.

Los conglomerados financieros son analizados por Clara Eugenia Castillo López, quien evidencia que Colombia se sitúa a la vanguardia entre los países de la región en materia de regulación y supervisión comprensiva y consolidada sobre conglomerados financieros. Para soportar esa conclusión, la autora comienza el capítulo denominado “Conglomerados financieros en Colombia” presentando el contexto en el que ocurrió la internacionalización y conformación de los conglomerados nacionales al amparo regulatorio de la Ley 45 de 1990, que dio paso al esquema matriz-filial en el sector financiero. Posteriormente, explora los desarrollos normativos que abrieron el camino a la Ley 1870 de 2017, la cual, con el propósito de velar por la estabilidad del

sistema financiero, definió el ámbito de la supervisión y regulación de los conglomerados. El capítulo termina con el análisis de los actuales requerimientos prudenciales y del marco de gestión de riesgos para los conglomerados financieros.

En el siguiente capítulo, Aida Tamayo Rodríguez y Marco Antonio Casas Rodríguez describen los efectos del régimen de precios de transferencia en los conglomerados económicos. Los autores señalan que las operaciones entre empresas vinculadas generan especial interés en las administraciones tributarias, pues la constitución de filiales, subsidiarias o sucursales en lugares de baja imposición puede generar una competencia fiscal entre Estados y una posible erosión de la base imponible por ficciones en el control y por la deslocalización estratégica de activos, funciones y riesgos, generando evasión y elusión fiscal. De esa forma, el texto explica los métodos que contemplan las normas tributarias para que los obligados a precios de transferencia le demuestren a la autoridad tributaria que sus operaciones están a precios de mercado y que su margen de tributación es similar a la de los contribuyentes que realizan las mismas operaciones, pero que no tienen ningún tipo de vinculación.

Carlos Andrés Cañón, Carolina Cañón y Sebastián Bohórquez, en el capítulo “Panorama actual de la consolidación fiscal de los conglomerados en Colombia”, señalan que en las disposiciones que rigen el sistema tributario actual se presenta una prevalencia a gravar de manera independiente cada unidad del grupo y no a la totalidad como unidad económica, con lo cual se han generado limitaciones a aquellos contribuyentes que deciden estructurar sus empresas o negocios bajo esquemas de conglomerados. Los autores, luego de analizar la situación actual nacional e internacional sobre esta materia, concluyen que el país debería diseñar un régimen de consolidación fiscal en el que se valide la prevalencia de la unidad económica de los grupos empresariales en aras de respetar la libertad de empresa y la neutralidad tributaria. Esto le permitiría a Colombia reconocer la capacidad contributiva del grupo como un solo ente y calificar como una jurisdicción atractiva para la inversión extranjera.

En el siguiente artículo, Diana Camila Gaitán Hemelberg presenta un estudio sobre los problemas laborales en los conglomerados empresariales. La autora analiza la figura de la unidad de empresa, institución propia del derecho laboral, y las posiciones que han impedido su armonización con las presunciones de control de las normas societarias. Para ilustrar la problemática que genera esta ausencia de armonización normativa expone casos de conglomerados y trabajadores que se han visto afectados por las posiciones contradictorias adoptadas por la Corte Suprema de Justicia al respecto. Así mismo, el escrito presenta los problemas que surgen con el cobro de acreencias laborales cuando una sociedad de un conglomerado entra en proceso de liquidación. En este sentido, la autora desarrolla las diferentes alternativas que tienen los trabajadores para reconstruir el patrimonio de la sociedad en liquidación o, en caso de que el patrimonio de la primera no sea suficiente para cubrir la totalidad de las deudas, para perseguir el patrimonio de otras sociedades pertenecientes al conglomerado.

El capítulo denominado “Entidades sin ánimo de lucro como matrices de grupos empresariales” analiza la relevancia que conlleva para un grupo empresarial que su matriz sea una entidad sin ánimo de lucro. En este texto, Camilo Enrique Gómez concluye que, sin que cada compañía

vinculada al grupo pierda su identidad societaria, el objeto de interés social de la matriz permeará la dirección y propósito social del grupo, de manera que los beneficiarios de su actividad no serán, *per se* o *prima facie*, sus inversionistas o subordinadas, sino la comunidad o población destinataria de tal actividad. En ese sentido, el texto concluye que para los grupos empresariales es relevante que sus matrices sean entidades sin ánimo de lucro, pues las compañías de naturaleza societaria vinculadas a la matriz orientan su objeto a la vocación de generar beneficio social o altruista, puesto que los propósitos de la matriz impregnan al propio grupo a través de directrices que señalan la forma de distribución de los recursos con el objetivo de maximizar el bienestar común o el fin altruista perseguido.

La normativa aplicable a los emisores listados en el sistema de negociación de renta variable, que se encuentran vinculados a situaciones de control y grupos empresariales, es abordada por Ángela Cristina Silva Rojas en el capítulo “Estructuras de control en el mercado de acciones colombiano”. La autora analiza las similitudes entre el régimen general de matrices y subordinadas y el régimen normativo especial aplicable a los emisores de valores, en particular, en lo relacionado con la importancia de la divulgación de la información de las relaciones de control y de las transacciones efectuadas entre las vinculadas y las sanciones por su incumplimiento. El texto concluye que los esquemas de control en las sociedades cuyas acciones están inscritas en el mercado de valores son mecanismos que pueden representar incentivos tanto para los controlantes como para los accionistas minoritarios. Así, por ejemplo, los accionistas minoritarios cuentan con mecanismos de protección, como el adecuado tratamiento de los conflictos de interés y la obligatoriedad de realizar una oferta pública de adquisición (OPAS), en los casos de adquisición del control o de la consolidación de dicho control por parte de beneficiarios reales, en los porcentajes indicados en la regulación.

El libro termina con el texto de Javier Francisco Franco Mongua y Diego Fernando Rey Guerrero en el que comparten su visión de los grupos empresariales desde el análisis económico del derecho. De esa forma, los autores aplican herramientas de análisis económico para explicar las razones que justifican la declaración de un grupo empresarial y la situación de control y desarrollan una visión económica de la integración económica vertical y horizontal en el marco de conglomerados y de las obligaciones contables y financieras derivadas de la configuración de un grupo empresarial. Concluyen que una de las funciones del derecho societario es lograr un balance adecuado entre las tensiones que se generan al confrontar determinados valores y que la regulación de los grupos empresariales permite ese balance entre valores como la libertad de empresa y el respeto por la propiedad privada, pero protegiendo a terceros y promoviendo la publicidad y la transparencia.

Agradecemos a los autores su generosidad y su compromiso riguroso con las reflexiones sobre la materia. Sus aportes harán que los lectores tengan la oportunidad de aprovechar esta obra singularmente aportante al entendimiento y desarrollo de los conglomerados en Colombia.

# LAS FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES EN MATERIA DE CONGLOMERADOS

BILLY ESCOBAR PÉREZ<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que en la actualidad los conglomerados empresariales participan de manera significativa en las actividades económicas. Como bien destaca la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI):

Los grupos de empresas están omnipresentes tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, y presentan la característica común de llevar a cabo sus operaciones en un gran número de sectores que con frecuencia no son afines; algunas veces pertenecen a una familia y combinan esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Las principales entidades económicas del mundo actual no son sólo Estados, sino también diversos grupos de empresas multinacionales. Los grandes grupos multinacionales pueden generar un porcentaje elevado del producto na-

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Administración de Negocios de la Universidad de los Andes y en Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares (España). Experto en el asesoramiento jurídico de empresas de cualquier sector y en el desarrollo de consultorías en temáticas de *compliance*. Cuenta con una amplia experiencia en la representación, ante instituciones judiciales, de empresas, de la administración pública y de pares del sector privado, así como en la asesoraría en la constitución, gestión, modificación o disolución de cualquier tipo de sociedad mercantil. Tiene más de 30 años de experiencia en la administración y gestión de instituciones de educación superior y en el ejercicio de la docencia en las áreas de Derecho del Trabajo, Comercial, Seguridad Social, Derecho Procesal y Derecho Probatorio en universidades nacionales y extranjeras entre las que destacan la Universidad Externado de Colombia, la Universidad del Rosario, la Universidad Central, la Universidad Santo Tomás, la Universidad de la Sabana, la Institución Universitaria Politécnico Granacolombiano, la Universidad de Guadalajara (México), la Universidad de Udine (Italia) y la Universidad de Módena y Reggio Emilia (Italia). En la actualidad se desempeña como Superintendente de Sociedades.

cional bruto a escala mundial y sus tasas de crecimiento anual y su volumen de operaciones sobrepasan los de muchos Estados.<sup>2</sup>

En el mismo sentido, el profesor Rafael Manóvil enfatiza que buena parte de la actividad empresarial ya no es realizada de forma separada e individual por cada unidad productiva, sino que ocurre a través de toda suerte de combinaciones de estas, lo que responde a necesidades técnicas, productivas, de dimensionamiento y de mercado, así como a la concentración de riquezas y de poder.<sup>3</sup>

Frente a esta realidad, el derecho colombiano permite que una o más personas operen negocios a través de un número plural de personas jurídicas, beneficiándose del principio de separación patrimonial de cada una de ellas. En ese sentido, en Colombia los inversionistas cuentan con un sistema que facilita la constitución fácil y rápida de sociedades, con la opción de escoger tipos societarios que incluyen la limitación de responsabilidad de los socios como una característica fundamental.

Si bien el derecho colombiano permite la conformación de estructuras de control y de grupo, por los riesgos que pueda implicar el uso inapropiado de las mismas, el legislador le otorga a la Superintendencia de Sociedades importantes atribuciones orientadas a velar por la adecuada revelación de los conglomerados; la comprobación de la realidad de las operaciones; la consolidación de los estados financieros; el cumplimiento de los efectos correspondientes en la insolvencia; la intervención en los casos de captación ilegal de dinero del público; la prevención del lavado de activos, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva (LA/FT/FPADM), y la solución de conflictos entre socios controlantes y minoritarios, entre otras facultades, sobre las cuales se hará una breve aproximación en este artículo.

## 1. VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 30 DE LA LEY 222 DE 1995

El derecho de controlar empresas y de constituir grupos implica, correlativamente, cumplir con el deber de revelación en el Registro Público Mercantil de esas estructuras, según lo señalado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.<sup>4</sup> Esta adecuada publicidad es fundamental de acuerdo con los *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, en particular, con aquello relacionado con la transparencia, la fluidez y la integridad de la información. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha enfatizado en la necesidad de crear confianza entre los diferentes grupos de interés que interactúan con las empresas por medio de mecanismos eficaces de revelación de información que incluyan lo relacionado con la estructura de los grupos y que se orienten al cumplimiento de los objetivos de gobierno corporativo: “El objetivo del gobierno corporativo es facilitar la creación de un ambiente de confianza, transparencia y rendición de cuentas necesario para favorecer las inversiones a largo plazo, la estabili-

2 Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia. Tercer parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia*, Naciones Unidas, New York, 2012, p. 12, en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part3-ebook-s.pdf>, consulta de abril 13 de 2022.

3 Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades en el derecho comparado: Empresas y concentración empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 16.

4 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

dad financiera y la integridad en los negocios. Todo ello contribuirá a un crecimiento más sólido y al desarrollo de sociedades más inclusivas”<sup>5</sup>.

El artículo 30 de la Ley 222 de 1995 le atribuye a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la Superintendencia Financiera de Colombia, la competencia de velar por la inscripción debida y oportuna en el Registro Público Mercantil de la existencia o la modificación de las situaciones de control y de los grupos empresariales.

Desde la entrada en vigencia de esta obligación legal, el Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades se ha ocupado de adelantar numerosas y relevantes investigaciones administrativas para determinar si se configuran situaciones de control o de grupo empresarial, contribuyendo de manera eficaz al cumplimiento de la ley y a la generación de confianza en el mercado. En los casos de incumplimiento procede la aplicación de sanciones y la orden de inscripción en el Registro Público Mercantil.

Aunque la gestión de la Superintendencia de Sociedades en esta materia se ha caracterizado por desarrollar una constante e intensa actividad pedagógica preventiva para difundir los alcances del régimen de matrices, subordinadas y grupos empresariales<sup>6</sup>, también ha cumplido con el mandato de adelantar investigaciones sancionatorias por la inobservancia de este importante deber de revelación.

En la actualidad, tratándose de la Superintendencia de Sociedades, y de conformidad con los artículos 19 del Decreto 1736 de 2020<sup>7</sup> y 39 de la Resolución 100-000040 del 8 de enero de 2021<sup>8</sup>, la Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales, adscrita a la Delegatura de Supervisión Societaria, y por medio de las investigaciones administrativas que adelanta el Grupo de Conglomerados, ejerce las funciones asignadas a la entidad en materia de conglomerados.<sup>9</sup>

La facultad de la Superintendencia de Sociedades para declarar situaciones de control o de grupo empresarial, de acuerdo con los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y 28 y 30 de la Ley 222 de 1995, es muy amplia. No se reduce a sus vigilados y solo se limita, en algunos casos, frente a las sociedades sometidas a la vigilancia o control de la Superintendencia Financiera de Colombia. Esto significa la posibilidad de adelantar investigaciones de conglomerados respecto de sociedades vigiladas por otras superintendencias y de involucrar a personas naturales e incluso a personas jurídicas de naturaleza no societaria. Así lo dejó claro el Consejo de Estado al resolver un recurso de apelación interpuesto por Minski Donskoy y Cía., S. en C. y otros contra la sentencia del 7 de julio de 2001 proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Mediante este se desestimaron las pretensiones de la

5 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, Éditions OCDE, París, 2016, p. 7, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>, consulta de abril 11 de 2022.

6 Por ejemplo, a través de documentos como la *Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas* (<https://www.supersociedades.gov.co/Noticias/Publicaciones/Documents/2010/guia-practica-regimen-matrices.pdf>), la Circular Externa 100-000003 de 2021 y la Circular Básica Jurídica de 2022.

7 Decreto 1736 de 2020. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades. Diciembre 22 de 2020. DO. N.º 51536.

8 Superintendencia Sociedades. Grupo de Notificaciones Administrativas. (Enero 8 de 2021). Resolución 100-000040. Expediente 36241.

9 Al 31 de marzo de 2022, el Grupo de Conglomerados adelantaba 700 investigaciones por el presunto incumplimiento de la obligación señalada en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

demanda en el ejercicio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho que buscaba dejar sin efectos las resoluciones 125-000982 del 13 de julio de 1999, 125-001001 del 19 de julio de 1999 y 125-000982 del 21 de diciembre de 1999, expedidas por la Superintendencia de Sociedades, en las declaró la existencia de un grupo empresarial e impuso una multa. En efecto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo recalcó:

[N]o existe inconveniente en que cuando el GRUPO se encuentre conformado por sociedades civiles la Superintendencia de Sociedades pueda hacer tal declaración, ya que la Ley 222 de 1995 señala que existe subordinación cuando el poder de decisión de una sociedad está sujeto a la voluntad de otra u otras, esas “otras” pueden ser personas naturales o jurídicas, civiles o mercantiles, societarias o no, pues **la atribución que otorga la norma legal en cita no se desprende de aquella constitucional que ejerce, por delegación del Presidente de la República, relativa a la vigilancia, inspección y control de las sociedades mercantiles, sino que resulta una facultad autónoma de aquella** [negrita y subrayado fuera de texto].

Es preciso recordar una vez más que el Decreto 1080 de 1996 señala que le corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, pero agrega “así como las demás facultades que le señale la ley en relación con otras personas jurídicas y naturales”, sin precisar que el ejercicio de “las demás facultades que le señale la ley” está dirigido exclusivamente a personas de naturaleza mercantil. Además, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 contempla la posibilidad de que las sociedades puedan ser controladas, para todos los efectos legales, por personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, es decir, que cabe también en relación con GRUPOS conformados por sociedades civiles, es decir, la atribución que entrega el artículo 30 se ejerce en relación con las sociedades vigiladas pero también respecto de las que no lo son, pues el artículo 1, ibídem, señala que cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, (subraya la Sala) a la legislación mercantil.<sup>10</sup>

## 2. COMPROBAR LA REALIDAD DE LAS OPERACIONES QUE SE CELEBRAN ENTRE UNA SOCIEDAD Y SUS VINCULADOS

El artículo 265 del Código de Comercio prevé que: “Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo consideran necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes”<sup>11</sup>. Sin duda, este es un mecanismo relevante de protección *ex post* para la sociedad, los asociados y terceros ante eventuales perjuicios que se les ocasionen por las operaciones celebradas entre los vinculados en situaciones de control o grupos empresariales.

10 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (Mayo 17 de 2002). Sentencia 7342. Radicación 25000-23-24-000-2001-0388-01. [Consejera Ponente (CP) Olga Inés Navarrete Barrero].

11 Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.

Si bien las operaciones entre vinculados en principio están permitidas, salvo casos excepcionales, por ejemplo, cuando se trata de empresas unipersonales del mismo titular, es innegable que constituyen un riesgo para los grupos de interés que interactúan con las empresas que forman parte de los conglomerados. Por supuesto, no se trata de prohibir esas operaciones, que incluso pueden resultar esenciales para el desarrollo de las empresas, sino de disponer de mecanismos para evitar los abusos, especialmente por parte de controlantes y administradores.

De acuerdo con el artículo 41 de la Resolución 100-000040 del 8 de enero de 2021, el Grupo de Conglomerados puede “[a]delantar las acciones tendientes a comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad no supervisada por otra superintendencia y sus vinculadas y proyectar los actos necesarios tendientes a ordenar la suspensión de las mismas”<sup>12</sup>.

### 3. FIJAR CRITERIOS PARA PREPARAR Y DIFUNDIR ESTADOS FINANCIEROS DE PROPÓSITO GENERAL CONSOLIDADOS

Uno de los efectos derivados de las situaciones de control y de los grupos empresariales es preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados. Ciertamente, el artículo 35 de la Ley 222 de 1995 indica:

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

Los estados financieros de propósito general consolidados deben ser sometidos a consideración de quien sea competente, para su aprobación o improbación.

Las inversiones en subordinadas deben contabilizarse en los libros de la matriz o controlante por el método de participación patrimonial.

Sobre el particular deben tenerse en cuenta las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF) elaboradas por la Junta de Normas Internacionales de Contabilidad (*International Accounting Standards Board* o IASB por sus siglas en inglés), acogidas en Colombia mediante la Ley 1314 de 2009, “por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento”<sup>13</sup>. Esto, en especial, porque la NIIF 10. Estados Financieros Consolidados establece los principios para la presentación y preparación de los estados financieros consolidados cuando una entidad controla una o más entidades distintas e incorpora conceptos autónomos de control y poder.

<sup>12</sup> Superintendencia Sociedades. Resolución 100-000040.

<sup>13</sup> Ley 1314 de 2009. Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento. Julio 13 de 2009. DO. N.º 47409.

La Superintendencia de Sociedades, con fundamento en el artículo 10 de la Ley 1314 de 2009, ha emitido circulares, instrucciones y guías para que se cumpla en debida forma con esta obligación legal. A título ilustrativo se encuentran la Circular Externa 100-000016 del 17 de noviembre de 2020 y la *Guía práctica de aplicación del método de la participación y preparación de estados financieros consolidados y combinados*. La primera estableció los plazos y los requisitos mínimos para la presentación, a través del Sistema Integrado de Reportes Financieros (Sirfin), de los estados financieros de propósito general, consolidados y combinados con corte al 31 de diciembre de 2021, junto con los documentos adicionales requeridos. Sobre este último punto, el numeral 2.3. de la circular<sup>14</sup> determina que con los estados financieros de propósito general consolidados o combinados las **ma- trices o controlantes** que estén obligadas a hacerlo deben presentar los siguientes documentos:

- a. El documento mediante el cual el representante legal y el contador certifican que los estados financieros consolidados remitidos a la entidad cumplen lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 222 de 1995.
- b. Notas a los estados financieros consolidados.
- c. Informe especial en los términos establecidos en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995.
- d. Dictamen del revisor fiscal en cumplimiento del artículo 38 de la Ley 222 de [1995] respecto de quien consolida.

Lo anterior, sin perjuicio de que en la mencionada circular se prevea otro tipo de información financiera que debe allegarse cuando se cumplan los criterios subjetivos y objetivos establecidos para los efectos, por ejemplo, la vinculación de los sujetos obligados en acuerdos de reestructuración, reorganización, reorganización abreviada, liquidación judicial, liquidación judicial simplificada, liquidación por adjudicación, liquidación voluntaria, no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha, etcétera. De hecho, en relación con la presentación de informes no financieros con corte anual se destacan el Informe 50-Prevención del Riesgo LA/FT/FPADM, el Informe 52-Transparencia y Ética Empresarial y el Informe 42-Prácticas Empresariales. A su vez, con corte eventual, se resalta el Informe 58-Oficiales de Cumplimiento<sup>15</sup>.

Por su parte, la *Guía práctica de aplicación del método de la participación y preparación de estados financieros consolidados y combinados*, que “pretende orientar e instruir a las entidades supervisadas en los aspectos técnico - contables que deben ser considerados en la aplicación del método de la participación, así como en la preparación y presentación de estados financieros separados, consolidados y combinados”<sup>16</sup>, se compone de cuatro apartados: (i) método de la participación, (ii) estados financieros consolidados, (iii) estados financieros combinados y (iv) papeles de trabajo.

14 Circular Externa 100-000016. Superintendencia de Sociedades. Modificación Integral al Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017. Expediente 36241. (Diciembre 24 de 2020).

15 Superintendencia de Sociedades. Grupo de Conglomerados. (Marzo 11 de 2022). Oficio 125-060900. [Coordinador del Grupo de Conglomerados: Andrés Martín Gaitán Rozo], p. 2.

16 Superintendencia de Sociedades, Grupo de Regulación e Investigación Contable y Delegatura de Asuntos Económicos y Contables, *Guía práctica de aplicación del método de la participación y preparación de estados financieros consolidados y combinados*, Bogotá, 2019, p. 3.

## 4. DISPOSICIONES ESPECIALES EN MATERIA DE INSOLVENCIA

En el libro *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, publicado por la Superintendencia de Sociedades, se realiza un análisis detallado de las implicaciones del régimen de matrices, subordinadas y grupos empresariales en la insolvencia y se destaca que:

Para la CNUDMI un aspecto clave en cuanto al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia es el grado de integración económica y organizativa del grupo y la manera en que su nivel de integración podría afectar el tratamiento del grupo en esos casos. Cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin vinculación alguna, la insolvencia de uno o más miembros del grupo puede no afectar a los demás miembros ni al grupo en su conjunto, y los miembros insolventes pueden ser administrados por separado. Cuando la estructura del grupo es integrada, la insolvencia de un vinculado puede causar dificultades financieras a otros miembros o al grupo en general. En esas circunstancias, podría darse el caso de que la insolvencia de varias o de muchas de las empresas del grupo diera lugar inevitablemente a la insolvencia de todos los miembros (“efecto dominó”).<sup>17</sup>

Conviene señalar que en 2019 la CNUDMI aprobó la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas como una respuesta a la necesidad de contar con una regulación específica para este tipo de organizaciones<sup>18</sup>. Teniendo en cuenta la importancia del control societario y de los grupos empresariales en el ámbito de la insolvencia, el legislador colombiano incorporó algunas disposiciones especiales, dentro de las que se destacan las siguientes:

- Solicitud de admisión simultánea al proceso de reorganización por deudores vinculados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinados<sup>19</sup>.
- Inicio de oficio de un proceso de reorganización cuando con ocasión del proceso de insolvencia de una vinculada o de un patrimonio autónomo relacionado con la situación económica de la sociedad matriz o controlante, filial o subsidiaria, o de otro patrimonio autónomo provoque la cesación de pagos de la vinculada o relacionadas<sup>20</sup>.
- Deber de indicar en el proyecto de calificación y graduación de créditos y derechos de voto los acreedores vinculados al deudor, a sus socios, administradores o controlantes por cualquiera de las siguientes razones: (i) parentesco, hasta cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil; (ii) tener o haber tenido en los cinco últimos años accionistas, socios o asociados comunes; (iii) tener o haber tenido en el mismo período indicado en el numeral anterior representantes o administradores comunes, y (iv) la existencia de una situación de subordinación o grupo empresarial<sup>21</sup>.
- Mayoría especial en el caso de las organizaciones o grupos empresariales para celebrar el acuerdo de reorganización<sup>22</sup>.
- Responsabilidad subsidiaria de la matriz por las obligaciones de las subordinadas en situación de insolvencia, producida en virtud de la subordinación y en interés de esta o de

17 Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, p. 122.

18 Ver: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349\\_mloegi\\_es.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-11349_mloegi_es.pdf), p. 21.

19 Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494, artículo 12.

20 Ley 1116 de 2006. Artículo 15, numeral 3.

21 Ley 1116 de 2006. Artículo 24.

22 Ley 1116 de 2006. Artículo 32.

cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación<sup>23</sup>.

- Postergación de créditos en el proceso de reorganización y de liquidación judicial por obligaciones con personas especialmente relacionadas con el deudor en las que se encuentran las personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y de dirección respecto del deudor<sup>24</sup>.
- Acciones revocatorias y de simulación<sup>25</sup>.
- Consolidación patrimonial de dos o más deudores vinculados entre sí o partícipes en un mismo grupo de empresas<sup>26</sup>.

## 5. INTERVENCIÓN POR CAPTACIÓN ILEGAL DE RECURSOS DEL PÚBLICO

El artículo 1 del Decreto 4334 de 2008 declara:

La intervención del Gobierno Nacional, por conducto de la Superintendencia de Sociedades, de oficio o a solicitud de la Superintendencia Financiera, en los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal, conforme a la ley, para lo cual se le otorgan a dicha Superintendencia amplias facultades para ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas, con el objeto de restablecer y preservar el interés público amenazado. Asimismo, procederá la intervención del Gobierno Nacional en los términos anteriormente expuestos, cuando dichas personas realicen operaciones de venta de derechos patrimoniales de contenido crediticio derivados de operaciones de libranza sin el cumplimiento de los requisitos legales.<sup>27</sup>

Son sujetos de la intervención, de acuerdo con el artículo 5 del mencionado decreto, “las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás **personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente** [negrita fuera de texto], distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos”.

Este concepto amplio de “vinculadas” faculta a la Superintendencia de Sociedades para incluir en la intervención a personas (naturales o jurídicas) que formen parte del mismo conglomerado, siempre y cuando en la investigación se determine su participación en el esquema de captación. Esta importante atribución permite una actuación simultánea en los diferentes sujetos que puedan integrar las complejas estructuras de captación ilegal.

23 Ley 1116 de 2006. Artículo 61.

24 Ley 1116 de 2006. Artículo 69.

25 Ley 1116 de 2006. Artículo 74 y Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523, artículo 2.2.2.14.3.1.

26 Decreto 1074 de 2015. Artículo 2.2.2.14.1.1.

27 Decreto 4334 de 2008. Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008. Noviembre 17 de 2008. DO. N.º 47176, artículo 1.

## 6. FIJAR UNA POLÍTICA DE SUPERVISIÓN PARA PREVENIR LOS RIESGOS DE LA/FT/FPADM

Al igual que en los aspectos técnico contables, la Superintendencia de Sociedades ha fijado una serie de políticas para prevenir que las sociedades supervisadas puedan ser usadas o puedan prestarse como medio en actividades relacionadas con LA/FT/FPADM.

Precisamente, la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 modificó de manera integral el Capítulo x de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 100-000005 del 22 de noviembre de 2017) para ajustar la normatividad a las recomendaciones de organismos internacionales y profundizar el enfoque basado en riesgos<sup>28</sup>. En relación con situaciones de control y grupos empresariales, la circular contempla las siguientes previsiones especiales:

- Las empresas obligadas deben poner en marcha un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de LA/FT/FPADM (Sagrilaft) para orientar la actuación de estas y de sus empleados, asociados, administradores **y demás vinculados** o partes interesadas<sup>29</sup>.
- Cuando exista un grupo empresarial o una situación de control declarada, el oficial de cumplimiento de la matriz o controlante podrá ser el mismo para todas las empresas del grupo o conglomerado, independientemente del número de empresas que lo integren<sup>30</sup>.

Adicionalmente, la Circular Externa 100-000015 de 2021, modificó las definiciones de beneficiario final<sup>31</sup>, PEP (personas expuestas políticamente) y PEP extranjeras. También describe el proceso de debida diligencia intensificada, que implica un conocimiento avanzado de la contraparte y su beneficiario final, así como el origen de los activos que se reciben.

## 7. CONOCER SOBRE CIERTOS ASUNTOS EN LA DELEGATURA PARA PROCEDIMIENTOS MERCANTILES

En virtud de las funciones jurisdiccionales atribuidas a la Superintendencia de Sociedades, con arreglo al numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, se han resuelto múltiples conflictos societarios que tienen estrecha relación con situaciones de control y grupos empresariales, sobre todo cuando se suscitan por tensiones entre accionistas mayoritarios y minoritarios.

En efecto, por intermedio de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles se han proferido providencias judiciales que han fijado las pautas aplicables en estos eventos, en especial, cuando ha conocido sobre la acción social de responsabilidad contra los administradores sociales por el incumplimiento del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y sobre la acción de res-

28 Circular Externa 100-000016, p. 1.

29 Circular Externa 100-000016. 5.1. Elementos del SAGRILAFT, p. 11 y 5.1.4. Asignación de funciones a los responsables y otras generalidades, p. 13.

30 Circular Externa 100-000016. Literal g del numeral 5.1.4.3.1. Requisitos mínimos para ser designado como Oficial de Cumplimiento, p. 15.

31 Precisó que tendrá el alcance señalado en el Estatuto Tributario. Según el primer inciso del artículo 631-5 del ET se entiende por beneficiario final la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee(n) o **control(a)n**, directa o indirectamente, a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a la(s) persona(s) natural(es) que ejerzan el control efectivo y/o final, directa o indirectamente, sobre una persona jurídica u otra estructura sin personería jurídica. En los incisos siguientes esta norma establece varios criterios para identificar al beneficiario final.

ponsabilidad subsidiaria contra la matriz o controlante por las acreencias insolutas a cargo de su subordinada en estado de insolvencia, de conformidad con el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

También debe mencionarse la facultad de la Superintendencia de Sociedades de declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, tanto en los casos de abuso de mayoría como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causarle daño a esta o a otros accionistas, o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto que pueda causar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

## 8. EMITIR CONCEPTOS DE CARÁCTER GENERAL

El artículo 11 del Decreto 1736 de 2020 expresa que la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades tiene dentro de sus funciones “[a]bsolver las consultas jurídicas externas en los temas de competencia de la Superintendencia [de Sociedades], salvo las que correspondan a actuaciones específicas adelantadas por las dependencias de la entidad”<sup>32</sup>. En desarrollo de esta relevante labor, la entidad ha emitido múltiples conceptos jurídicos que guardan relación con situaciones de control y grupos empresariales que, si bien no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, como quiera que se enmarcan en la regulación propia de la solicitud de consultas elevadas en el ejercicio del derecho de petición, en concordancia con los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sí constituyen doctrina societaria.

Como ejemplo de la relevancia de los conceptos de la entidad es propicio destacar que algunos conceptos jurídicos sobre conglomerados fueron recogidos por el Consejo de Estado para reiterar que los supuestos de hecho previstos en el artículo 261 del Código de Comercio son **presunciones legales** (*iuris tantum*) de subordinación societaria que admiten prueba en contrario<sup>33</sup>.

## 9. EJERCER VIGILANCIA POR CAUSALES ESPECIALES

El numeral 2 del artículo 2.2.2.1.1.3. del Decreto 1074 de 2015 enlista cinco criterios para que las sociedades mercantiles y las empresas unipersonales de responsabilidad limitada que hacen parte de una situación de control o de grupo empresarial inscrito en el registro mercantil queden vigiladas por la entidad:

2.1. Cuando uno o algunos de los entes económicos involucrados en la situación de control o de grupo empresarial tenga a su cargo pasivo pensional y el balance general consolidado presente pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del 70% del capital consolidado.

2.2. Cuando hagan parte entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia o la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

32 Decreto 1736 de 2020. Artículo 11.

33 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de septiembre de 2019. Radicación interna 2420, número único: 11001-03-06-000-2019-00094-00. [CP. Édgar González López], p. 32.

2.3. Cuando hagan parte sociedades mercantiles o empresas unipersonales cuyo objeto sea la prestación de servicios de telecomunicaciones no domiciliarios.

2.4. Cuando hagan parte sociedades mercantiles o empresas unipersonales en acuerdo de reestructuración, liquidación obligatoria o en procesos concursales.

2.5. Cuando la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 265 del Código de Comercio, modificado por el artículo 31 de la Ley 222 de 1995, compruebe la irrealidad de las operaciones celebradas entre las sociedades vinculadas o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado.

## CONCLUSIONES

La atribución de la Superintendencia de Sociedades de velar por la adecuada revelación de los grupos empresariales y las situaciones de control, de acuerdo con lo señalado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, resulta de gran importancia para proporcionar a los diferentes grupos de interés información completa, actualizada y transparente sobre la realidad de los conglomerados, así como para el cumplimiento de otras facultades tales como la comprobación de la realidad de las operaciones, la posibilidad de solicitar estados financieros consolidados, el cumplimiento de los efectos en la insolvencia, la intervención por captación irregular de recursos del público y la solución de conflictos societarios, entre otras.

Las diferentes áreas misionales de la Superintendencia de Sociedades cumplen funciones que resultan de gran impacto para los conglomerados en Colombia. Aunque cada área tiene unos objetivos específicos, forman parte de una sola entidad que finalmente debe contribuir al desarrollo económico y a la generación de confianza en el mercado.

## REFERENCIAS

- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia. Tercer parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia*, Naciones Unidas, New York, 2012, en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part3-ebook-s.pdf>, consulta de abril 13 de 2022.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de septiembre de 2019. Radicación interna 2420, número único: 11001-03-06-000-2019-00094-00. [CP. Édgar González López].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (Mayo 17 de 2002). Sentencia 7342. Radicación 25000-23-24-000-2001-0388-01. [CP. Olga Inés Navarrete Barrero].
- Decreto 4334 de 2008. Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008. Noviembre 17 de 2008. DO. N.º 47176.
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Decreto 1736 de 2020. Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades. Diciembre 22 de 2020. DO. N.º 51536.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.

- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.
- Ley 1314 de 2009. Por la cual se regulan los principios y normas de contabilidad e información financiera y de aseguramiento de información aceptados en Colombia, se señalan las autoridades competentes, el procedimiento para su expedición y se determinan las entidades responsables de vigilar su cumplimiento. Julio 13 de 2009. DO. N.º 47409.
- Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado: Empresas y concentración empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE y del G20*, Éditions OCDE, París, 2016, en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259171-es>, consulta de abril 11 de 2022.
- Superintendencia de Sociedades, Grupo de Conglomerados, *Guía Práctica Régimen de Matrices y Subordinadas*, Bogotá, 2012.
- Superintendencia de Sociedades, (2022) Circular Básica Jurídica.
- Superintendencia de Sociedades, Circular Externa n.º 000003 del 26 de marzo de 2021.
- Superintendencia de Sociedades, Circular Externa n.º 100-000016 del 24 de diciembre de 2020.
- Superintendencia de Sociedades, Circular Externa n.º 100-000015 del 24 de septiembre de 2021.
- Superintendencia de Sociedades, Grupo de Regulación e Investigación Contable y Delegatura de Asuntos Económicos y Contables, *Guía práctica de aplicación del método de la participación y preparación de estados financieros consolidados y combinados*, Bogotá, 2019.

# ¿LAS PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN DEL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE COMERCIO TIENEN CARÁCTER TAXATIVO?

CARLOS GERARDO MANTILLA GÓMEZ<sup>34</sup>

## INTRODUCCIÓN

Este texto busca responder si las presunciones de subordinación del artículo 261 del Código de Comercio tienen carácter taxativo. Para ello, aborda el contexto y origen de los debates alrededor de esta pregunta y analiza la posición del Consejo de Estado al respecto.

## 1. CONTEXTO Y ORIGEN DEL DEBATE INTERPRETATIVO

Cuando se hace referencia al control societario es necesario remitirse a los artículos 260 y 261 del Código de Comercio para poder entender a cabalidad esta figura. Por una parte, el artículo 260 original del estatuto mercantil definió las sociedades subordinadas como aquellas que están sometidas a control financiero, económico o administrativo, y las denominó filiales o subsidiarias según estuvieran sometidas a control directo o indirecto por parte de la matriz<sup>35</sup>. Sin embargo, esta norma no dispuso una definición de control societario.

34 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de Seguros de la misma universidad y magíster en Derecho Internacional de los Negocios de University Tecnology Sydney (Australia). Ha sido profesor universitario en temas de riesgos y regulación financiera (Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Economía) y tienen más de 20 años de ejercicio de la profesión de abogado como asesor de empresas en temas corporativos, societarios, contractuales y energéticos (renovables, petróleo y carbón) tanto en la firma de abogados Muñoz Tamayo & Asociados como en empresas del sector real. Actualmente se desempeña como superintendente Delegado de Supervisión Societaria en la Superintendencia de Sociedades.

35 Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.

De forma complementaria, el artículo 261 original estableció lo que denominó “presunciones de control”, que pueden interpretarse como aquellos supuestos que, de presentarse, hacen que se entienda que una sociedad es subordinada de otra u otras. La versión original de este artículo del Código de Comercio establecía:

Se considerará subordinada la sociedad que se encuentre, entre otros [subrayado fuera de texto], en los siguientes casos:

1°. Cuando el cincuenta por ciento o más del capital pertenezca a la matriz, directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas.

2°. Cuando las sociedades mencionadas en el ordinal anterior tengan, conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos del quórum mínimo decisorio en la junta de socios, o en la asamblea, o en la junta directiva, si la hubiere, y

3°. Cuando las sociedades vinculadas entre sí participen en el cincuenta por ciento o más de las utilidades de la compañía, así sea por prerrogativas o pactos especiales.

Se entenderá que hay vinculación de dos o más sociedades cuando existan intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas, comunes o recíprocos, así como cualquier actuación de control o dependencia.<sup>36</sup>

Esta norma disponía tres situaciones que hacían que se presumiera el control societario. Sin embargo, la expresión “entre otros” del primer inciso dejaba claro que, además de estos tres eventos, podían presentarse otros en los que una sociedad estuviera sometida a la subordinación de otra.

Estas definiciones se mantuvieron vigentes hasta 1995 cuando fue expedida la Ley 222 que modificó sustancialmente el contenido de estos dos artículos. Por un lado, el artículo 260 modificado, denominado desde entonces como “Artículo 26. Subordinación”, quedó: “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”<sup>37</sup>.

Así las cosas, en comparación con la versión original de la norma, uno de los cambios evidentes fue que se introdujo una definición del control societario, que se entiende como el sometimiento del poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otra u otras personas, naturales o jurídicas. De acuerdo con esta nueva versión, el control en esencia está dado por la influencia que se tiene en la toma de decisiones de una sociedad.

36 Código de Comercio. Artículo 261.

37 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

Por otro lado, el artículo 261 también fue objeto de modificaciones (ahora Artículo 27. Presunciones de subordinación), quedando así:

ARTÍCULO 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos [subrayado fuera de texto]:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
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 anterior.<sup>38</sup>

De la lectura del primer inciso del artículo modificado se evidencia un pequeño, pero sustancial cambio, correspondiente a la eliminación de la expresión “entre otros”. Esta variación en la redacción ha generado importantes debates en torno a la taxatividad de las presunciones que la ley menciona.

Una de las posturas interpretativas de este artículo es que la norma, al enlistar supuestos de control, lo hace de una forma meramente enunciativa, como estaba en el texto original del Código de Comercio, y, por tanto, se trata de afirmaciones que hacen referencia o ejemplifican el supuesto general del artículo 260 que, se debe recordar, incluye una definición general sobre control.

Por su parte, la segunda postura es que el legislador, al eliminar “entre otros”, en realidad quiso quitarle el carácter de enunciativo y volver la nueva lista de presunciones una de tipo taxativo, es decir, que no puede haber más supuestos de control diferentes a los tres que señala el artículo.

.....  
<sup>38</sup> Ley 222 de 1995. Artículo 27.

En ese sentido, con ocasión del debate que generó la interpretación de la norma, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en un reciente pronunciamiento hizo un detallado y completo análisis al respecto<sup>39</sup>. A continuación, se comentan los aspectos fundamentales de este pronunciamiento que constituye una pieza muy importante para el entendimiento y para la adecuada aplicación de la ley.

## 2. ARGUMENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO

El concepto del 25 de septiembre de 2019 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado analizó dos asuntos: la ampliación de los parámetros objetivos de las presunciones de subordinación que trajo la Ley 222 de 1995 y las razones prácticas por las cuales las presunciones son de carácter enunciativo.

### 2.1. ALCANCE DE LA REFORMA DE LA LEY 222 DE 1995

El primer punto que estudia la Sala es el alcance de la reforma de 1995 sobre estos artículos. Como se mencionó en el anterior apartado, los artículos originales del Código de Comercio (260 y 261) reconocían las relaciones de subordinación entre matrices, subordinadas y filiales bajo el supuesto del control económico, financiero o administrativo que ejercía la matriz sobre la subordinada o filial.

Así las cosas, la Sala explica que la reforma modificó los términos de estos artículos única y exclusivamente para ampliar su campo de acción, de manera que se ajustaran a nuevas realidades y retos económicos derivados de las complejas estructuras corporativas que se estaban creando. Bajo la nueva norma, cualquier persona, natural o jurídica, societaria o no, de manera directa o indirecta, que tenga la capacidad de someter el poder de decisión de una sociedad será su matriz o controlante.

Es así como la Ley 222 amplía claramente los parámetros objetivos de las presunciones de subordinación, dejando de lado la necesidad de demostrar, como ocurría anteriormente, que existía una dependencia económica, financiera o administrativa. En la actualidad basta con demostrar, en términos generales, el sometimiento a la voluntad de otro, bajo cualquier esquema, para que se configure la subordinación.

De la misma forma, manifiesta la Sala, con la reforma se ampliaron los términos de las hipótesis del artículo 261, las cuales nunca dejaron de ser enunciativas pese a la redacción que se utiliza para su descripción, porque las extiende incluso a casos de control o subordinación sin necesidad de contar con participación accionaria.

### 2.2. EL SENTIDO PRÁCTICO DE LAS NUEVAS HIPÓTESIS

De igual forma, el Consejo de Estado fue claro en que, desde los puntos de vista sistémico y finalista como criterios de interpretación de la ley, las disposiciones sobre subordinación y control propenden por la publicidad y la transparencia con la que deben operar las personas naturales y jurídicas

39 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (Septiembre 25 de 2019). Oficio 1589.

dentro del mundo de los negocios, evitando abusos y fraudes, no solo a terceros, sino incluso a los mismos accionistas minoritarios. Es por esto que existen autoridades administrativas con la competencia para declarar e investigar estas situaciones de control que no se revelan de forma voluntaria.

En este sentido, desde un punto de vista práctico, es muy lógico que las autoridades competentes, para analizar este tipo de situaciones, cuenten con una herramienta con la suficiente flexibilidad para que puedan ejercer de forma efectiva sus funciones de supervisión y de protección de los negocios dentro del marco que fija el artículo 260.

Para que una autoridad pueda determinar si existe control debe partir de un elemento objetivo (el sometimiento directo o indirecto al poder de decisión de una sociedad a la voluntad de otras personas) para llegar a casos como los de las presunciones del artículo 261 u otras que, sin estar enunciadas, impliquen sometimiento del poder de decisión y lleven al supervisor a concluir que existe una situación de control o de grupo empresarial que debe ser adecuadamente revelada al público general.

De acuerdo con esto, no tendría sentido que la reforma del Código de Comercio, realizada en un contexto globalizado e integrado, con mayores y más complejas estructuras societarias, hubiese buscado restringir las facultades de las autoridades supervisoras, creando un listado taxativo que, además, dejara sin efecto el artículo 260.

Adicionalmente, otro argumento a favor del carácter enunciativo de las presunciones de control es que el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 señala que es obligatorio inscribir en el Registro Público Mercantil “cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control”<sup>40</sup>. Por lo tanto, si las presunciones fueran taxativas no sería útil mencionar las dos normas, puesto que la 260 no tendría ningún propósito.

Finalmente, es importante mencionar que los anteriores elementos han sido reconocidos por la jurisprudencia local, la doctrina societaria y las oficinas asesoras jurídicas de las superintendencias de Sociedades y Financiera de Colombia<sup>41</sup>. Lo que ha logrado principalmente el Consejo de Estado con su pronunciamiento es despejar cualquier duda y confirmar el alcance de las normas sobre subordinación societaria en Colombia, ratificando la interpretación hecha en los distintos pronunciamientos administrativos y judiciales que en ese sentido han sido emitidos.

### 3. IMPORTANCIA DE LA FIGURA, LA NORMA Y EL PRONUNCIAMIENTO

De acuerdo con lo expuesto, se considera que la visión que tuvo el legislador desde 1971 con la expedición del estatuto mercantil ha sido ratificada, ajustada y mejorada, no solo con la reforma hecha por la Ley 222 de 1995, sino con el pronunciamiento del Consejo de Estado, al resaltar la necesidad e importancia para el mundo empresarial de mantener una definición amplia de los

40 Ley 222 de 1995. Artículo 30.

41 Algunos de estos pronunciamientos son: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A del 26 de agosto de 2004, expediente 02-0549; Superintendencia de Sociedades (oficios 220-15430 del 13 de abril de 1998; 220-057365 del 3 de diciembre de 2007; 220-102566 del 31 de julio de 2009, y 220-064141 del 15 de abril de 2016, entre otros, y Superintendencia Financiera (síntesis de conceptos, boletín del 5 de mayo de 1998).

concepto de control y subordinación, que encaje con las realidades actuales y con las complejas estructuras societarias que existen hoy en día.

De igual forma, es claro que la declaración de control es un elemento esencial en términos de publicidad, transparencia, competencia, cumplimiento de normas internacionales, protección de inversionistas (mayoritarios o minoritarios), acreedores, entidades públicas y, en general, de los mercados y de la seguridad y el crecimiento de estos.

En un mundo en donde la realidad y la necesidad hacen que los empresarios busquen unir esfuerzos para obtener una mayor competitividad, bien sea en forma vertical, horizontal o como un conglomerado, es clave que dichas integraciones y grupos sean debidamente revelados y conocidos para evitar desequilibrios, fraudes y la toma de decisiones corporativas inadecuadas.

Por esto, el concepto del Consejo de Estado es útil para tener claridad del alcance del artículo 261 y entender que las situaciones de control no se reducen a las presunciones, sino que se entiende que existe control si se logra acreditar que el poder de decisión de una sociedad está sometido a la voluntad de otra persona (natural o jurídica) y que, por tanto, dentro de ellas pueden haber muchas de las estructuras societarias que conforman el tejido empresarial del país.

## REFERENCIAS

- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (Septiembre 25 de 2019). Oficio 1589.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. 26 de agosto de 2004, expediente 02-0549.
- Superintendencia de Sociedades, oficio 220-15430. (3 de abril de 1998).
- Superintendencia de Sociedades, oficio 220-057365 (3 de diciembre de 2007).
- Superintendencia de Sociedades, oficio 220-102566 (31 de julio de 2009)
- Superintendencia de Sociedades, 220-064141 (15 de abril de 2016).
- Superintendencia Financiera (Síntesis de Conceptos, Boletín – 05 de mayo de 1998).

# DEBER DE REVELACIÓN DE CONTROL Y GRUPOS EMPRESARIALES POR PARTE DE MATRICES EXTRANJERAS

ANDRÉS GAITÁN ROZO<sup>42</sup>



## INTRODUCCIÓN

Uno de los efectos más importantes que establece la regulación colombiana sobre matrices, subordinadas y grupos empresariales es el relacionado con la publicidad en el Registro Público Mercantil que exige el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. Se trata de una revelación que se inspira en el principio de transparencia en que deben fundamentarse las relaciones de las empresas con sus grupos de interés, en consonancia con lo establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Resulta de especial interés el análisis del cumplimiento de esta obligación cuando el control lo ejercen matrices extranjeras. En este escrito se realizarán unas reflexiones sobre la importancia de la inversión extranjera en Colombia y sobre la evolución normativa de la inscripción en el Registro Público Mercantil de situaciones de control y grupos empresariales, se presentarán algunos casos destacados

42 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en Derecho Comercial. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en gobierno corporativo de empresas familiares. Realizó estudios de Filosofía y Psicología en el SMB. Diplomado en Gestión Legal y Administrativa del Talento Humano. Diplomado en Conciliación en la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor de Gerencia de Empresas de Familia, Grupos Empresariales y Derecho de Sociedades en programas de maestría, especialización y pregrado en las universidades del Rosario, Sergio Arboleda y de la Sabana. Autor del libro *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Coautor de los libros *Sociedades de familia en Colombia*; *Empresas colombianas perdurables – Casos de éxito*; *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades - Estrategias para prevenir la crisis*; *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas*; *Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia*; *Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*; *Levantamiento del velo corporativo*, y *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*. En el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, obtuvo mención de honor por la ponencia presentada sobre estrategias para superar las crisis empresariales. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como asesor del superintendente, director de Supervisión de Asuntos Especiales y coordinador de los grupos de Control, Buen Gobierno y Conglomerados. [agaitanrozo@yahoo.es](mailto:agaitanrozo@yahoo.es)

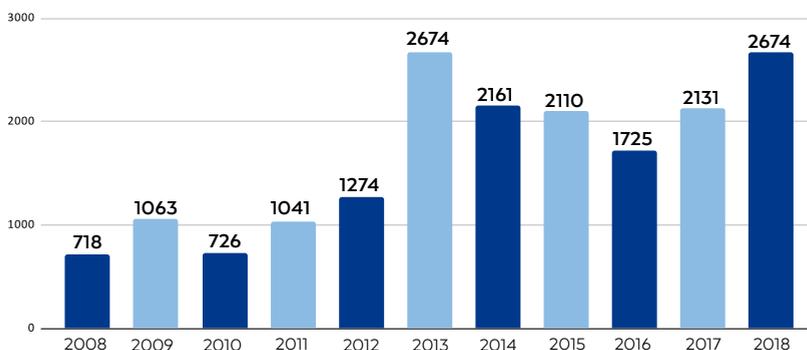
de conglomerados que han revelado sus estructuras, se hará una breve aproximación a la consolidación de estados financieros y se finalizará con unas precisiones sobre la limitación de la responsabilidad.

## 1. IMPORTANCIA DE LAS MATRICES EXTRANJERAS DENTRO DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA EN COLOMBIA

De acuerdo con el Banco de la República, la inversión extranjera directa (IED)<sup>43</sup> en Colombia llegó a 7164,5 millones de dólares durante 2021. En el sector de petróleo, hidrocarburos y minería esta inversión sumó un total de 4810,9 millones de dólares en el mismo año. Es evidente la gran importancia que en la economía tienen las inversiones que provienen del exterior.

En un estudio denominado *Análisis sobre la importancia de la inversión extranjera directa y el comercio exterior en Bogotá* se destaca que “los efectos de la Inversión Extranjera Directa (IED) sobre el crecimiento económico (CE) han sido estudiados ampliamente en distintas regiones del mundo, aunque aún no existe un consenso en torno a los mismos desde el punto de vista teórico o conceptual. Algunos autores plantean que la IED incide de manera directa sobre el crecimiento económico, mientras que otros argumentan que es una buena dinámica de la economía la que atrae flujos de IED. Finalmente hay un tercer grupo de autores que señalan una causalidad en ambas direcciones”<sup>44</sup>. La investigación ilustra el monto de la inversión extranjera en Bogotá (Gráfico 1) y su impacto en la generación de empleo (Gráfico 2).

**Gráfico 1.**<sup>45</sup>  
*IED en Bogotá en millones de dólares*



Fuente: Secretaría Distrital de Planeación y Subsecretaría de Información y Estudios Estratégicos, *Análisis sobre la importancia de la inversión extranjera directa y el comercio exterior en Bogotá*, p. 17.

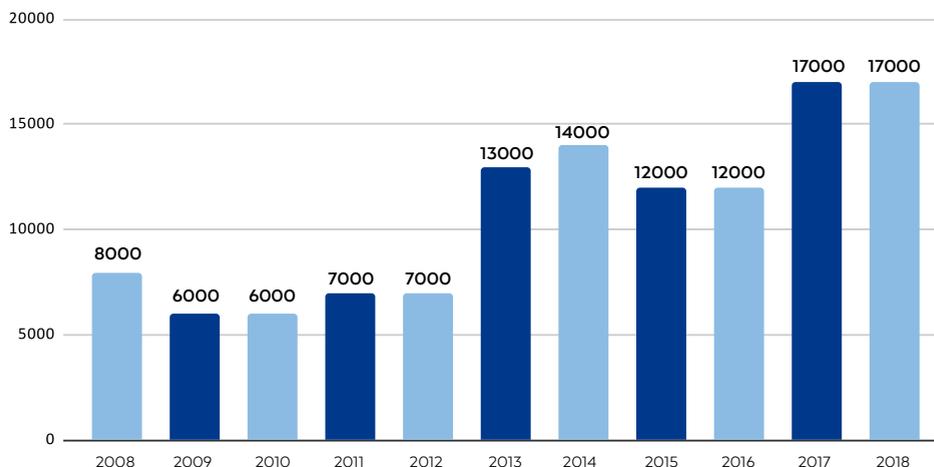
43 Según el Banco de la República, la inversión directa son los aportes de capital que cumplen con estos dos requisitos: a. Existe una relación accionaria entre el inversionista y la empresa que reside en una economía distinta. b. El inversionista tiene una influencia significativa en la toma de decisiones de la empresa. Ver: Banco de la República, “Inversión directa”, en Banco de la República, Bogotá, 2021, en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/inversion-directa>, consulta el 28 de abril de 2022.

44 Secretaría Distrital de Planeación y Subsecretaría de Información y Estudios Estratégicos, *Análisis sobre la importancia de la inversión extranjera directa y el comercio exterior en Bogotá*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2019, p. 35. <https://www.sdp.gov.co/transparencia/informacion-interes/publicaciones/estudios/101-analisis-sobre-la-importancia-de-la-inversion-extranjera-directa-y-comercio-exterior-bogota>

45 El autor agradece a Valentina Ramírez Gutiérrez, quien estuvo al frente de la organización y el diseño de los gráficos incluidos en este artículo.

**Gráfico 2.**

*Empleos creados por la inversión extranjera directa en Bogotá 2008-2018*



Fuente: Secretaría Distrital de Planeación y Subsecretaría de Información y Estudios Estratégicos, *Análisis sobre la importancia de la inversión extranjera directa y el comercio exterior en Bogotá*, p. 26.

## 2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA INSCRIPCIÓN DE SITUACIONES DE CONTROL Y GRUPO EMPRESARIAL DE MATRICES EXTRANJERAS

El derecho colombiano permite que se constituyan una o más sociedades que estén sometidas al control de una o unas mismas personas, y que los socios o accionistas se beneficien del principio de limitación de responsabilidad hasta el monto de sus aportes, salvo algunas excepciones. No obstante, el legislador estableció una obligación correlativa para las matrices o controlantes que consiste en solicitar a las cámaras de comercio la inscripción en el Registro Público Mercantil de las situaciones de control o grupo empresarial, de acuerdo con lo señalado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995:

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

Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.

En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.

PARÁGRAFO 1o. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente.<sup>46</sup>

Desde que entró en vigencia la Ley 222 de 1995 se ha analizado si esta disposición aplica para las matrices extranjeras que controlan sociedades en Colombia. La Superintendencia de Sociedades, en la Circular Externa 30 de 1997<sup>47</sup>, precisó que el artículo 30 de la norma en cita establece la obligación de la matriz de inscribir en el Registro Público Mercantil la situación de control o grupo empresarial sin distinguir entre sujetos controlantes nacionales y extranjeros. Se enfatiza que toda persona, nacional o extranjera, que realice en Colombia actos o negocios está sometida al imperio de ley local en cuanto a los efectos de aquellos<sup>48</sup>.

La referida Circular fue demandada ante el Consejo de Estado porque los demandantes consideraban contrario a la Constitución y a las leyes que la Superintendencia de Sociedades estableciera requisitos y obligaciones para personas no residentes en Colombia, debido a que esto implicaba aplicar un régimen extraterritorial de sus circulares. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo decidió declararse inhibido al considerar que lo expresado en la circular demandada no constituía un acto capaz de producir efectos jurídicos, pues estos se producen con el acto definitivo que profiere la autoridad competente en cada caso particular y concreto, de acuerdo con las normas legales.

Si el inversionista extranjero se acoge a la ley colombiana para gozar de los derechos que se derivan de sus actividades mercantiles en el país, es apenas lógico que las mismas normas lo cobijen para el cumplimiento de sus obligaciones, entre otras, la de solicitar ante las correspondientes cámaras de comercio la inscripción de la situación de control o grupo empresarial.

En la *Guía práctica régimen de matrices y subordinadas*, publicada por la Superintendencia de Sociedades, se reitera que las matrices extranjeras de sociedades colombianas tienen el deber de cumplir con la obligación señalada en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995<sup>49</sup>. En el mismo sentido, en la Circular 100-000008 del 12 de julio de 2022 (Circular Básica Jurídica) la entidad manifestó que la obligación de revelar situaciones de control o de grupo empresarial se predica tanto de las matrices nacionales como de las extranjeras<sup>50</sup>.

46 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

47 Circular Externa 030. Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 26 de 1997).

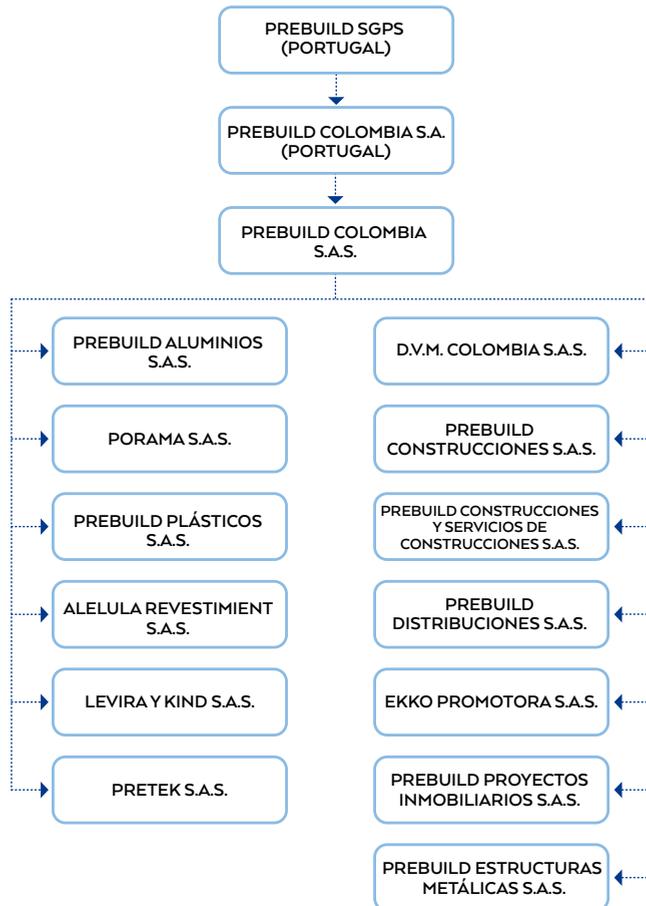
48 Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, pp. 85-86.

49 Gaitán Rozo, Andrés y Salazar, Beatriz Amparo, *Guía práctica régimen de matrices y subordinadas*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2012, p. 14.

50 Circular Externa 100-000008. Superintendencia de Sociedades. Circular básica jurídica. (Julio 12 de 2022).

Ahora bien, es preciso destacar que la Superintendencia de Sociedades ha señalado que la persona o personas obligadas a cumplir con el mandato de la disposición que se analiza son las verdaderas matrices, es decir, las que se ubican en el nivel más alto de las estructuras y tienen la máxima capacidad de imponer su voluntad en la toma de decisiones en los términos del artículo 260 del Código de Comercio. Esta posición fue ampliamente desarrollada en la Resolución 300-002840 del 25 de agosto de 2015<sup>51</sup>, por la cual se declaró la verdadera estructura del grupo Prebuild (Gráfico 3), advirtiendo que la matriz era diferente a la que inicialmente se había inscrito en el Registro Público Mercantil:

**Gráfico 3.**  
*Estructura del grupo Prebuild*



Fuente: Superintendencia de Sociedades. Resolución 300-002840.

La Superintendencia de Sociedades sostuvo que, en la realidad, quien ostentaba la calidad de matriz era la sociedad Prebuild SGPS S.A., domiciliada en Sintra (Portugal), y no la sociedad extranjera Prebuild Colombia S.A.

51 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control. (Agosto 25 de 2015). Resolución 300-002840.

Este pronunciamiento es relevante porque es frecuente que se reconozcan como supuestas matrices a simples vehículos de inversión, por ejemplo, sociedades *offshore*<sup>52</sup> con patrimonios poco representativos y que no revelan las personas que en realidad tienen el control. Se trata de estructuras diseñadas para contar con “controlantes pararrayos” que, ante cualquier pretensión de responsabilidad, sean los demandados y, de esa manera, protejan a los verdaderos controlantes.

Por otra parte, la misma entidad de supervisión, por medio de la Resolución 302-004413 del 24 de noviembre de 2017, se refirió a la obligación de presentar a todas las subordinadas en Colombia como parte de un solo grupo empresarial:

En el caso concreto lo que observa este Despacho es que **la matriz del grupo** GNF a nivel mundial es la sociedad Gas Natural S.D.G. S.A. No obstante, en el registro mercantil colombiano se revelan unas sociedades diferentes como matrices. Se presenta entonces una manifiesta contradicción entre lo inscrito en el registro mercantil y la realidad empresarial. De acuerdo con la información que reposa en los certificados de existencia y representación legal incorporados a la investigación, se inscribieron seis matrices extranjeras de las subordinadas del grupo GNF, en Colombia, cuando lo evidente es que, en realidad existe una sola matriz, quien es el sujeto obligado a inscribirse como tal en el registro de sus subordinadas en Colombia.<sup>53</sup>

Es necesario reconocer que en algunos casos puede resultar difícil hacer efectivas las multas impuestas por la Superintendencia de Sociedades<sup>54</sup>, no obstante, para muchas matrices extranjeras, más allá de la sanción, la preocupación puede ser resultar involucradas en investigaciones por faltar al principio de transparencia y por ir en contra de los estándares internacionales en materia de gobierno corporativo y de lo establecido en los códigos de ética empresarial. Por regla general, en los grupos de controlantes extranjeras se presta mucha atención al riesgo reputacional por el enorme impacto que puede tener en las relaciones con los diversos grupos de interés.

Esta obligación de revelar a la verdadera matriz armoniza con los desarrollos en la prevención de lavado de activos, financiación del terrorismo y de la proliferación de armas de destrucción

52 “Las sociedades ‘offshore’ u opacas son sociedades mercantiles domiciliadas normalmente en un paraíso fiscal por un no residente, que están exentas de impuestos y que cumplen con las siguientes características principales:

- **Se inscriben en un registro a través de abogados y agentes especializados acreditados ante la jurisdicción ‘offshore’.** Estos se encargan de la constitución, redactar los estatutos, proveer a la sociedad de accionista y proceder al registro.

- **No operan económicamente en el país en el que se domicilian.** Por otro lado, los directores no deben tener su domicilio en el país de la sede social, no puede utilizar mano de obra local y no puede utilizar la economía del país de acogida en materia de inversión, transferencias bancarias... Están controladas por empresas o personas no residentes que llevan a cabo sus negocios en otros lugares y utilizan el paraíso fiscal únicamente como domicilio legal de la sociedad, para aplicar una legislación que les es favorable.

- **Estricta confidencialidad.** El titular real de dicha sociedad permanece oculto bajo el nombre del testaferro, pero tiene plenos poderes para operar desde su lugar de residencia: abriendo cuentas, realizando transacciones de bienes o dinero, etc., de manera anónima.

- **Se benefician de leyes de privacidad** que permiten, o bien que no sea necesario comunicar al Registro Mercantil los datos de los directores y accionistas de la sociedad, o bien que se utilicen directores y accionistas fiduciarios (testaferros), permaneciendo oculto el titular real de la sociedad, quien tiene plenos poderes para operar desde su lugar de residencia: abriendo cuentas, realizando transacciones de bienes o dinero, etc... de manera anónima.

- **Opacidad informativa.** No existe información y transparencia acerca de la actividad y operaciones económicas de estas sociedades, y tampoco sobre el propietario o beneficiario de determinados bienes”. Ver: Esteban, Patricia. “¿Qué son las sociedades offshore?”, en Noticias Jurídicas, 2016, en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10995-iquest;que-son-las-sociedades-offshore/>, consulta el 28 de abril de 2022.

53 Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales y Empresariales. (Noviembre 24 de 2017). Resolución 302-004413.

54 De acuerdo con el artículo 86, numeral 3 de la Ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades tiene la facultad de imponer sanciones hasta de 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv) por cada una de las omisiones o inscripciones extemporáneas.

masiva (LA/FT/FPADM), así como con las exigencias de las autoridades tributarias de revelar los beneficiarios finales, en los términos de la Ley 2155 de 2021<sup>55</sup>.

### 3. ALGUNOS CASOS RELEVANTES

Según información de la Cámara de Comercio de Bogotá, a 1 de abril de 2022 se encontraban inscritas **3459** matrices extranjeras de sociedades colombianas<sup>56</sup> (Gráfico 4). Esto demuestra que un número muy representativo de matrices extranjeras ha cumplido con la obligación señalada en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, de acuerdo con lo que ha sostenido la referida autoridad de supervisión desde 1997.

**Gráfico 4.**  
*Subordinadas colombianas de matrices extranjeras*



Fuente: Cámara de Comercio de Bogotá, *Registro Público Mercantil, Reporte matrices y subordinadas*, consulta de abril 1 de 2022.

55 Definición beneficiario final. "Entiéndase por beneficiario final la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee(n) o controla(n), directa o indirectamente, a un cliente y/o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción incluye también a la(s) persona(s) natural(es) que ejerzan el control efectivo y/o final, directa o indirectamente, sobre una persona jurídica u otra estructura sin personería jurídica.

A) Son beneficiarios finales de la persona jurídica las siguientes:

1. Persona natural que, actuando individual o conjuntamente, sea titular, directa o indirectamente, del cinco por ciento (5%) o más del capital o los derechos de voto de la persona jurídica, y/o se beneficie en cinco por ciento (5%) o más de los activos, rendimientos o utilidades de la persona jurídica; y
2. Persona natural que, actuando individual o conjuntamente, ejerza control sobre la persona jurídica, por cualquier otro medio diferente a los establecidos en el numeral anterior del presente artículo; o
3. Cuando no se identifique ninguna persona natural en los términos de los dos numerales anteriores del presente artículo, se debe identificar la persona natural que ostente el cargo de representante legal, salvo que exista una persona natural que ostente una mayor autoridad en relación con las funciones de gestión o dirección de la persona jurídica.

B) Son beneficiarios finales de una estructura sin personería jurídica o de una estructura similar, las siguientes personas naturales que ostenten la calidad de:

1. Fiduciante(s), fideicomitente(s), constituyente(s) o posición similar o equivalente;
2. Fiduciario(s) o posición similar o equivalente;
3. Comité fiduciario, comité financiero o posición similar o equivalente;
4. Fideicomisario(s), beneficiario(s) o beneficiario(s) condicionado(s); y
5. Cualquier otra persona natural que ejerza el control efectivo y/o final, o que tenga derecho a gozar y/o disponer de los activos, beneficios, resultados o utilidades.

En caso de que una persona jurídica ostente alguna de las calidades establecidas previamente para las estructuras sin personería jurídica o estructuras similares, será beneficiario final la persona natural que sea beneficiario final de dicha persona jurídica conforme al presente artículo.  
PARÁGRAFO 1. Para efectos tributarios, el término beneficiario final aplica para el beneficiario efectivo o real y se debe entender como tal la definición estipulada en este artículo.

PARÁGRAFO 2. El presente artículo debe interpretarse de acuerdo con las Recomendaciones actualizadas del Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI y sus respectivas notas interpretativas.

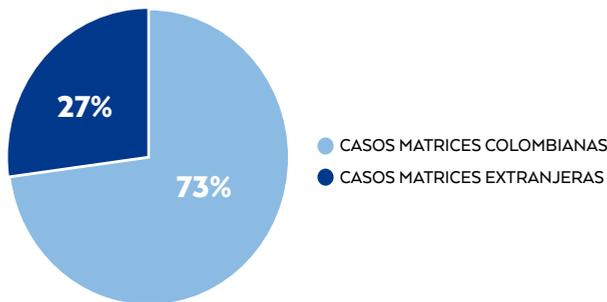
PARÁGRAFO 3. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN reglamentará mediante resolución lo previsto en el presente artículo, y los términos y condiciones para su efectiva aplicación.

Ver: Ley 2155 de 2021. Por medio de la cual se expide la ley de inversión social y se dictan otras disposiciones. Septiembre 14 de 2021, artículo 631-5. DO. N.º 51.797.

56 Esta información corresponde solo a la Cámara de Comercio de Bogotá. Existen otras 56 cámaras de comercio en Colombia. Ver: Cámara de Comercio de Bogotá. *Registro Público Mercantil*.

Adicionalmente, en el presente estudio se tiene en cuenta que la Superintendencia de Sociedades, por medio de la Circular 100-000003 del 26 de marzo de 2021 (Plan de Normalización de Conglomerados – PN), incentivó a las matrices o controlantes a cumplir con el deber de revelación de la que trata el artículo 30 de la Ley 222 de 1995<sup>57</sup>. Se observa que numerosas entidades extranjeras procedieron a acogerse a los beneficios que se les concedieron y que solicitaron la inscripción de situaciones y grupos empresariales en el Registro Público Mercantil. De los 457 casos presentados como respuesta al Plan de Normalización de Conglomerados, 171 corresponden a matrices extranjeras, es decir, el 27%. (Gráfico 5).

**Gráfico 5.**  
*Plan de normalización*



Fuente: Elaboración propia con el apoyo del Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades.

Dentro de esas inscripciones “voluntarias” se destacan varios casos de conglomerados muy representativos:

### 3.1. KIMBERLY-CLARK CORPORATION

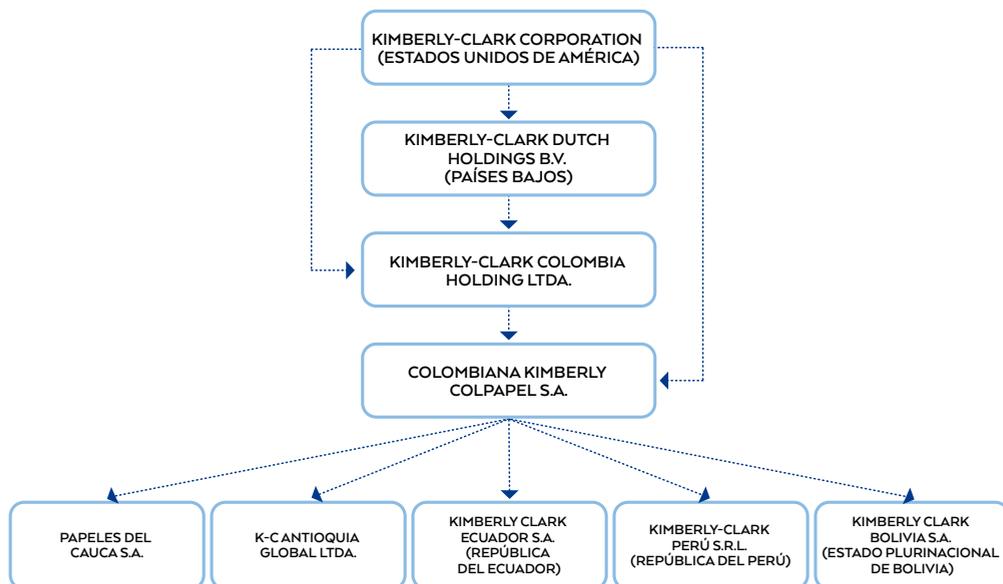
Se trata de una organización creada en 1872 que cuenta con más de 40.000 empleados. Entre sus marcas, que se venden en más de 175 países, están Andrex, Cottonelle, Depend, Huggies, Kleenex, Plenitude, Poise, Scott y U by Kotex<sup>58</sup>.

La estructura inscrita en el Registro Público Mercantil identifica a Kimberly-Clark Corporation, sociedad situada en Estados Unidos, como matriz del grupo empresarial que, de forma indirecta, controla a siete sociedades. Algunas de las sociedades colombianas permiten el control de otras compañías en el exterior.

<sup>57</sup> Circular Externa 100-000003. Superintendencia de Sociedades. Plan de Normalización del Registro de Situaciones de Control y Grupos Empresariales. (Marzo 26 de 2021).

<sup>58</sup> Kimberly-Clark, en <https://www.kimberly-clark.com/es-us/>, consulta de mayo 10 de 2022.

**Gráfico 6.**  
*Estructura del grupo controlado por Kimberly-Clark Corporation*



Fuente: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Diciembre 14 de 2021). Resolución 302-008649.

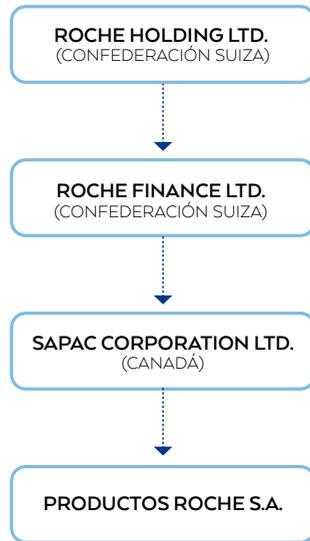
### 3.2. ROCHE HOLDING LTDA.

En 1896, Fritz Hoffman-La Roche fundó en Suiza una de las organizaciones biotecnológicas más grandes del mundo: F. Hoffmann-La Roche & Co., que trabaja en la investigación y el desarrollo de equipos de diagnóstico y medicamentos innovadores<sup>59</sup>.

La compañía, además del control indirecto revelado, reconoció que la subordinación en Colombia se presenta desde el **14 de diciembre de 1962**. Es un caso muy interesante de inscripción en el Registro Público Mercantil de una estructura de control que existe desde hace varias décadas. De acuerdo con el artículo 238 de la Ley 222 de 1995, la referida obligación de registrar las situaciones de control o grupo empresarial existentes a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley debería cumplirse dentro de los 30 días siguientes.

<sup>59</sup> Roche, en <https://www.roche.com.co/>, consulta de mayo 10 de 2022.

**Gráfico 7.**  
*Estructura de control liderada por Roche Holding Ltda.*



Fuente: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Diciembre 29 de 2021). Resolución 302-008887.

### 3.3. SIERRACOL ENERGY LIMITED

SierraCol Energy Limited es la matriz de un conglomerado dedicado principalmente a la exploración y producción de petróleo y gas de ciclo completo de materiales. Tiene operaciones en las cuencas Llanos, Magdalena Medio y Putumayo (Colombia)<sup>60</sup>.

El caso de esta compañía evidencia que en la conformación del conglomerado en el país se incorporaron sucursales colombianas de subordinadas extranjeras. Vale recordar que las sucursales son establecimientos de comercio abiertos por una sociedad para el desarrollo de los negocios sociales o parte de ellos, que no constituyen una persona jurídica distinta de su casa principal y que son administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

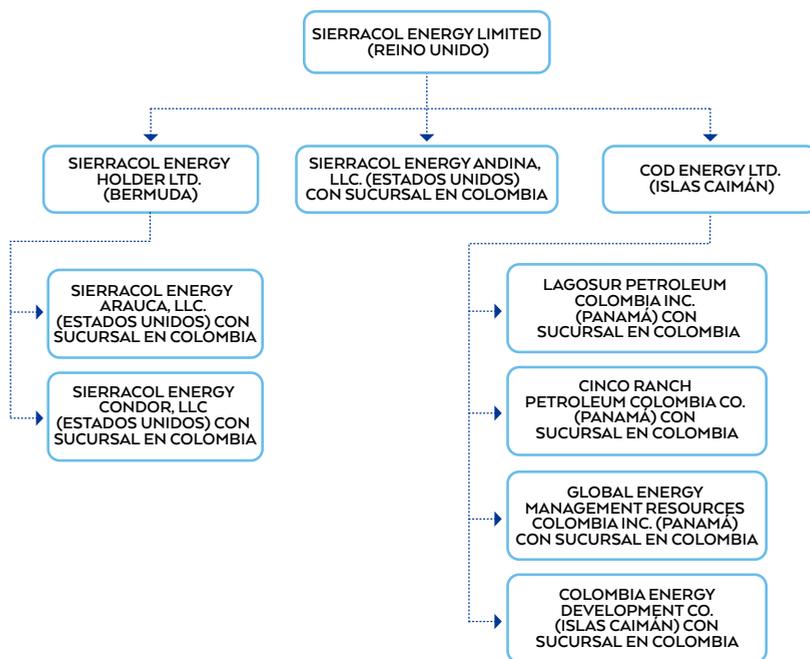
Entre la sucursal y la sociedad de la que forma parte no se presenta una relación matriz-subordinada en los términos del artículo 260 del Código de Comercio. En consecuencia, las sucursales no pueden tener la calidad de subordinadas. No obstante, existen unas sociedades extranjeras sometidas al poder de SierraCol Energy Limited que actúan en Colombia por medio de sus sucursales.

Existe un conglomerado que opera negocios en el territorio colombiano a través de varias personas jurídicas extranjeras con sucursales en este país. Este fue revelado de conformidad con el

<sup>60</sup> SierraCol Energy, en <https://www.sierracolenergy.com/>, consulta de mayo 10 de 2022.

artículo 30 de la Ley 222 de 1995. La relación de control entre SierraCol Energy Limited y sus subordinadas extranjeras tiene efectos en Colombia, por lo cual se realizó la inscripción en el Registro Público Mercantil. Aunque en este grupo empresarial no aparecen sociedades colombianas ni como matrices ni como subordinadas, resulta innegable la presencia del conglomerado en Colombia.

**Gráfico 8.**  
*Estructura grupo empresarial liderado por Sierracol Energy Limited*



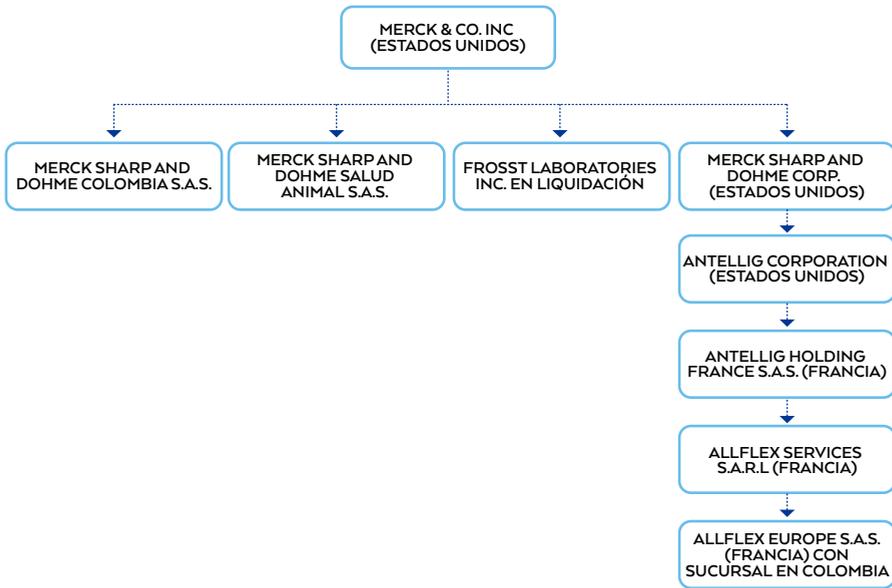
Fuente: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Enero 10 de 2022). Resolución 302-003797.

### 3.4. MERCK & CO. INC.

George Merck constituyó Merck & Co. el primero de enero de 1891 en Estados Unidos. Luego, en 1953, se produjo una fusión de la que resultó Merck Sharp & Dohme (MSD), una de las farmacéuticas más reconocidas a nivel mundial que cuenta con más de 74.000 empleados. Este grupo descubre, desarrolla, fabrica y comercializa una amplia gama de productos innovadores para la salud humana y animal.

El conglomerado revelado en el Registro Público Mercantil incluye unas sociedades controladas directamente por la matriz y una línea con controles indirectos que concluye en una sociedad francesa que tiene sucursal en Colombia.

**Gráfico 9.**  
*Estructura del grupo empresarial liderado por Merck & Co. Inc.*



Fuente: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Noviembre 24 de 2021). Resolución 302-007454.

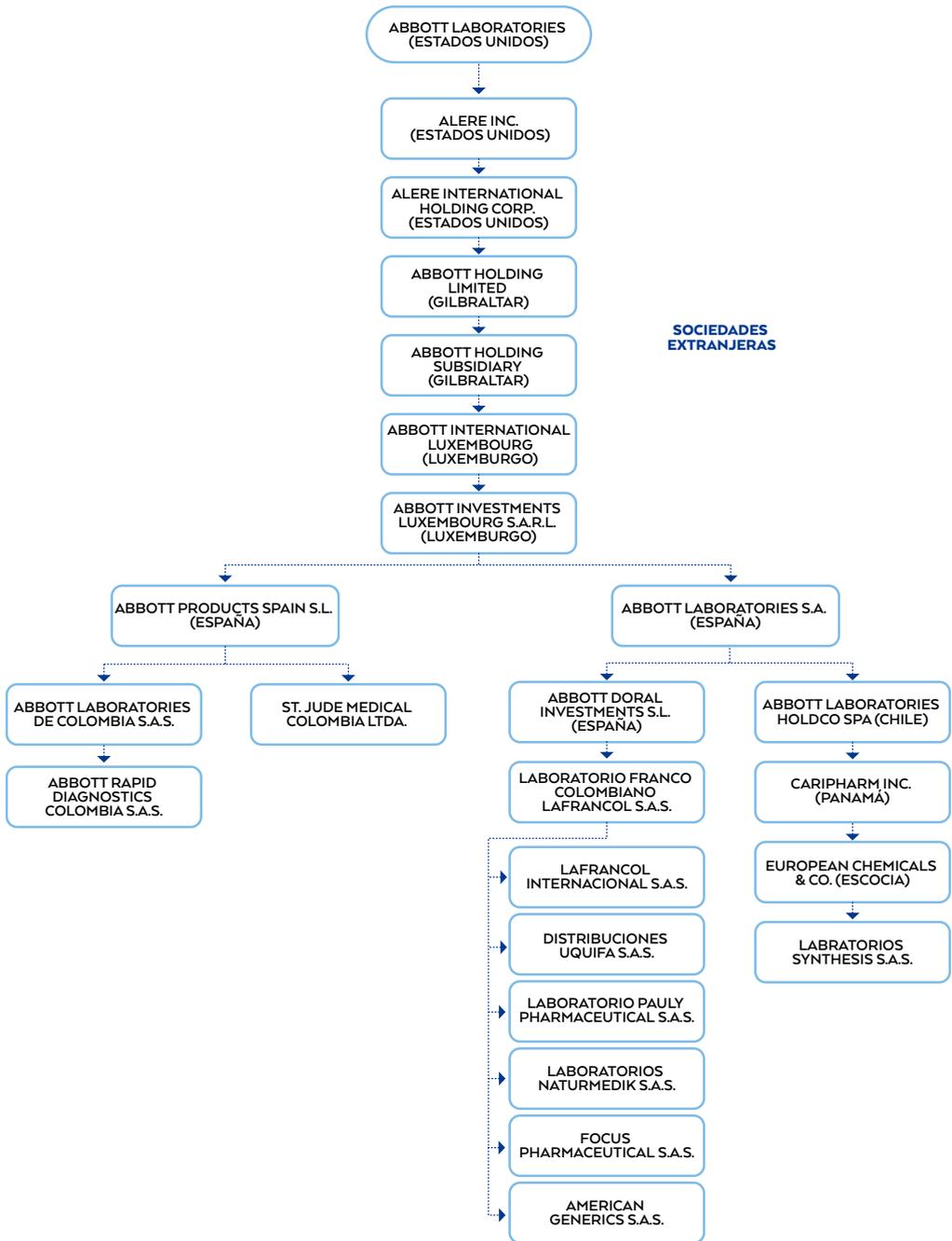
### 3.5. ABBOTT LABORATORIES

En 1888, el Dr. Wallace Abbott comenzó a fabricar medicamentos con el objetivo de brindar terapias más eficaces a los pacientes y a los médicos que los atendían. En la actualidad, Abbott Laboratories es una compañía farmacéutica estadounidense líder de un gran grupo empresarial con presencia en muchos países del mundo<sup>61</sup>.

El conglomerado revelado en Colombia involucra numerosas sociedades por acciones simplificadas que son controladas por medio de compañías constituidas en Estados Unidos, algunos países de Europa, Chile y Panamá.

<sup>61</sup> Abbott, “Quiénes somos”, en Abbott, en <https://www.latam.abbott/about-us/who-we-are.html>, consulta de mayo 10 de 2022.

**Gráfico 10.**  
*Estructura grupo empresarial controlado por Abbott Laboratories*



Fuente: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Febrero 8 de 2022). Resolución 302-001856.

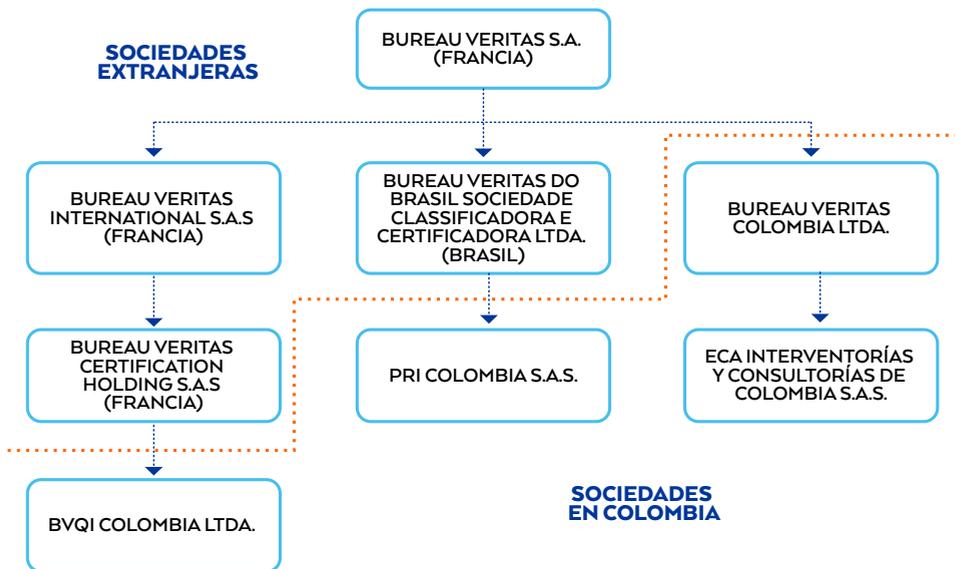
### 3.6. BUREAU VERITAS

Bureau Veritas se presenta como líder mundial en servicios de prueba, inspección y certificación con más de 190 años de experiencia, 78.000 empleados y presencia en más de 140 países<sup>62</sup>.

El conglomerado inscrito en el Registro Público Mercantil incluye controles directos e indirectos, así como sociedades colombianas de diferente naturaleza: unas por acciones simplificadas y otras limitadas.

**Gráfico 11.**

*Estructura del conglomerado Bureau Veritas*



Fuente: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Enero 20 de 2022). Resolución 302-000276.

### 3.7. OUTCROP SILVER & GOLD CORPORATION

Outcrop Silver & Gold Corp. es una empresa canadiense que participa en *Toronto Stock Exchange* y se dedica a la explotación de metales preciosos<sup>63</sup>.

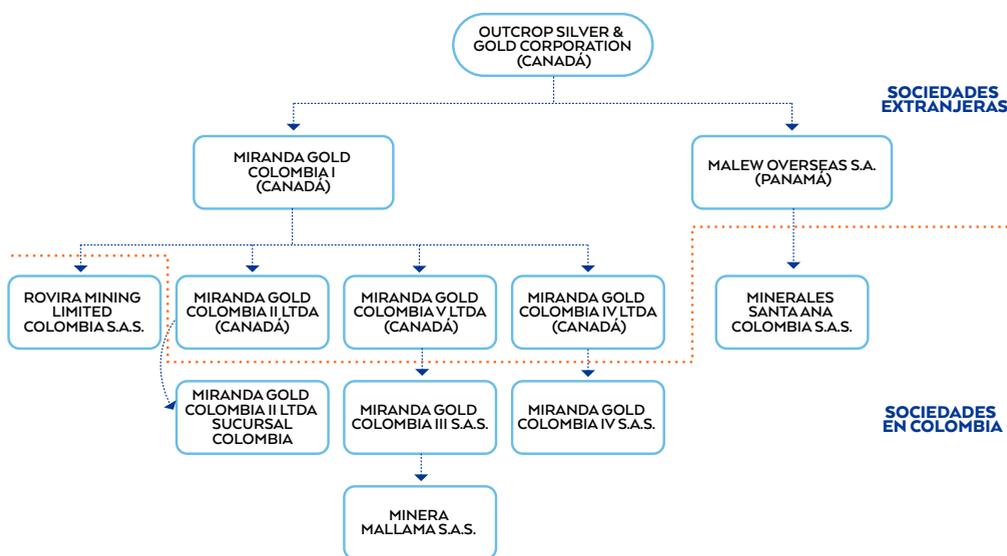
El conglomerado revelado en Colombia, donde se dedica especialmente a la exploración de oro y plata, incluye controles indirectos, sucursales de sociedades extranjeras y sociedades por acciones simplificadas.

62 Bureau Veritas, “Quiénes somos”, en Bureau Veritas, en <https://www.bureauveritas.com.co/es/sobre-bureau-veritas>, consulta de mayo 10 de 2022.

63 Outcrop Silver & Gold, “Overview”, en Outcrop Silver & Gold, en <https://outcropsilverandgold.com/about-us/#overview>, consulta de mayo 10 de 2022.

**Gráfico 12.**

*Estructura grupo empresarial controlado por Outcrop Silver & Gold Corporation*



Fuente: Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Octubre 25 de 2021). Resolución 302-006489.

## 4. COMBINACIÓN DE ESTADOS FINANCIEROS

El artículo 35 de la Ley 222 de 1995 consagra que la matriz o controlante debe preparar y difundir los estados financieros de propósito general consolidados con sus subordinadas o dominadas como si fuesen los de un solo ente.

Ahora bien, desde la expedición de la Circular 005 de 2000<sup>64</sup> la Superintendencia de Sociedades ha sostenido que en los casos de entidades colombianas controladas por matrices extranjeras procede la consolidación de los entes bajo control en Colombia, por lo cual no se incluyen los estados financieros de las matrices o controlantes.

En la *Guía práctica de aplicación del método de la participación y preparación de estados financieros consolidados y combinados*<sup>65</sup> se establecen criterios sobre estos procedimientos cuando se trata de matrices extranjeras. En efecto, se indica que en aquellos grupos en los que la entidad controladora sea una persona natural o jurídica extranjera la preparación y presentación de los estados financieros combinados<sup>66</sup> recaerá sobre la subsidiaria colombiana de mayor patrimonio.

<sup>64</sup> Circular Externa 005. Superintendencia de Sociedades. (Abril 5 de 2000).

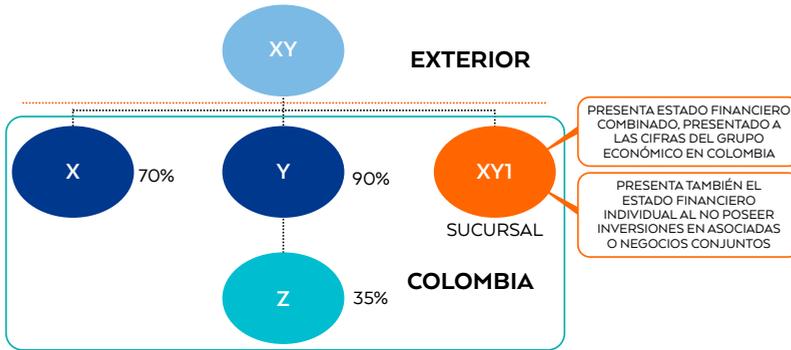
<sup>65</sup> Delegatura de Asuntos Económicos y Contables. *Guía práctica de aplicación del método de la participación y preparación de estados financieros consolidados y combinados*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2019, pp. 59-62.

<sup>66</sup> Como no se incluye el estado financiero de la matriz, se denomina "combinado".

Si una matriz extranjera tuviese una sucursal en Colombia, así como otras entidades subsidiarias, será la sucursal la responsable de preparar y presentar los estados financieros combinados de las subordinadas en Colombia, aunque alguna de las controladas tenga un patrimonio superior al de la sucursal (Gráfico 13).

**Gráfico 13.**

*Combinación la matriz extranjera tiene sucursal en Colombia*

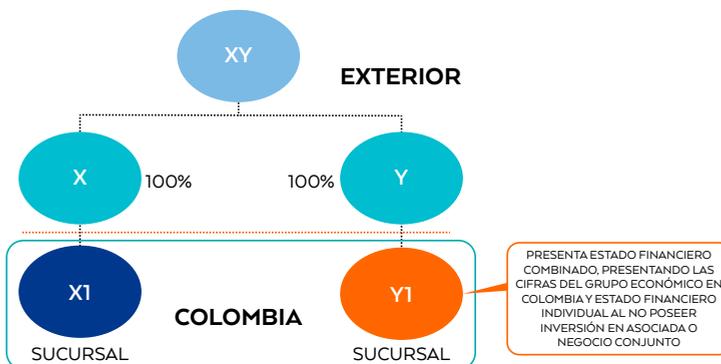


Fuente: Delegatura de Asuntos Económicos y Contables, *Guía práctica de aplicación*.

En los casos en los que la matriz o matrices extranjeras actúen en Colombia por intermedio de varias sucursales de sus subordinadas en el exterior, la combinación la hará la sucursal que tenga el mayor patrimonio (Gráfico 14).

**Gráfico 14.**

*Combinación cuando subordinadas de sociedad extranjera tienen sucursales en Colombia*



Fuente: Delegatura de Asuntos Económicos y Contables, *Guía práctica de aplicación*.

## 5. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Conviene precisar que la revelación de las estructuras de control o de grupo empresarial obedece fundamentalmente al principio de transparencia que debe regular las relaciones de las empresas con sus diferentes grupos de interés. Sin embargo, **no implica que por esa sola circunstancia se desconozca el beneficio de responsabilidad de los socios o accionistas consagrado para la mayoría de las sociedades regulares en Colombia**. El régimen de matrices y subordinadas introducido en la Ley 222 de 1995 supone necesariamente la existencia de personas distintas en los diferentes extremos de las relaciones de vinculación (controlante[s] y controlada[s]), cada uno con sus respectivos derechos y obligaciones como sujetos de derechos y obligaciones diferentes.

Es importante señalar que la Corte Constitucional, de manera enfática, ha defendido el principio de separación patrimonial en el derecho de sociedades en Colombia:

Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica.

La canalización de recursos financieros a través de acciones constituye una típica fórmula de inversión social y económica. Es inversión económica, pues los grandes capitales logran realizar importantes proyectos económicos en beneficio del país. Es inversión social, ya que la empresa constituye no sólo el principal generador de empleo y bienestar, sino también el mayor contribuyente fiscal del Estado.

2.2. En consecuencia, la inexistencia de limitación de responsabilidad pondría fin al mercado de valores, pues sería imposible conocer el valor real de una acción. En efecto, ya no sólo sería necesario tener conocimiento acerca de la información financiera de la compañía a la cual se pretende invertir (loable propósito que cumplen los estados financieros debidamente registrados), sino que también debería estudiarse las declaraciones tributarias, las constancias de ingresos, los recursos patrimoniales, los gastos familiares y aún los personales de cada uno de los socios. Misión que además de ser excesivamente onerosa y poco eficiente, en la práctica podría llegar a constituir una manifiesta violación a la garantía constitucional de la intimidad.

Así las cosas, si las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos, pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado, previstos tanto en el preámbulo como en los artículos 1º, 25, 39, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política.<sup>67</sup>

La consagración legal y jurisprudencial del principio de separación patrimonial es una garantía para todas las personas (nacionales y extranjeras) que inviertan en sociedades colombianas. Ahora bien, en la misma sentencia se plantea que en casos excepcionales es posible levantar el

67 Corte Constitucional. Sala Plena. (Septiembre 7 de 2004). Sentencia C-865. Expediente D-5057. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

velo corporativo<sup>68</sup> y hacer responsables a los socios o accionistas: “Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido”<sup>69</sup>.

Si bien existen varias alternativas jurídicas para el levantamiento del velo corporativo, se trata de casos excepcionales puesto que la regla general es la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas al monto de sus aportes.

Aunque es perfectamente legítimo constituir compañías para obtener el beneficio de responsabilidad, la Superintendencia de Sociedades ha advertido que es posible que la constitución de una o varias sociedades obedezca a motivos que desborden, de manera evidente, los fines para los que la ley ofrece las diferentes clases de entidades. Cuando no sea posible acreditar una finalidad legítima para poner en funcionamiento una compleja estructura grupal, se puede tratar del fenómeno reconocido como interposición societaria.

En el caso del grupo empresarial Mónica Colombia S.A.S., perteneciente a la filial brasileña Mónica Semillas, el juez societario señaló que no encontraron pruebas para justificar que las actividades agrícolas se realizaran por intermedio de varias compañías en lugar de una sola. En la realidad, las sociedades operaban como si fueran “un solo sujeto”. El perito designado dentro del proceso sostuvo que se trataba de un solo proyecto productivo. No encontró evidencias que indicaran que, para efectos de la operación agronómica, el manejo se hiciera por predio o por sociedad. Por el contrario, “las pruebas consultadas apuntan a que la única justificación verosímil detrás de la citada estructura está relacionada con la elusión de las restricciones establecidas en la legislación agrícola colombiana.” Cuatro de las siete empresas colombianas subordinadas de Mónica Semillas fueron beneficiarias de varios incentivos agrícolas cuando solo debían recibir uno<sup>70</sup>.

## CONCLUSIONES

- La Superintendencia de Sociedades desde 1997 ha reiterado que las matrices extranjeras de entidades colombianas deben cumplir con la obligación de la que trata el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, en el sentido de solicitar la inscripción de las situaciones de control o grupo empresarial en el Registro Público Mercantil.

68 Existen varias disposiciones que, en casos especiales, permiten obtener el levantamiento del velo corporativo: artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 (responsabilidad de la matriz en caso de insolvencia); artículos 82 y 83 de la Ley 1116 de 2006 (responsabilidad de socios, administradores, revisores fiscales y empleados en caso de insolvencia); artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 (responsabilidad de accionistas y administradores por fraude a la ley o perjuicio a terceros en la sociedad por acciones simplificada [S.A.S.]); artículo 71 de la Ley 222 de 1995 (responsabilidad del titular de las cuotas y administradores de la empresa unipersonal [E. U.]); artículo 24 del Código General del Proceso (desestimación de la personalidad jurídica); artículo 794-1 del estatuto tributario (responsabilidad de accionistas por fraude fiscal); artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo (responsabilidad solidaria de socios por obligaciones derivadas del contrato de trabajo), y artículo 44 de la Ley 190 del 1995 (levantamiento de velo corporativo para determinar el verdadero beneficiario).

69 Corte Constitucional. Sentencia C-865.

70 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Proceso 2012-801-070. (Octubre 16 de 2013). Finagro contra Mónica Colombia S.A.S. y otras. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].

- El adecuado cumplimiento de esta obligación implica que las verdaderas matrices —las que tienen el poder supremo dentro de las estructuras de control o grupo empresarial— sean las que soliciten la inscripción completa de las vinculadas en Colombia.
- Destacados conglomerados a nivel internacional han cumplido con la inscripción en el Registro Público Mercantil. Según información de la Cámara de Comercio de Bogotá, al primero de abril de 2022 se encontraban inscritas en esa entidad **3459** matrices extranjeras de sociedades colombianas.
- Colombia ha avanzado significativamente en la revelación de las estructuras de los conglomerados más representativos, en consonancia con lo planteado por la OCDE sobre la transparencia en la información como condición para el buen gobierno corporativo de las empresas.
- El derecho societario colombiano protege el principio de limitación de responsabilidad de los socios o accionistas al monto de sus aportes, incluso cuando los conglomerados se revelen en el Registro Público Mercantil. No obstante, existen algunas excepciones que permiten la desestimación de la personalidad jurídica mediante un debido proceso ante la autoridad competente.

## REFERENCIAS

- Abbott, “Quiénes somos”, en Abbott, en <https://www.latam.abbott/about-us/who-we-are.html>, consulta de mayo 10 de 2022.
- Banco de la República, “Inversión directa”, en Banco de la República, Bogotá, 2021, en <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/inversion-directa>, consulta de abril 28 de 2022.
- Berau Veritas, “Quiénes somos”, en Berau Veritas, en <https://www.bureauveritas.com.co/es/sobre-bureau-veritas>, consulta de mayo 10 de 2022.
- Cámara de Comercio de Bogotá, *Registro Público Mercantil, Reporte matrices y subordinadas*, consulta de abril 1 de 2022.
- Circular Externa 30. Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 26 de 1997).
- Circular Externa 005. Superintendencia de Sociedades. (Abril 5 de 2000).
- Circular Externa 100-000008. Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica. (Julio 12 de 2022).
- Circular Externa 100-000003. Superintendencia de Sociedades. Plan de Normalización del Registro de Situaciones de Control y Grupos Empresariales. (Marzo 26 de 2021).
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Septiembre 7 de 2004). Sentencia C-865. Expediente D-5057. [MP. Rodrigo Escobar Gil].
- Delegatura de Asuntos Económicos y Contables, *Guía práctica de aplicación del método de la participación y preparación de estados financieros consolidados y combinados*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2019.
- Esteban, Patricia. “¿Qué son las sociedades offshore?”, en Noticias Jurídicas, 2016, en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10995-quest;que-son-las-sociedades-offshore/>, consulta de abril 28 de 2022.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.
- Gaitán Rozo, Andrés y Salazar, Beatriz Amparo, *Guía práctica régimen de matrices y subordinadas*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2012.
- Kimberly-Clark, en <https://www.kimberly-clark.com/es-us/>, consulta de mayo 10 de 2022.

- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995.
- Ley 2155 de 2021. Por la cual se expide la ley de inversión social y se dictan otras disposiciones. Septiembre 14 de 2021. DO. N.º 51.797.
- MSD, en <https://www.corporativo.msd.com.co/>, consulta de mayo 10 de 2022.
- Outcrop Silver & Gold, “Overview”, en Outcrop Silver & Gold, en <https://outcropsilverandgold.com/about-us/#overview>, consulta de mayo 10 de 2022.
- Roche, “Nombre de la sección”, en Roche, en <https://www.roche.com.co/>, consulta de mayo 10 de 2022.
- Secretaría Distrital de Planeación y Subsecretaría de Información y Estudios Estratégicos, *Análisis sobre la importancia de la inversión extranjera directa y el comercio exterior en Bogotá*, Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, 2019. <https://www.sdp.gov.co/transparencia/informacion-interes/publicaciones/estudios/101-analisis-sobre-la-importancia-de-la-inversion-extranjera-directa-y-comercio-exterior-bogota>
- SierraCol Energy, en <https://www.sierracolenergy.com/>, consulta de mayo 10 de 2022.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control. (Agosto 25 de 2015). Resolución 300-002840.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Proceso 2012-801-070. (Octubre 16 de 2013). Finagro contra Mónica Colombia S.A.S. y otras.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales y Empresariales. (Noviembre 24 de 2017) Resolución 302-004413.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Octubre 25 de 2021). Resolución 302-006489.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Noviembre 24 de 2021). Resolución 302-007454.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Diciembre 14 de 2021). Resolución 302-008649.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Diciembre 29 de 2021). Resolución 302-008887.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Enero 10 de 2022). Resolución 302-003797.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Enero 20 de 2022). Resolución 302-000276.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Asuntos Especiales. (Febrero 8 de 2022). Resolución 302-001856.

# CONGLOMERADOS EMPRESARIALES EN LOS PROCESOS DE REORGANIZACIÓN

JUAN CARLOS HERRERA MORENO<sup>71</sup>

## INTRODUCCIÓN

La realidad negocial y la importante participación de grupos económicos como vehículos de integración y de inversión son inocultables. Cada vez son más las transnacionales que utilizando esta forma organizacional realizan importantes inversiones generando la movilización de recursos y una especial dinámica en la economía de una región, en la generación de riqueza y en la promoción del empleo. Se trata del fiel mandamiento constitucional a través de la cual la empresa, como base del desarrollo económico, cumple su función social.

La regulación de los grupos empresariales y de sus elementos no compromete un complejo acervo normativo, a pesar de su importante dinámica económica. Empero, el cuestionamiento del legislador está es precisamente regular o no hacerlo. Situación que contrasta con las abundantes menciones normativas que en el sistema concursal colombiano refieren a los grupos de empresas, organizaciones empresariales, grupos empresariales y, por supuesto, a las relaciones de control.

Claro, estas referencias normativas tienen incidencia en la dinámica de los procesos concursales: en la solicitud, inicio y trámite coordinado de la reorganización; en la negociación y celebración de acuerdos entre partes de un mismo grupo, y en el pago postergado de los acreedores.

<sup>71</sup> Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Candidato a magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Director de Procesos de Reorganización II de la Superintendencia de Sociedades. En esa misma entidad se desempeñó como coordinador del Grupo de Acuerdos de Insolvencia en Ejecución y como abogado del Grupo de Liquidaciones.

En consecuencia, la coincidencia del derecho de insolvencia y de los conglomerados empresariales justifica un tratamiento y una regulación especial que, justamente, se previó en los procesos concursales y que procura perseverar en esta especial modalidad de hacer empresa<sup>72</sup>, además de la creación de supuestos que buscan evitar el abuso de mayorías y el pago postergado de acreencias.

## 1. EL DEUDOR

Se trata del sujeto pasivo<sup>73</sup> de la ecuación obligacional. El epicentro de los procesos de reorganización. Uno de los protagonistas del régimen concursal. Es el titular del débito y responsable del crédito. El sujeto que sufre la patología por la crisis económica y quien procura el amparo de los beneficios jurídicos y económicos del inicio del proceso de reorganización. Su propósito es la recuperación y conservación<sup>74</sup> de su empresa como fuente generadora de riqueza y desarrollo.

El sujeto pasivo puede ser plural, caso en el cual no se habla únicamente de un solo deudor y de un solo proceso. Son varios deudores y, por tanto, varios procesos, uno por cada deudor. Esta pluralidad obedece a una realidad económica: la obtención de créditos de manera conjunta o solidaria por pasiva de un sujeto en conjunto con otros que hacen parte del mismo conglomerado.

Para los deudores, el inicio y curso del proceso de reorganización supone la permanencia de sus facultades de administración y la oportunidad de preservar la unidad económica. No se trata de un desapoderamiento de sus negocios. No es una *capitis deminutio*<sup>75</sup>. Se trata de un cambio en la dinámica del gobierno de la empresa por la asunción de las reglas dispuestas para el propósito del proceso recuperatorio.

## 2. EL ACREEDOR

Es el sujeto activo de la obligación. Titular del derecho de crédito y quien resiste la patología del deudor. Es la parte sustancial y procesal de la reorganización. A través de este proceso se procura la satisfacción de su derecho. Claro, no en los términos pactados en su título individual, sino con base en las nuevas condiciones que se pacten en el acuerdo: el título colectivo que, precisamente, se celebra por las partes. El acreedor puede pertenecer a una organización empresarial. Y las obligaciones que pretende hacer efectivas están contenidas en varios títulos.

72 “El sacrosanto derecho de propiedad, en ocasiones ha sido dejado de lado frente a otros valores que el legislador y el sistema ha considerado como prioritarios y ha dado lugar a expresiones como la del derecho francés de ‘*Viva la empresa y mueran los empresarios*’, que reconocen de un tajo la importancia de aquella y su prelación sobre aquellos que le dieron origen”. Rodríguez Espitia, Juan José, “Aproximación al derecho concursal colombiano”, *Revista e-mercatoria*, 2007, 6, (2), p. 4.

73 Los artículos 2 de la Ley 1116 de 2006, 532 de la Ley 1564 de 2012 y 1 del Decreto 1038 de 2009, que corresponde al artículo 2.2.2.1.12.1 del Decreto 1074 de 2015, contienen el ámbito de aplicación de la ley, es decir, a quiénes les aplican las reglas sobre insolvencia empresarial. Véase Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494; Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489; Decreto 1038 de 2009. Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 75, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. Marzo 26 de 2009. DO. N.º 47304; Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.

74 El artículo 1 de la Ley 1116 de 2006 establece: “El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, 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. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos”.

75 Montoya Gil, Horacio, *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*, cuarta edición, Librería el Foro de la Justicia, Bogotá, 1984, pp. 178-179.

### 3. RELACIONES DEL DEUDOR Y SUS ACREEDORES

La relación del deudor y el acreedor es dinámica y, podría pensarse, incluso ambigua. Esto obedece a las varias contingencias a las que está sujeta la relación obligacional. La primera de ellas, su cumplimiento efectivo: “El contrato se celebra para cumplirse”. Corresponde a un negocio jurídico: un vehículo de colaboración. El acreedor contribuye a la satisfacción de una necesidad del deudor. Por supuesto, recibiendo una contraprestación por ello<sup>76</sup>.

Empero, esta concepción “ideal” de colaboración no siempre se desarrolla de esa manera. Los contratos se incumplen. En este caso, el interés del deudor y el del acreedor se separan. El acreedor insatisfecho pretende el cobro del crédito conforme el tenor negocial. Por su parte, el deudor es responsable de su desatención<sup>77</sup>. Puede suceder también que con ocasión del inicio y trámite de un proceso de reorganización se precisen nuevas condiciones de pago del crédito. Con esto se quiere expresar que la relación entre el deudor y el acreedor surge de un deber de colaboración entre las partes, con intereses que coinciden. Sin embargo, que se pueden distanciar como consecuencia del incumplimiento contractual.

De estas relaciones entre deudor y acreedor es preciso indicar que así como pueden existir conglomerados únicamente de deudores y organizaciones empresariales entre acreedores, también pueden hacer parte de un conglomerado el deudor y algunos de sus acreedores.

### 4. LA DISCIPLINA JURÍDICA DE LOS CONGLOMERADOS EMPRESARIALES EN EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN

Las normas concursales hacen frecuente referencia a tres conceptos que, si bien se encuentran estrechamente ligados, no corresponden a la misma situación:

- Grupo de empresas
- Organización empresarial
- Grupo empresarial

Se puede asegurar que el grupo de empresas y la organización empresarial son conceptos privativos de los procesos concursales y, por tanto, corresponden a formas de organización empresarial para aplicar consecuencias jurídicas únicamente en los concursos.

76 “La cooperación en sentido genérico se hace eco de la consideración que todos los individuos, a fin de satisfacer nuestros intereses dignos de protección jurídica, tenemos necesidad de la ‘cooperación’ de otro sujeto que es llamado a prestárnosla. Como consecuencia, se dice que ‘el derecho de las obligaciones es el reglamento de la colaboración entre sujetos y la obligación es «deber de cooperación»”’. SAN MARTIN NEIRA, Lilian C. Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no sólo de derechos, sino también de cargas y deberes. *Rev. Derecho Privado* [online]. 2011, n.21, pp.273-325. ISSN 0123-4366.

En ese mismo sentido, Fernando Hinestroza señaló lo siguiente: “El derecho de obligaciones es el reglamento de la colaboración intersubjetiva y la obligación es deber de cooperación. Su razón de ser estriba en la imposibilidad de concebir, cada día menos, una economía natural, dada la especialización y el refinamiento en la oferta de bienes y servicios que paulitamente se ha ido extremado, y teniendo en cuenta la posibilidad de que cada cual se desenvuelva más amplia e intensamente en su propio campo, con una mayor riqueza de posibilidades de realización personal y de mejor calidad de vida.” Ver: Hinestroza, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 115 - 116.

77 “La insatisfacción del acreedor, total o parcial, transitoria o definitiva, Implica una anomalía, que de ordinario se imputa al deudor y, más concretamente, a un mal comportamiento suyo”. Hinestroza, Fernando, “La tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, *Revista de Derecho Privado*, 2016, (31), p. 5 - 21.

En cuanto al grupo empresarial, se puede decir que es un concepto propio del derecho comercial que el derecho concursal recoge para las contingencias propias de esta clase de procedimientos.

## 4.1. GRUPO DE EMPRESAS

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>78</sup> ha preparado guías que contienen recomendaciones en materia de insolvencia para que sean incorporadas en las legislaciones internas de los países miembros. El propósito es armonizar la normatividad y crear seguridad en las operaciones mercantiles en un mundo globalizado.

En 2006 fue publicada la Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia<sup>79</sup>. En ella, en dos partes, se formularon los objetivos fundamentales y la estructura de un régimen de insolvencia eficaz y eficiente. Fue, específicamente, en la segunda parte donde la CNUDMI hizo breve referencia a la insolvencia de los grupos de empresas<sup>80</sup>.

Sin embargo, solo hasta 2012 la CNUDMI publicó la tercera parte de la Guía legislativa sobre el régimen de insolvencia y el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Fue precisamente este documento el que hizo puntuales referencias sobre el tema particular<sup>81</sup>.

78 La CNUDMI fue establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas (UN) en 1966 con la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966. La Asamblea General, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos, y consideró que, con la Comisión, la entidad podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de estos. Ver: Naciones Unidas, “Sobre la CNUDMI”, en Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, s. f., en <https://uncitral.un.org/es/about>, consulta de mayo, 19, 2022.

79 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia, Naciones Unidas*, Nueva York, 2006, en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf), consulta de mayo, 19, 2022.

80 Es frecuente que varias sociedades constituyan grupos de empresas y que operen conjuntamente sin perder su personalidad jurídica propia. En caso de insolvencia de una de las empresas integrantes de un grupo, el tratamiento que debe dársele como persona jurídica independiente puede plantear problemas, por lo general, complejos y difíciles de resolver. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando una empresa conexa ha dirigido o controlado la actividad mercantil de otra, las empresas del grupo pueden verse perjudicadas al ser tratadas como personas jurídicas independientes. Puede suceder, por ejemplo, que no sea posible utilizar los fondos de una empresa para saldar las deudas u obligaciones de otra deudora perteneciente al grupo (salvo cuando esta sea accionista o acreedora de la otra empresa), pese a la estrecha vinculación que exista entre ellas y al hecho de que, tal vez, la otra haya participado en la gestión de la empresa deudora o la haya dirigido y contribuido, de esta forma, a que contrajera deudas y obligaciones. Además, cuando la deudora pertenece a un grupo de esa índole puede ser difícil desentrañar las circunstancias particulares de un caso para determinar con qué empresa del grupo trataba ciertos acreedores o las operaciones financieras que llevaban a cabo las empresas del grupo. Tres cuestiones que requieren especial atención en un procedimiento de insolvencia que afecta a una empresa perteneciente a un grupo son: a) La responsabilidad de alguna de las otras empresas del grupo respecto de las deudas externas de la empresa insolvente (teniendo presente que todas las deudas son de la empresa insolvente, salvo las que haya contraído con las empresas integrantes del grupo, es decir, las “deudas internas”). b) El tratamiento de las deudas internas (los créditos que tengan las empresas del grupo con la empresa deudora) y c) La apertura de un procedimiento de insolvencia por una empresa del grupo contra otra empresa conexa de este. Ver: CNUDMI, *Guía Legislativa sobre*, pp. 325-326

81 La tercera parte de la guía se ocupa del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. Examina qué hacer cuando sea necesario aplicar un criterio diferente al adoptado en la segunda parte de la guía con respecto a una cuestión particular que afecte a un grupo de empresas, o si el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia plantea otras cuestiones que allí no fueron abordadas. Ver. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part3-ebook-s.pdf>, consulta de mayo, 19, 2022.

Por su parte, el Gobierno colombiano, recogiendo estas recomendaciones, expidió el Decreto 1749 de 2011, posteriormente incorporado en el Decreto 1074 de 2015, modificado por Decreto 991 de 2018, que definió el grupo de empresas<sup>82</sup> y sus elementos:

#### 4.1.1. LOS SUJETOS QUE HACEN PARTE DEL GRUPO DE EMPRESAS

Los sujetos que hacen parte del grupo de empresas deben:

- Tener la calidad de deudores.
- Ser personas naturales.
- Ser personas jurídicas de cualquier naturaleza.
- Ser patrimonios autónomos.
- Ser entes de cualquier naturaleza que desarrollen actividades de carácter económico.

De aquí se destaca, en relación con las personas naturales, que no hubo distinción entre comerciantes y no comerciantes. Esta mención obedece, claro está, a que en la legislación concursal colombiana existe un régimen concursal para cada uno, por lo que, bajo la sombra de un grupo de empresas, una persona natural no comerciante podría acceder al trámite de un proceso de reorganización.

En relación con las personas jurídicas de cualquier naturaleza se destaca que no solo se refieren a personas jurídicas sociedades, como sucede con los supuestos de subordinación, sino que cualquier persona jurídica que haga parte de esta agrupación puede participar del grupo de empresas y, por tanto, acceder también a los trámites recuperatorios.

Por su parte, la inclusión de los patrimonios autónomos resulta ciertamente novedosa, y también en esto se distancia de los supuestos de subordinación y de los integrantes de un grupo empresarial.

En cuanto a los entes de cualquier otra naturaleza que desarrollan actividades económicas, corresponde una pregunta absolutamente indiscutible: ¿qué puede entenderse por un ente de cualquier otra naturaleza? Si la definición de grupo de empresas ya había contemplado a las personas naturales, a las personas jurídicas y a los patrimonios autónomos, surge la duda de si la norma pudo haber señalado otro ente distinto a los ya mencionados.

En todo caso, esta ambigua indicación obedece a que el proceso de subsunción del glosario contenido en la guía legislativa fue equivocado. La CNUDMI definió empresa como “toda entidad, cualquiera que sea su forma jurídica, que ejerza una actividad económica”<sup>83</sup>. Esta mención fue la que, equivocadamente, en Colombia se incluyó en el concepto de grupo de empresas.

82 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 de las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006.

83 CNUDMI, *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia. Tercera parte*, p. 2.

#### 4.1.2. NEXOS ENTRE LAS PARTES

Las relaciones entre las partes pueden ser de:

- Matriz, control o subordinación.
- La mayor parte del capital pertenece o está bajo la administración de las mismas personas.
- Garantes unos con otros.
- Supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006 (organización empresarial).

Las relaciones de matriz, control o subordinación son conceptos que preexisten en el orden jurídico colombiano<sup>84</sup>. En efecto, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio contienen los supuestos no taxativos de subordinación<sup>85</sup>.

Dentro de los supuestos de subordinación o control está también que la mayor parte del capital pertenece o está bajo la administración de las mismas personas, pues coincide con un control externo e interno de la sociedad.

La norma introdujo como un supuesto de grupo de empresas, además, que los partícipes sean garantes entre sí. En este caso, el vínculo se justificaba en la condición de deudores solidarios. Sin embargo, más allá de una forma de organización, esto obedece a una exigencia de los grandes financiadores que para la colocación del crédito requieren también la firma solidaria del representante legal o, incluso, de los socios o asociados de la persona jurídica. Por lo tanto, como grupo de empresas resultaba absolutamente razonable que la obligación fuera reorganizada y solucionada ante una sola autoridad: el juez del concurso que atiende la insolvencia de dicho grupo.

Sin perjuicio de lo anterior, el Decreto 991 de 2018<sup>86</sup> eliminó la condición de que como supuesto de un grupo de empresas sea considerada la relación de garantes entre sí. Finalmente, también mencionó que habrá grupo de empresas cuando exista una organización empresarial.

#### 4.1.3. LAS PERSONAS NATURALES NO COMERCIANTES COMO CONTROLANTES O PARTÍCIPES DE UN GRUPO DE EMPRESAS

El artículo 3 de la Ley 1116 de 2006 excluyó a las personas naturales no comerciantes de la aplicación del régimen de insolvencia empresarial. Empero, y muy a pesar de lo paradójico de la situación, por cuenta de la Sentencia C-699 de 2007<sup>87</sup>, en la cual se demandó la inaplicación de dicho régimen para este grupo de sujetos, pronunciándose la Corte Constitucional a favor de

84 Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades, por ejemplo, la relación entre la sociedad matriz y una empresa bajo su control, sino la esencia de esa relación.

85 Sobre las presunciones de subordinación o control, la Superintendencia de Sociedades emitió un concepto en el siguiente sentido: “Estas presunciones tienen las siguientes características especiales: a. No tienen carácter taxativo, es decir, pueden existir otras formas de control de acuerdo al *[sic]* concepto general del artículo 260 del Código de Comercio. Lo fundamental es la ‘realidad’ del control, de tal manera que éste *[sic]* puede presentarse aun cuando se encuentre atomizado el capital social o el controlante no tenga la calidad de socio”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Mayo 2 de 2017). Oficio 220-091161.

86 Decreto 991 de 2018. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 en diversas materias relacionadas con los procesos concursales. Junio 12 de 2018. DO. N.º 50622.

87 Corte Constitucional. (Septiembre 6 de 2007). Sentencia C-699. Expediente D-6685. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

su constitucionalidad, el artículo 532 del Código General del Proceso<sup>88</sup> dispuso la aplicación de la Ley 1116 de 2006 a las personas naturales no comerciantes siempre y cuando estas tuvieran la calidad de controlantes o partícipes de un grupo de empresas.

Entonces, se modificó el ámbito de aplicación del régimen previsto en el estatuto de insolvencia empresarial porque el legislador había olvidado incluirlos. El estatuto procesal, considerando estas especiales condiciones, dispuso que el mismo régimen y la misma autoridad judicial que se encargan de la reorganización empresarial de la sociedad controlada, o de la que hace parte del grupo de empresas, sean quienes resuelvan el propósito recuperatorio porque, usualmente, el pasivo que los compromete es el mismo.

## 4.2. ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

Se trata de un concepto que fue introducido en la legislación colombiana en el artículo 7 del Decreto 2250 de 2000, que reglamentó el artículo 29 de la Ley 550 de 1999 y que actualmente se encuentra incorporado en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006<sup>89</sup>. En él está involucrada únicamente la parte activa de la relación obligacional, por lo que se predica respecto de relaciones entre dos o más acreedores únicamente en el ámbito de la insolvencia y en los siguientes supuestos:

Entre acreedores que tengan la calidad de matrices o controlantes y sus subordinadas, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

Los empresarios y empresas anunciadas ante terceros como grupo, organización, agrupación, conglomerado o expresiones semejantes.

Las personas naturales o jurídicas vinculadas por medio de contratos de colaboración, como sociedades de hecho, consorcios, uniones temporales y contrato de riesgo compartido, siempre y cuando exista plena prueba sobre la existencia de tales contratos.

Como puede concluirse, los dos primeros supuestos que comprenden las figuras de control y de grupos empresariales son recogidos por el concepto de organización empresarial, sin embargo, no se limita a ellos. El tercer supuesto incorporó a los acreedores personas naturales o jurídicas relacionadas por contratos de colaboración y de riesgo compartido.

<sup>88</sup> Ley 1564 de 2012. Artículo 532.

<sup>89</sup> Al determinar el alcance del concepto “organización empresarial”, esta disposición reproduce el artículo 7 del Decreto 2250 de 2000 por medio del cual se reglamentó el artículo 29 de la Ley 550 de 1999. Se trata de un concepto mucho más amplio que la noción de grupo empresarial contemplada en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995. Quedan comprendidas en el concepto de organización empresarial las empresas vinculadas en alianzas estratégicas en donde no se distinguen los extremos propios de relación de control, es decir, matrices y subordinadas. A diferencia de lo que ocurre en el concepto de grupo empresarial, en la organización empresarial el control no es un elemento esencial. Basta con encontrar, por ejemplo, que las empresas se anuncien como grupo, organización, agrupación, conglomerado o expresiones semejantes. En consecuencia, los grupos económicos o grupos horizontales quedan comprendidos como organizaciones empresariales para efectos del artículo 32 de la Ley 1116 de 2006. Ver: Gaitán Roza, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, primera edición, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, p. 134.

## 5. SOLICITUD CONJUNTA DE INICIO DE UN PROCESO RECUPERATORIO

El artículo 12 de la Ley 1116 de 2006 señaló la facultad con la que cuenta un grupo de deudores relacionados entre sí para solicitar la apertura de un proceso de reorganización. Esta figura tiene como propósito facilitarles al juez y a las partes del proceso el examen coordinado de la insolvencia y la obtención de información de estos deudores, debido a que en el curso de los negocios es normal que la situación de insolvencia de una empresa se extienda a otra relacionada.

La solicitud conjunta tiene como presupuestos que (i) se trate de un número plural de deudores (ii) que se encuentren vinculados<sup>90</sup> entre sí por cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a. Existencia de grupo empresarial.
- b. Relación de control.
- c. Existencia de un grupo de empresas.

Debe manifestarse que la disposición aplica con ocasión de deudores que hacen parte de un grupo empresarial, empero, también para cuando se presente una situación de control independientemente de la existencia de un grupo empresarial<sup>91</sup>.

La situación de grupo empresarial o de control no requiere que haya sido declarada o inscrita previamente en el Registro Público Mercantil. Con todo, lo recomendable<sup>92</sup> es que se registre ante las oficinas competentes. El objetivo es darle mérito al estudio de una solicitud de un grupo de deudores que hacen parte de una misma organización económica. De no hacerlo, la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus funciones administrativas y de conformidad con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 podrá iniciar las investigaciones para determinar su existencia e imponer las sanciones respectivas.

La posibilidad de que el juez del concurso acometa el estudio de la solicitud conjunta de un grupo empresarial o de una agrupación en situación de control sin que haya sido inscrito en el Registro Público Mercantil puede generar posiciones contradictorias entre la autoridad judicial que adelanta el proceso concursal y la autoridad administrativa que estudia la existencia de grupos empresariales y situaciones de control. Verbigracia, que el juez del concurso acepte la situación de control o grupo empresarial, mientras que la autoridad administrativa no.

90 Esta vinculación corresponde a los propósitos de la solicitud conjunta del inicio del proceso de reorganización, no a la vinculación prevista en el artículo 24 de la Ley 1116 de 2006, que adquiere relevancia en la negociación de acuerdos de reorganización que exceden de diez años en los términos que prevé el parágrafo 2 del artículo 31 de la Ley 1116 de 2006.

91 “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”. Ver: Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156, artículo 28.

92 Uno de los aspectos que merece destacarse es que la aplicación de la norma no depende de que la situación de control haya sido previamente declarada. En consecuencia, solo basta la petición conjunta. Sin embargo, la práctica recomendará que en este tipo de casos el control se inscriba previamente, pues, de no ser así, la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control, iniciará las actuaciones tendientes a ellos con la consecuente imposición de sanciones pecuniarias y de que el grupo sea declarado en la forma concebida por el ente de supervisión. Ver: Rodríguez Espitia, Juan José, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 143.

En cuanto el grupo de empresas, es preciso manifestar que se trata de un concepto que no es sinónimo de grupo empresarial. Es más amplio. Empero, su ámbito de aplicación, como ya se mencionó, está restringido a los procesos de insolvencia. En él se incluyen los grupos empresariales, el control empresarial y las organizaciones empresariales en los términos del artículo 32 de la Ley 1116 de 2006.

## 6. MAYORÍAS ESPECIALES

### 6.1. ACREEDORES QUE CONFORMAN UNA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

El estatuto de insolvencia, con el propósito de hacer más democrática y deliberativa la participación de los acreedores que determinan el contenido del acuerdo, dispuso que cuando un grupo de acreedores pertenecientes a una misma organización empresarial emita votos que equivalgan a la mayoría absoluta o más de los votos admisibles, se requerirá el voto favorable del 25% de los votos restantes admitidos.

El legislador estableció que los acreedores que hacen parte de una misma organización empresarial deben informar al promotor sobre el particular, a más tardar, en la fecha en que se resuelven objeciones, si las hay, o en la que se fije el plazo para la celebración del acuerdo. Este propósito procura darle transparencia a la negociación, así como la consecución de la mayoría especial que determina la validez del acuerdo. Los acreedores que no comuniquen la existencia del grupo o de la organización empresarial verán reducidos sus votos a la mitad.

Las discrepancias sobre la existencia de una organización empresarial serán resueltas por el juez del concurso y esto personaliza un debate de altísima entidad: la determinación de una relación de subordinación y control. Y este, precisamente, es un debate que sobrepone el propósito mismo del proceso de insolvencia. Que el juez del concurso asuma esta competencia, que de hecho ya tiene una autoridad encargada de resolverla, significa adicionar un debate al proceso judicial, especialmente sensible por el cúmulo de partes que participan. Además, es la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de sus facultades administrativas conforme el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, quien lo puede hacer.

De otra parte, la norma no establece un procedimiento claro. Por un lado, como límite para que los acreedores informen la existencia de una organización empresarial remite a la audiencia que resuelve objeciones o a la providencia que fija el plazo para la celebración del acuerdo. Por otro, a la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización como la etapa en que se resuelven las discrepancias sobre su existencia.

Por lo mismo, resulta contraproducente abrir un debate en la audiencia de confirmación del acuerdo de reorganización por omitir informar, en una etapa procesal previa, la existencia de una organización empresarial. Adicionalmente, porque la vía procesal no es la indicada para tramitar y resolver estas pretensiones.

Acorde con la configuración normativa, el límite para plantear el debate sería la audiencia de confirmación del acuerdo. Empero, esto representa un problema: sorprender al juez con una even-

tualidad que no ha podido anticipar para estudiarla y procurar su solución adecuada. Y, en cuanto a su forma procesal, no contar con una etapa probatoria particular ni un régimen probatorio especial. Por lo anterior, se cuestiona si de presentarse esta situación se podrían aplicar los artículos 29 y 30 de la Ley 1116 de 2006 que contienen el régimen probatorio del proceso de reorganización.

En suma, lo deseable sería dejar esa facultad en quien la tiene en la actualidad y no duplicarla en la autoridad concursal. Eventualmente podría asumirla el juez del concurso en el marco de un incidente. De esta manera, aunque innecesaria esa atribución, se dotaría al proceso concursal de mayor organización.

## 6.2. ACREEDORES VINCULADOS CON EL DEUDOR<sup>93</sup>

El artículo 24 de la Ley 1116 de 2006 se refiere a los acreedores vinculados con el deudor. Esta disposición, que parte de la interacción del sujeto pasivo de la relación obligacional con los acreedores, reconoce que se da un vínculo con ocasión de una situación de control o grupo empresarial. Sin embargo, se debe considerar que no es la única situación que determina la vinculación del deudor con los acreedores, pues la norma señaló también otros supuestos que, precisamente, no tienen relación con esta forma de disposición negocial.

Con todo, para los propósitos de este escrito se resalta que la existencia de una situación de grupo empresarial o de control entre el deudor que cursa el proceso de reorganización y algunos de sus acreedores da lugar a la figura de la vinculación. En este caso, y a diferencia de la solicitud conjunta en donde la dinámica se presenta únicamente en la parte pasiva de la relación obligacional, la vinculación se da entre deudores y acreedores.

El propósito de esta figura es que en el proyecto de calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto el promotor identifique los sujetos que tengan un especial conocimiento del deudor por la relación que tengan con él, así como su predisposición para aceptar su propuesta de recuperación.

En consecuencia, es claro que, a pesar de la pluralidad de personas, la existencia de un grupo empresarial o de una situación de control supone un solo ente económico y, por tanto, una sola voluntad. De acuerdo con esto, para el curso del proceso de reorganización es relevante identificarlos porque, presumiblemente, emitirán votos en un mismo sentido. Así, además de la voluntad del propio acreedor, está la voluntad del deudor.

93 El autor no comparte la opinión expresada por Jaime Arturo Salazar Herrera que identifica como una situación de vinculación la existencia de organizaciones empresariales. En su sentir, se trata de dos conceptos disímiles. De una parte, porque la vinculación se da entre los acreedores con el deudor; por la otra, porque la existencia de una organización empresarial se predica únicamente entre acreedores. En consecuencia, es equivocada esa consideración. El doctor Salazar se pronuncia en los siguientes términos: “Estos supuestos los encontramos en el artículo 32 de la ley, en el cual se tiene en cuenta nuevamente el fenómeno de vinculación, esta vez para efectos de exigir una mayoría especial para fines de la aprobación del acuerdo de reorganización., cuando quiera que la ordinaria, la conformada por los votos de un número plural de acreedores que representen por lo menos, la mitad más uno de los votos admitidos, sea emitida por los acreedores internos o, por aquellos pertenecientes a “una misma organización o grupo empresarial”. Ver: Salazar Herrera, Jaime Arturo, *Nuevos Escenarios, nuevos desafíos-Los Grupos de Empresas en el Régimen Concursal Colombiano*, primera edición, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal – Capítulo Colombia, Bogotá, 2013, pp. 69-71.

Como puede verse, esta figura tiene especial incidencia en la emisión de votos teniendo en cuenta que la ley impuso especiales condiciones a los acuerdos cuya mayoría está determinada por los acreedores vinculados con el deudor.

Por lo anterior, el párrafo 2 del artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 precisa que en los acuerdos de reorganización en los que la mayoría decisoria la detenten los acreedores internos y/o vinculados no podrá preverse un plazo para la atención del pasivo externo de acreedores vinculados superior a diez (10) años, salvo que la mayoría de los demás acreedores externos lo apruebe.

En ese orden de ideas, queda claro que aquellos acuerdos de larga extensión en el tiempo, que la ley calificó de más de diez años, no podrán estar determinados por acreedores vinculados con el deudor por una situación de control o grupo empresarial.

De otra parte, está el numeral 1 del artículo 33 de la Ley 1116 de 2006 que habla de la quita de capital. Aunque en esta disposición las condiciones de quita se refieren, por una parte, a que la votación no debe ser inferior al 60% de la clase afectada y sin la participación de los acreedores internos, nada dice en relación con los acreedores vinculados.

Empero, el autor considera que, si el propósito del legislador era precisamente evitar el abuso de las mayorías predeterminadas, en este caso, por la existencia de una situación de control o grupo empresarial, las condiciones especiales de esta norma deberían aplicarse no solo a los acreedores internos, respecto de quienes la ley literalmente se ocupó, sino también a los acreedores vinculados, quienes bajo una lectura estricta y positivista de la norma podrían proponer una quita de capital.

Sin embargo, de cara a la filosofía y a los propósitos del legislador concursal resulta redundante imponer restricciones a los acreedores vinculados respecto de acuerdos cuya vigencia sea superior de diez años, pero no tratándose de quitas de capital, en donde la situación podría considerarse aún más gravosa en la medida que tiene que ver con la esencia del pago que se pretende hacer.

### 6.3. NEGOCIACIÓN DE EMERGENCIA DE ACUERDOS DE REORGANIZACIÓN

Con ocasión de la emergencia económica y sanitaria derivada de la pandemia de COVID-19, el Gobierno nacional expidió el Decreto Legislativo 560 de 2020<sup>94</sup> que tuvo como propósito crear mecanismos que facilitaran el acceso y el trámite de los procesos de insolvencia. Dentro de esas figuras se dispuso el pago de pequeñas acreencias sin autorización del juez del concurso y siempre y cuando no se paguen anticipadamente a los acreedores vinculados.

Esa normatividad se refirió también a la descarga de pasivos como un mecanismo que procura empoderar a los acreedores cuando el pasivo total supere la valoración de la empresa. Para tales efectos, se exigió una mayoría del 60% de los acreedores con vocación de pago, excluyendo a los acreedores vinculados.

94 Decreto Legislativo 560 de 2020. Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. Abril 15 de 2020. DO. N.º 51286.

Finalmente, se introdujo la novedosa figura de los acuerdos por categorías, únicamente para la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización y para los procedimientos de recuperación empresarial y validación expedita. Su propósito es facilitar la negociación con el grupo de acreedores con quienes se está en dificultades de pago, excluyendo aquellos que se pueden seguir atendiendo regularmente y que no deberían estar sometidos a los efectos del inicio de un proceso concursal. Para la aprobación de estos acuerdos por categorías, los votos de los acreedores vinculados no tienen valor alguno.

#### 6.4. ACREEDORES ESPECIALMENTE RELACIONADOS CON EL DEUDOR<sup>95</sup>

Se trata de una categoría que difiere de los conceptos a los que se ha hecho referencia. Particularmente, tiene relación con los acreedores vinculados con el deudor o aquellos que hacen parte de una organización empresarial.

El numeral 1 del artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 establece, entre los créditos que se pueden postergar, aquellos que se tienen con acreedores especialmente relacionados con el deudor. Y el párrafo 2 de la misma disposición indica que son especialmente relacionadas con el deudor las personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y dirección respecto del deudor.

Esta categoría, como modalidad de postergación de los créditos, da cuenta de que estos pasivos serán atendidos una vez se cancelen los demás créditos, es decir, que se pagarán de último, incluso después de los quirografarios<sup>96</sup>.

Esta posición, que quedó finalmente en la ley, no es absoluta, pues difiere de quienes consideran que no deberían postergarse los créditos de estos sujetos y advierten que no hay razón para castigarlos porque en situaciones de crisis es apenas natural que sean estos sujetos quienes financien los proyectos empresariales<sup>97</sup>.

Al respecto, el estatuto concursal se refiere a la existencia de un grupo empresarial, en primera medida, por cuenta del control societario, y, posteriormente, por la unidad de propósito y dirección. Se trata de la presencia paralela de estos dos requisitos y no como elementos o situaciones excluyentes.

Esta agrupación no debe estar declarada necesariamente. Sin embargo, para evitar situaciones problemáticas y contradictorias, se recomienda proceder con esta formalidad sin perjuicio de las sanciones a las que se verían expuestos de no hacerlo.

95 Esta causal se explica por el hecho de que estos acreedores tienen información preferente o porque ejercen un poder dominante sobre el deudor. Rodríguez Espitia, *Nuevo Régimen*, p. 496.

96 El artículo 69 de la Ley 1116 de 2006 consagra uno de los efectos de mayor impacto para quienes forman parte de un grupo en donde una de las partícipes entra en insolvencia. Se dispone que se postergan, es decir, que se pagarán de últimos, incluso después de los quirografarios, los créditos que tengan en el concurso las personas jurídicas vinculadas entre sí por carácter de matrices o subordinadas y aquellas que tengan unidad de propósito y dirección con el deudor. Gaitán Rozo, *Grupos Empresariales*, p. 154.

97 Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, Legis, Bogotá, 2007, p. 319.

Con todo, se considera que este artículo excluyó a las personas naturales como partícipes de un grupo empresarial sin haber una razón sustancial o procesal para ello. Otras disposiciones, como el artículo 532 del Código General del Proceso<sup>98</sup>, sí las consideraron.

## 7. CONCLUSIONES: ATOMIZACIÓN DEL CONCEPTO

El proceso de reorganización constituye uno de los mecanismos a través de los cuales el Estado interviene en la economía, procurando paliar la crisis de la empresa y la extensión de sus efectos a los acreedores que transversalmente se relacionan en la actividad económica.

Como se mencionó, el deudor es el epicentro del proceso, pero los acreedores, que también merecen especial atención y que procuran tutelar el derecho de crédito, constituyen un grupo de protección. Y ambos actores, que pueden participar de las distintas formas de integración empresarial en el sistema normativo de la insolvencia, tienen múltiples disposiciones que tratan sobre el particular.

Son numerosas las referencias normativas que involucran distintos conceptos con raíces comunes, diferenciadas únicamente en el ámbito de la insolvencia y para supuestos de hechos con consecuencias jurídicas disímiles, advirtiendo que su estudio y comprensión, para quien no participa del proceso de insolvencia, resulta de complejo entendimiento.

Se trata de varias figuras que no comprometen el genuino y ordinario desarrollo de los negocios y que no constituyen formas de disposición y desarrollo económico o un vehículo particular para acometer una inversión. Son instituciones y conceptos que, caprichosamente y con exclusividad, tuvieron lugar en el estatuto de insolvencia.

Por lo anterior, resulta traumática la configuración de todos estos conceptos que hacen menos amable el proceso de reorganización y que traducen interpretaciones ambiguas y una pluralidad de debates y dificultades para deudores y acreedores que pretenden acceder al régimen de recuperación empresarial.

En esa entramada de disposiciones, que la mayoría de las veces coinciden en sus supuestos de hecho, únicamente se diferencian las consecuencias jurídicas y, contrario a generar beneficios, provocan la extensión y la inadecuada aplicación de sus normas en situaciones que inicialmente no fueron pretendidas por el legislador.

Un ejemplo es la postergación de los créditos de los acreedores vinculados. Como se explicó, y sin perjuicio de que para algunas situaciones las hipótesis sean análogas, la postergación es una consecuencia jurídica que se aplica a los acreedores especialmente relacionados con el deudor y no respecto de los acreedores vinculados con él, debido a que la consecuencia jurídica que se aplica a estos últimos es la imposibilidad de celebrar acuerdos con una extensión superior a diez años cuando son ellos los que ostentan la mayoría decisoria.

.....  
98 Ley 1564 de 2012.

Por lo anterior, la atomización del concepto, esto es, la ubicación de los conglomerados, como sucede en algunos casos, únicamente desde la perspectiva del deudor, por ejemplo, con la solicitud conjunta, o en otros, únicamente desde la perspectiva del acreedor, como sucede en las organizaciones empresariales, determinó un régimen con varias referencias normativas confusas que dificultan el entendimiento del sistema concursal.

Lo deseable es que el concepto sea único, pues, así como en el mundo de los negocios el grupo empresarial constituye un vehículo para organizar y adelantar los negocios, en el escenario de la insolvencia el estatuto concursal debería reconocer esa única realidad económica que disciplinara la institución jurídica del grupo económico en insolvencia.

## REFERENCIAS

- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, en [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05\\_80725\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05_80725_ebook.pdf), consulta de mayo, 19, 2022.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia. Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia*, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part3-ebook-s.pdf>, consulta de mayo, 19, 2022.
- Decreto 1038 de 2009. Por el cual se reglamentan los artículos 2, 12, 17, 34, 55, 67, 74, 75, 76 y 78 de la Ley 1116 de 2006. Marzo 26 de 2009. DO. N.º 47304.
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Decreto 991 de 2018. Por el cual se modifica parcialmente el Decreto Único Reglamentario 1074 de 2015 en diversas materias relacionadas con los procesos concursales. Junio 12 de 2018. DO. N.º 50622.
- Decreto Legislativo 560 de 2020. Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica. Abril 15 de 2020. DO. N.º 51286.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, primera edición, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.
- Hinestrosa, Fernando, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- Hinestrosa, Fernando, “La tutela del acreedor frente al deudor incumplido”, *Revista de Derecho Privado*, 2016, (31), pp. 5-21.
- Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, tercera edición, Legis, Bogotá, 2011.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.
- Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.

- Montoya Gil, Horacio, *De los concordatos y la quiebra de los comerciantes*, cuarta edición, Librería el Foro de la Justicia, Bogotá, 1984.
- Naciones Unidas, “Sobre la CNUDMI”, en Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, s. f., en <https://uncitral.un.org/es/about>, consulta de mayo, 19, 2022.
- Rodríguez Espitia, Juan José, “Aproximación al derecho concursal colombiano”, *Revista e-mercatoria*, 2007, 6, (2), pp. 1-32.
- Rodríguez Espitia, Juan José, *Nuevo Régimen de Insolvencia*, primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- Salazar Herrera, Jaime Arturo, *Nuevos Escenarios, nuevos desafíos-Los Grupos de Empresas en el Régimen Concursal Colombiano*, primera edición, Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal - Capítulo Colombia, Bogotá, 2013.
- Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 12 de 1996). Oficio 220-50924.
- Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Mayo 2 de 2017). Oficio 220-091161.
- Corte Constitucional. (Septiembre 6 de 2007). Sentencia C-699. Expediente D-6685. [MP. Rodrigo Escobar Gil].



# IMPACTO DE LOS PROCESOS DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS CONGLOMERADOS

PILAR OSPINA ARIZA<sup>99</sup>



## INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de intervención estatal por captación ilegal de dineros, la referencia más común y reciente es el tristemente célebre caso de David Murcia Guzmán y su esquema de negocio representado en la sociedad DMG Grupo Holding S.A. en liquidación judicial como medida de intervención<sup>100</sup> (en adelante DMG).

Las imágenes de este personaje en fiestas y rodeado de grandes lujos, contrastadas con aquellas en las que aparecía esposado y en camino a la extradición a Estados Unidos, aún reposan en el imaginario popular. También es reciente el recuerdo de los grandes disturbios ocurridos en el sur del país por los hechos de captación ilegal que llevaron a que más de 190.000 personas perdieran su dinero en esa oportunidad.

99 Abogada. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia y magíster en Derechos de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de Barcelona (España). Como docente ha dictado las cátedras Derecho Comercial General y de Sociedades de la Universidad Nacional de Colombia; Derecho de Sociedades, Obligaciones y Contratos de la Universidad Católica de Colombia, y Derecho Comercial de la Universidad El Bosque. También ha sido docente de la Especialización de Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia en los módulos Tipos Societarios, Grupos Empresariales e Insolvencia Empresarial y Persona Natural no Comerciante. Funcionaria de la Superintendencia de Sociedades.

100 En ese entonces, los medios registraron la noticia así: “La Superintendencia de Sociedades ordenó la intervención a la sociedad DMG Grupo Holding S.A., mediante la toma de posesión de sus bienes y negocios, luego de establecer la entrega masiva de dineros en efectivo del público mediante lo que denominan ‘venta de tarjetas prepago DMG’, y entregando como contraprestación bienes y rendimientos en cuantía inexplicable y desproporcionada. La decisión fue adoptada en ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto 4334 del 17 de noviembre de 2008, expedido al amparo de la Emergencia Social”. Caracol Radio, Caracol Radio. “Supersociedades explica intervención a DMG”, en Caracol Radio, Colombia, 2008, en [https://caracol.com.co/radio/2008/11/17/nacional/1226926440\\_712306.html](https://caracol.com.co/radio/2008/11/17/nacional/1226926440_712306.html), consulta de septiembre 29 de 2019.

Si bien la reglamentación de los procesos de intervención estatal es relativamente reciente<sup>101</sup> (alcanza algo más de una década), la determinación de la ilegalidad de la captación de recursos del público existe desde, por lo menos, 1982<sup>102</sup>.

Por esta razón encontrar bibliografía sobre los procesos de intervención se vuelve toda una hazaña, y pocos temas dentro del derecho societario resultan tan complejos y difíciles de clasificar como este proceso que la misma jurisprudencia constitucional ha definido de naturaleza *sui generis*<sup>103</sup>.

De ahí el reto que plantea este artículo, ya que hará referencia a un proceso poco conocido en el ordenamiento nacional. Además, pretende establecer el impacto que este tiene en un grupo de empresas cuando la medida afecta a uno de sus integrantes.

Para desarrollar la idea, en primer lugar se caracterizará el proceso de intervención. Esta explicación será relativamente extensa en atención a la escasa bibliografía que se encuentra sobre el tema. Luego, se hará una breve reflexión sobre los grupos de empresas. Finalmente, se hará referencia a los efectos que una intervención puede tener en el grupo.

## 1. PROCESO DE INTERVENCIÓN ESTATAL

### 1.2. NATURALEZA DEL PROCESO JUDICIAL DE INTERVENCIÓN

El proceso de intervención estatal vio la luz con el Decreto [Ley] 4334 de 2008, el cual fue expedido como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto [Ley] 4333 de 2008 que, a su vez, declaró el estado de emergencia social en el territorio nacional. Los antecedentes de esta última norma señalaron la crisis que se vivió en 2008 por la proliferación, en distintas regiones del país, de modalidades de captación de dinero del público bajo sistemas que no necesariamente clasificaban en los parámetros de la norma.

Para expedirla, el Gobierno partió de la facultad constitucional consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política (CP) de “limitar la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”<sup>104</sup>, y en el artículo 335<sup>105</sup> de la carta, respecto de la prohibición del ejercicio de la actividad financiera sin contar con la autorización previa del Estado.

Para 2008, como frecuentemente sucede en el país, la realidad había superado cualquier expectativa del Gobierno respecto de la capacidad normativa para hacer frente al ejercicio ilegal de

101 Se hace referencia al Decreto [Ley] 4334 de 2008 que estableció el procedimiento de intervención estatal. Decreto [Ley] 4334 de 2008. Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008. DO. N.º 47176.

102 Decreto 3227 de 1982, modificado por el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, hoy contenido en el Decreto Único Reglamentario 1068 de 2015 (Decreto 1068 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523).

103 Sentencia C-145 del 12 de marzo de 2009: “Según explica quien interviene en representación de la Superintendencia de Sociedades, fue necesario diseñar un procedimiento ‘*sui generis*’ que recoge elementos propios de los procesos concursales”. Corte Constitucional. Sala plena. (Marzo 12 de 2009). Sentencia C-145. Expediente RE 1373. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

104 Constitución Política de Colombia. (1991). Senado de la República. 2008. Imprenta Nacional.

105 “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”. Constitución Política de Colombia. Artículo 335.

actividad financiera por parte de terceros que se escondían en novedosas estructuras que vinculaban los ahorros del público.

A pesar de los riesgos que representa la inversión de dinero en actividades no reguladas, lo cierto es que las ganancias que ofrecían estos esquemas de captación, por ejemplo, el de DMG, persuadieron a un número importante de ciudadanos que trasladaron sus recursos del sistema financiero a estas empresas. Y es que los beneficios no eran pocos comparados con la inversión que se requería. Entre mayor era la apuesta, mayores ganancias obtendrían los, en ese entonces, felices inversionistas.

Poco valió la razonabilidad económica que algunos intentaron invocar en relación con el origen de los rendimientos ofrecidos. Lo cierto es que ningún negocio lícito podría ofrecer las tasas de ganancias establecidas. Sin embargo, pocos ciudadanos repararon en el conflicto moral o ético que recaía sobre los negocios, probablemente ilícitos, que soportaban la operación.

Al final, la verdad quedó al descubierto cuando las autoridades, al indagar sobre el origen de los recursos de DMG, pudieron determinar que provenían de actividades de lavado de activos que, al parecer, tenían al narcotráfico como base de la misma operación<sup>106</sup>.

A pesar de las abrumadoras pruebas conocidas por el público sobre la ilegalidad del negocio, miles de personas se manifestaron en contra del Gobierno pidiéndole que le permitiera a la empresa continuar. Hasta el día de hoy, muchas de las víctimas culpan al Gobierno porque, a su juicio, su intervención fue lo que generó la pérdida de sus ahorros, en lugar de la actividad en sí misma.

Sin embargo, la realidad es otra. Lo cierto es que esquemas como el montado por DMG Grupo Holding S.A. en liquidación judicial como medida de intervención precariamente configuraban las actividades de captación determinadas por el Decreto 3227 de 1982<sup>107</sup> (modificado por artículo 1 del Decreto 1981 de 1988). Además, la norma solo dotó de consecuencias de tipo penal<sup>108</sup> a este ejercicio ilegal de la captación; a los afectados se los reconoció como víctimas, pero no se contempló un procedimiento que permitiera devolverles los recursos invertidos. En otras palabras, el Gobierno carecía de herramientas para obligar a los captadores a devolver los recursos.

Antes de 2008 esta ausencia de vías legales no representaba mayor problema, pues los esquemas de captación no afectaban a grandes grupos de personas. Sin embargo, cuando la captación alcanzó las proporciones masivas, el asunto se convirtió en un problema de orden público que fue necesario atender.

106 David Murcia Guzmán fue extraditado a Estados Unidos en 2010 y condenado por el delito de lavado de activos. La noticia fue registrada en diferentes medios nacionales: “Explicó que Murcia sólo será juzgado en la Corte del distrito del Sur de Nueva York, por el delito de lavado de activos, dado que su cliente consignó la suma de 2.4 millones de dólares en una cuenta en Merrill Lynch (banco de Nueva York). Además que la Corte del distrito asegura que ese dinero fue obtenido de manera ilícita y que existe participación del narcotráfico”. “David Murcia fue extraditado a EE. UU.”, en Revista Semana, Colombia, 2000, en <https://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/david-murcia-extraditado-eeuu/111639-3>, consulta de abril 29 de 2019.

107 Decreto 3227 de 1982. Por el cual se organizan diferentes programas de rehabilitación para los beneficiarios de la amnistía y demás habitantes de las zonas que hayan estado sometidas a enfrentamiento armado o a acciones subversivas. Noviembre 20 de 1982. DO. N.º 36138.

108 “Captación Masiva y Habitual de Dineros <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1357 de 2009> El que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si para dichos fines el agente hace uso de los medios de comunicación social u otros de divulgación colectiva, la pena se aumentará hasta en una cuarta parte”. Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000. Artículo 316.

El Decreto [Ley] 4333 de 2008 estableció el marco en el cual podría expedirse la norma necesaria para establecer el procedimiento de devolución. La CP determinó que la intervención del Gobierno en la actividad financiera debía hacerse a través de leyes expedidas por el Congreso. Sin embargo, la crisis no daba espera al trámite legislativo, por lo que el Gobierno decretó la emergencia económica<sup>109</sup> y, de esta forma, preparó el terreno para la expedición del Decreto [Ley] 4334 de 2008.

Así, este decreto no es diferente al procedimiento con el cual el Ejecutivo pretendió establecer, más allá de la responsabilidad penal de los captadores, un mecanismo destinado únicamente a la devolución de recursos a los afectados.

No queda duda de que la crítica situación y la necesidad de una respuesta legal oportuna tuvieron como efecto que el Ejecutivo expidiera la norma con premura, lo que explicaría los numerosos vacíos que en la práctica se encuentran en el procedimiento. Sin embargo, luego de 10 años es posible decantar su aplicación en determinados aspectos.

En primer lugar, es necesario distinguir que el proceso de intervención estatal es un género del que se desprenden dos especies, por decirlo de alguna manera. En un extremo se encuentra la investigación que es la que permite determinar las actividades de captación masiva y habitual de recursos del público; y en el otro, el proceso propiamente judicial, cuya finalidad es la devolución de dichos recursos a los afectados.

La distinción, que parece obvia, es realmente confusa en la redacción del Decreto [Ley] 4334 de 2008. Esto, debido a que a lo largo de sus 15 artículos se refiere indistintamente a la intervención de carácter administrativo, llegando incluso a sostener que en lo no previsto en el decreto se deberá recurrir al hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>110</sup>. Sin embargo, cuando define el procedimiento remite en lo no previsto a la Ley 1116 de 2006<sup>111</sup>.

Un ejemplo se encuentra en su artículo 1, que menciona, por primera vez, la intervención estatal sin definir de qué se trata, pero enunciando que esta podrá ocurrir sobre “los negocios, operaciones y patrimonio de las personas naturales o jurídicas que desarrollan o participan en la actividad financiera sin la debida autorización estatal”<sup>112</sup>. El mismo artículo otorga a la Superintendencia de Sociedades la facultad de ordenar la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de las personas que realizan las actividades de captación.

---

109 En sus antecedentes, el Decreto [Ley] 4333 de 2008 señaló las causas que llevaron al estado de emergencia económica, refiriéndose expresamente a las actividades de captación: “Que con base en las falsas expectativas generadas por los inexplicables beneficios ofrecidos, un número importante de ciudadanos ha entregado sumas de dinero a captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas, comprometiendo su patrimonio; Que tales actividades llevan implícito un grave riesgo y amenaza para los recursos entregados por el público, toda vez que no están sujetas a ningún régimen prudencial y carecen de las garantías y seguridades que ofrece el sector financiero autorizado por el Estado; Que con dichas modalidades de operaciones, se generan falsas expectativas en el público en general, toda vez que no existen negocios lícitos cuya viabilidad financiera pueda soportar de manera real y permanente estos beneficios o rendimientos, y en tal sentido los niveles de riesgo asumidos están por fuera de toda razonabilidad financiera”. Decreto [Ley] 4333 de 2008. Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social. Noviembre 17 de 2008. DO. N.º 47176.

110 Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 3.

111 Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 15.

112 Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 1.

En igual sentido, el artículo 2 intentó definir la intervención estatal como un conjunto de medidas administrativas<sup>113</sup> cuyo objeto es la suspensión de las actividades de captación y, a manera de ejemplo, enunció algunas de las estructuras típicas de captación, como las pirámides, las tarjetas prepago y las ventas de servicio, entre otras. Posteriormente, la Ley 1902 de 2018 adicionó expresamente como captación las actividades relacionadas con venta de derechos patrimoniales derivados de operaciones de libranza, siempre que se haga sin cumplir los requisitos legales<sup>114</sup>.

El artículo 3 del decreto, que pretende definir la naturaleza del proceso, nuevamente se refiere a este como uno de naturaleza administrativa, pero cuando habla de las decisiones de toma de posesión, indica que estas tendrán efectos de cosa juzgada *erga omnes*, en única instancia y con carácter jurisdiccional. Esta confusión evidentemente ha estado presente en el desarrollo del procedimiento porque ni los intervenidos ni los afectados tienen clara la finalidad de los diferentes momentos de la intervención estatal.

Como se señaló previamente, la investigación es un primer momento de la intervención estatal. La competencia para adelantarla fue otorgada tanto a la Superintendencia de Sociedades como a la Superintendencia Financiera, pero en ejercicio de sus funciones administrativas. La competencia de esta última no resulta del todo evidente en la norma. Sin embargo, el Consejo de Estado se encargó de resolver la confusión en los siguientes términos: “La Superintendencia Financiera también quedó a cargo de esa función, pero sólo en los casos en que, previo a la expedición de dicho decreto, hubiese adelantado alguna investigación, en ejercicio de la función de control sobre las personas que realizaran actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. En ese evento, la Superintendencia Financiera podía continuar con el proceso hasta que se determinara la actividad no autorizada y, posteriormente, debía remitir la actuación a la Superintendencia de Sociedades para que terminara el proceso de intervención”<sup>115</sup>.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que el estatuto orgánico del sistema financiero otorga a la Superintendencia Financiera la competencia de realizar una investigación tendiente a determinar la existencia de actividades financieras ejercidas por personas no autorizadas<sup>116</sup> y, una vez culminada, ponerla en conocimiento de la Superintendencia de Sociedades para que desde allí se adelante el proceso judicial de intervención.

113 “La intervención es el conjunto de medidas administrativas tendientes, entre otras, a suspender de manera inmediata las operaciones o negocios de personas naturales o jurídicas que a través de captaciones o recaudos no autorizados, tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones y negociaciones masivas, generan abuso del derecho y fraude a la ley al ejercer la actividad financiera irregular y, como consecuencia, disponer la organización de un procedimiento cautelar que permita la pronta devolución de recursos obtenidos en desarrollo de tales actividades”. Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 2.

114 Ley 1902 de 2018. Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones. Junio 22 de 2018. DO. N.º 50632.

115 Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativa. Sección Cuarta. (Agosto 14 de 2013). 25000-23-24-000-2010-00720-01(19814). [MP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas].

116 Particularmente se encuentra la referencia al artículo 108 del Decreto [Ley] 663 de 1993 que establece, en cabeza de la Superintendencia Financiera, la posibilidad de decretar medidas cautelares como la suspensión inmediata de las actividades exclusivas del sector financiero, la disolución de la persona jurídica y la liquidación rápida y progresiva de las operaciones. También se encuentra el artículo 114 y siguientes, que definen un procedimiento de toma de posesión similar al contemplado en el Decreto 4334 de 2008. Decreto [Ley] 663 de 1993. Estatuto orgánico del sistema financiero. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. DO. N.º 40820.

En esta etapa de investigación es cuando se va a determinar la existencia de hechos objetivos y notorios que impliquen la entrega masiva de dineros a persona jurídicas o naturales mediante operaciones no autorizadas<sup>117</sup>, así como los sujetos de las actividades de captación, en los términos del artículo 5 del Decreto [Ley] 4334 de 2008<sup>118</sup>.

Con la identificación de estos aspectos de la captación se da paso a la intervención judicial, cuya competencia se encuentra exclusivamente en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, y que particularmente se refiere a la adopción de medidas de toma de posesión de bienes, haberes y derechos de los sujetos intervenidos, así como a la liquidación judicial<sup>119</sup>. La norma también permite la intervención bajo la modalidad de plan de desmonte, pero en la práctica ha sido menos común su aplicación.

La naturaleza jurisdiccional de la intervención estatal es, por decir lo menos, desconocida en la mayoría de los ámbitos externos a la intervención. Sin embargo, cualquier duda sobre dicha naturaleza fue despejada por el mismo Consejo de Estado al analizar la constitucionalidad de las normas de intervención:

A partir de estas ideas, se deben resolver las siguientes las inquietudes: i) qué naturaleza tiene el acto de toma de posesión para devolución [...].

Sobre el primer aspecto, la respuesta no resulta fácil, pues en varios artículos del decreto 4334 se dispone que la intervención de la Superintendencia es de naturaleza administrativa –arts. 3 y 7-; pero a continuación, incluso en esos mismos dos preceptos, y en otros más, se dispone, por ejemplo, que: “El presente procedimiento de intervención administrativa se sujetará exclusivamente a las reglas especiales que establece el presente decreto y, en lo no previsto, el Código Contencioso Administrativo. **Las decisiones de toma de posesión para devolver que se adopten en desarrollo del procedimiento de intervención tendrán efectos de cosa juzgada erga omnes, en única instancia, con carácter jurisdiccional**” -art. 3- (Negrillas fuera de texto) [negrilla y comentario del texto original]. En este mismo sentido, los arts. 7 párrafo 1, 8, 10, entre otros, también disponen lo mismo, de donde se deduce, finalmente, que se trata de un proceso de naturaleza jurisdiccional.<sup>120</sup>

Definido el carácter judicial del proceso es necesario plantearse la clase de proceso judicial e incluso, si es posible, su categorización. La Superintendencia de Sociedades ha dicho sobre la in-

117 “Supuestos (Modificado por la Ley 1902 de 2018, art. 12) La intervención se llevará a cabo cuando existan hechos objetivos o notorios que a juicio de la Superintendencia de Sociedades, indiquen la entrega masiva de dineros a personas naturales o jurídicas, directamente o a través de intermediarios, mediante la modalidad de operaciones no autorizadas tales como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicios y otras operaciones semejantes a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin explicación financiera razonable”. Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 6.

118 “Sujetos. Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos”. Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 5.

119 El artículo 7 del Decreto [Ley] 4334 de 2008 define las medidas de intervención que pueden adoptarse.

120 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Diciembre 9 de 2009. 11001-03-15-000-2009-00732-00 (CA). [CP. Enrique Gil Botero].

intervención judicial que “se distingue de los procedimientos concursales clásicos en su finalidad, en los sujetos a los que se dirige y en las herramientas de las que se vale”<sup>121</sup>.

Así, se ha identificado la intervención judicial como un proceso del tipo concursal, idea que se refuerza con la remisión que el artículo 15 del Decreto [Ley] 4334 de 2008 hace a la Ley 1116 de 2006.

Opiniones en ese sentido se encuentran en la escasa doctrina que se ha dedicado a los procesos de intervención, como la de Diana Andrade Rivera en “Intervención por Captación”:

El proceso de intervención se estructura con base en el procedimiento de toma de posesión previsto en el EOSF para las entidades financieras y en la liquidación judicial de la Ley 1116 de 2006 y como novedad se incluye en esos dos escenarios a los afectados de la captación como acreedores de la no masa [...]. Por ello puede decirse que el proceso de intervención, si bien es un injerto entre un procedimiento administrativo y un proceso judicial, al ser ambos de naturaleza concursal, el proceso de intervención tiene la misma naturaleza, pues a él deben concurrir todos, absolutamente todos los acreedores del intervenido, bien sea el afectado de la captación o el acreedor ordinario.<sup>122</sup>

Aunque evidentemente la intervención judicial tiene elementos propios de un proceso de naturaleza concursal, lo cierto es que no puede categorizarse exclusivamente como tal, ya que su propósito fundamental difiere con el común de la insolvencia que es la protección del crédito, como lo establece el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006.

Por lo tanto, la intervención judicial ha tenido su propio desarrollo jurisprudencial, con el que la Superintendencia de Sociedades ha ido construyendo tanto las etapas del proceso<sup>123</sup> como los alcances del Decreto [Ley] 4334 de 2008, y, por supuesto, de su decreto reglamentario, hoy incluido en el Decreto Único Reglamentario (DUR) 1074 de 2015.

### 1.3. EFECTOS DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS SUJETOS DESTINATARIOS

Una vez definida la naturaleza del proceso judicial de intervención vale la pena reflexionar sobre los efectos que el mismo produce en los sujetos de la medida, definidos por el artículo 5 del Decreto [Ley] 4334 de 2008: “Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos”.

121 Superintendencia de Sociedades. (Abril 18 de 2016). Auto 400-005967. Expediente 76534. Proceso de Alternativas Financieras Altefin S.A.S. en liquidación judicial como medida de intervención.

122 Andrade Rivera, Diana, “Intervención por Captación”, en Compendio de Jurisprudencia Concursal, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Colombia, 2017, pp. 263.

123 Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 19 de 2016). Auto 400-018814. Expediente 40068. Estrategias en Valores S.A.S en liquidación judicial como medida de intervención. Autos como este aclararon las etapas del proceso de intervención, procurando evitar la confusión de las partes del proceso.

El alcance de este artículo ha sido tema de constante discusión, ya que en algunas ocasiones la determinación de la participación en las actividades de captación, sobre todo cuando se refiere a la participación indirecta en la misma, resulta un tema de alta complejidad. En este sentido, la norma fue objeto de control de constitucionalidad, que consideró:

El artículo 5 del Decreto que se revisa dispone que son sujetos de intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas, vinculadas “*directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de (sic) haber entregado sus recursos*”.

Advierte esta Corte que la anterior enunciación de las actividades, negocios, operaciones y personas que son sujetos de intervención se aviene a la Constitución Política, pues es una medida apta para alcanzar los fines de la intervención regulada en el Decreto 4334 de 2008, en cuanto permite delimitar el ámbito de actuación de la Superintendencia de Sociedades, así como el de la aplicación de las medidas de excepción que, como se ha explicado, están orientadas a combatir las actividades sobrevinientes de personas naturales y jurídicas que atentan contra el interés público mediante la captación masiva y habitual de dineros del público sin autorización del Estado.

Sin embargo, la expresión “*o indirectamente*” presenta problemas constitucionales, toda vez que, como advierte el Procurador, puede ser interpretada en el sentido de hacer destinatarios de las medidas de excepción reguladas en el Decreto 4334 de 2008 a terceros de buena fe distintos de quienes entregaron recursos, v. gr. empleados y proveedores, que en ejercicio del derecho al trabajo o la libertad de empresa (arts. 25 y 333 Const.), o de sus actividades económicas correctas, legítimamente proveyeron bienes y/o servicios a los captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas. Por tal razón, se declarará su exequibilidad en el entendido de que no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales.<sup>124</sup>

Así, la determinación de los sujetos de las medidas de intervención, que se hace en la etapa de investigación, debe fundamentarse en un análisis de la participación de estos y en que servirá para delimitar el alcance de la decisión jurisdiccional que se adopte. En este sentido, la Superintendencia de Sociedades ha dicho que “los sujetos intervenidos son todas aquellas personas que, directa o indirectamente, han tenido relación con dicha operación, sin importar que hayan tenido un rol activo en la estructuración o en el desarrollo de las actividades de captación masiva e ilegal. Por ello, el Decreto Legislativo 4334 de 2008 también previó la intervención de personas distintas al empresario, como son administradores, socios, contadores, revisores fiscales y beneficiarios de las operaciones de captación de recursos”<sup>125</sup>.

124 Corte Constitucional. Sentencia C-145.

125 Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 10 de 2018). Memorial 400-136550. Link Global S.A. en liquidación judicial como medida de intervención. Expediente 67.864. Proferido en el marco de la acción de tutela propuesta por Mario Iguarán Arana (sujeto de intervención) contra la Superintendencia de Sociedades, sobre la solicitud de exclusión del proceso.

No es un tema menor establecer los hechos objetivos y/o notorios de captación y los sujetos que participaron en estos, pues lo cierto es que las medidas de intervención, tal como está diseñada la norma, afectan los bienes pasados<sup>126</sup>, presentes y futuros<sup>127</sup> de dichos sujetos.

En principio, los efectos del proceso de intervención en los destinatarios de las medidas están contemplados en el artículo 9 del Decreto [Ley] 4334 de 2008, que particularmente resalta la designación de un interventor que tendrá la representación legal de las personas jurídicas intervenidas y la administración de los bienes de las personas naturales intervenidas; la remoción de los administradores y de los órganos de fiscalización, y la extensión de la medida a todos los bienes de los intervenidos<sup>128</sup>. Aunque la norma dispone que estos efectos se refieren a la medida de toma de posesión, jurisprudencialmente se ha entendido que también alcanzan a las otras de intervención judicial, en cuanto se ha considerado que se trata de un único proceso, independiente de la medida que se adopte.

De igual manera, la prescripción del artículo 15 del Decreto [Ley] 4334 de 2008 permite entender que los efectos de la intervención, en lo que no sea contrario a su artículo 9, también son aquellos consagrados en el artículo 50 de la Ley 1116 de 2006. De cualquier forma, estos son similares y en últimas se traducen en la remoción de los órganos de administración y de fiscalización y en la universalidad de los bienes con destino al propósito de los procesos. Sin embargo, el artículo 50 sí se refiere a la suspensión de los órganos sociales si se presenta la liquidación judicial, situación que en la toma de posesión no es tan evidente.

En este punto se refleja una de las diferencias fundamentales de la intervención judicial respecto de los demás procesos de insolvencia (la reorganización empresarial y la liquidación judicial). Tiene que ver con el objeto social de las sociedades intervenidas. Evidentemente, esto solo es relevante en relación con las personas jurídicas.

De acuerdo con el artículo 99 del Código de Comercio<sup>129</sup>, la capacidad de las personas jurídicas se refiere al desarrollo de las actividades previstas en su objeto social. La pregunta recurrente es qué sucede con el ejercicio del objeto social luego de la adopción de la medida de intervención.

126 Se hace referencia a las acciones revocatorias que pueden adelantarse en los términos del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, aplicable por remisión del artículo 15 del Decreto [Ley] 4334 de 2008.

127 El Decreto 1074 de 2015, artículo 2.2.2.15.1.1., indica que las medidas de intervención operarán sobre la totalidad de los bienes de los intervenidos, que quedan sujetos a la devolución del total de las reclamaciones aceptadas en el proceso. A juicio de la autora, esto abarca los bienes que al momento del inicio del proceso figuren a nombre de los intervenidos, y en el mismo sentido de la norma, a aquellos que lleguen a quedar a su nombre durante el proceso y hasta que se cumpla con el propósito de este. Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.

128 Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 9: “Efectos de la toma de posesión para devolución. La toma de posesión para devolución conlleva: 1. El nombramiento de un agente interventor, quien tendrá a su cargo la representación legal, si se trata de una persona jurídica, o la administración de los bienes de la persona natural intervenida y la realización de los actos derivados de la intervención que no estén asignados a otra autoridad; 2. La remoción de los administradores y revisor fiscal, salvo que en razón de las circunstancias que dieron lugar a la intervención, la Superintendencia decida no removerlos; 3. Las medidas cautelares sobre los bienes del sujeto intervenido y la orden de inscripción de la medida en la Cámara de Comercio del domicilio principal y de sus sucursales, si las hubiere, respecto de aquellos sujetos a esa formalidad; 4. la inmediata guarda de los bienes, libros y papeles de la persona natural o jurídica intervenida, para lo cual tendrá las facultades necesarias para impartir las órdenes pertinentes a la fuerza pública, incluso previas a la diligencia de toma de posesión; 5. La congelación de cualquier activo y a cualquier título en instituciones financieras de la persona intervenida, los cuales quedarán a disposición inmediata del agente interventor, quien podrá disponer de los mismos para los fines de la intervención. [...] 7. La exigibilidad inmediata de todos los créditos a favor de la persona intervenida”.

129 “La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad”. Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.

Para los casos de intervención bajo la medida de liquidación judicial, la respuesta es obvia y se encuentra en el artículo 48.2 de la Ley 1116 de 2006, que dispone la imposibilidad de ejercer operaciones en desarrollo de su objeto social a partir del inicio del proceso, debido a que la sociedad conserva su capacidad jurídica solo para los actos necesarios para la liquidación<sup>130</sup>.

Cuando se trata de la medida de intervención correspondiente a la toma de posesión para devolver, la respuesta al interrogante no es tan clara porque en ninguna parte de la norma o de su reglamento se encuentra que este sea uno de los efectos de la apertura del proceso. Por lo tanto, solo aplicando la Ley 1116 de 2006 podría entenderse que se suspende el objeto social. Conclusión que no resulta evidente en el escenario del proceso.

Sin embargo, desde el punto de vista del ejercicio del objeto social, cuando todos los activos están destinados a la devolución a los afectados no hay una posibilidad real de que la empresa lo siga desarrollando. Conclusión que, por supuesto, está sujeta a discusión.

En igual sentido, no puede sostenerse que el simple hecho de la remisión normativa al estatuto de insolvencia lleve a la suspensión de los derechos de los socios. Sobre todo, porque es posible que terminada la toma de posesión porque se ha pagado la totalidad de las devoluciones a los afectados, la empresa siga existiendo y desarrollando su objeto social.

La modificación de la capacidad social de las empresas tiene una incidencia clara en el papel que juegan los socios de la sociedad en insolvencia reunidos en los órganos de decisión. Es evidente que ante la liquidación judicial no tienen relevancia las decisiones que estos hayan adoptado, ya que, independientemente del sentido que se les pretenda dar, lo cierto es que no pueden extenderse más allá del propósito del proceso. Pero en la toma de posesión, dependiendo del resultado del proceso, esta limitación puede ser temporal.

En este escenario vale la pena preguntar qué sucede con el conglomerado cuando uno de sus integrantes es sujeto de la medida de intervención. Discusión que será objeto del capítulo tercero.

## 2. LOS CONGLOMERADOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

### 2.1. CONCEPTO DE CONGLOMERADO

Dentro de los temas de estudio del derecho societario resalta el conglomerado como estructura económica de desarrollo empresarial. Tema que contrasta con otros que se basan, especialmente, en la persona jurídica individual y aislada de las demás<sup>131</sup>.

130 Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.

131 “El derecho de sociedades es, aún hoy, el derecho de la sociedad individualmente considerada. Es decir, que el objeto de la regulación vigente es una sociedad autónoma jurídica y económicamente, que determina libremente su voluntad, ajena a cualquier influencia externa, en función de su propio interés social”. De Arriba Fernández, María Luisa, *Derecho de Grupos de Sociedades*, segunda edición, Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 37.

La importancia de los conglomerados es evidentemente económica. No en vano, dice Francisco Reyes Villamizar, “la actividad empresarial contemporánea se canaliza, en buena parte, mediante los grupos de sociedades, cuya innegable importancia se patentiza en los inmensos recursos económicos que éstos generan. La estructura de grupo permite la optimización de la productividad y, habitualmente, la reducción de costos. Por lo demás, al tiempo que se facilita la especialización administrativa y funcional de las distintas sociedades participantes, se logra una adecuada diversificación de las actividades de explotación económica”<sup>132</sup>.

La constante evolución de las estructuras societarias ha llevado a que, para tener un mejor aprovechamiento de los recursos, los negocios busquen la diversificación no solo de sus productos, sino también de las empresas a través de las que operan. Algo que se traduce en el beneficio de limitar la responsabilidad de sus empresas diversificando el riesgo<sup>133</sup>.

Por esto, el concepto de conglomerado se encuentra especialmente relacionado con las empresas de capital en las que una característica fundamental es limitar la responsabilidad de los socios a sus aportes<sup>134</sup>. Dicho de otra forma: el relacionamiento de los integrantes del grupo a través de sociedades de capital busca garantizar que la matriz o la socia directa o indirecta de la subordinada no tenga que asumir responsabilidad alguna por las obligaciones de esta última.

Para entender el funcionamiento de los conglomerados es necesario tener claro que en Colombia su estudio está estrechamente ligado al concepto de control. En efecto, el artículo 260 del Código de Comercio (modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995) indica que “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”. Esta particularidad se da porque no existe una definición de grupo, sino una descripción de los elementos que lo configuran, siendo estos la subordinación y la unidad de propósito y dirección<sup>135</sup>.

El mismo concepto de subordinación refleja una relación de control. Según Edgar Iván León Robayo y Yira López Castro, esta existe en los conglomerados “cuando el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas, según lo señala el artículo 26 de la Ley 222 de 1995”<sup>136</sup>.

132 Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, segunda edición, Temis, Bogotá, 2006, p. 273.

133 Sobre la diversificación del riesgo se ha dicho: “La separación de entidades legales y patrimonios protege a las sociedades solventes y rentables ante la eventual crisis o falencia de otras compañías a que están vinculados los mismos accionistas”. Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, p. 275.

134 En general, la distinción en estas sociedades se refiere a la concentración del capital y a los problemas de agencia que generan, como se hace en el pie de página 36 del libro *Análisis económico del derecho societario*. Colección Cátedra Bancolombia de derechos económico, financiero y del mercado de valores “En los sistemas en que prevalece a dispersión del capital suelen darse problemas relativos a la disimilitud de intereses entre administradores y accionistas [...]. Muy diferente es la situación en sistemas de concentración de capital. En estos el antagonismo se da entre mayoritarios y minoritarios”. Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis económico del derecho societario. Colección Cátedra Bancolombia de derechos económico, financiero y del mercado de valores*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 37.

135 “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”. Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156, artículo 28.

136 León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, “Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia”, en Galgano, Francisco; Roitman, Horacio; León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, en *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades. Colección Textos de Jurisprudencia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 316-317.

Cuando se imagina la estructura de un conglomerado siempre viene a la mente una representación gráfica en la que se evidencian diferentes niveles en donde se ubican las personas, especialmente las jurídicas, aunque no limitadas a estas, que son coronadas por alguien que ejerce control sobre los demás.

Así adquieren importancia los conceptos matriz y subordinada. Sobre el primero, el artículo 26 de la Ley 222 de 1995 no es concreto, sino que se limita a indicar la relación de control que le otorga el lugar en el grupo. En cuanto a la segunda, la norma hace de ellas un género con dos especies: filiales y subsidiarias, conceptos que, a su vez, se refieren al ejercicio del control directo o indirecto<sup>137</sup>.

En el imaginario la cabeza de los conglomerados es quien asume la responsabilidad de dirigir la estructura cuyo objetivo es compartido por todos sus integrantes. No es fortuito que se use el término “imaginario”, pues precisamente los conglomerados nacen de la idea de un empresario que busca lograr beneficios con la repartición tanto de la producción como del riesgo, como ya se advirtió<sup>138</sup>.

De esta forma, el aspecto fundamental de los conglomerados en Colombia es la relación de control, que se refleja, sobre todo, en la toma de decisiones económicas o, por lo menos, de consecuencias económicas. En este sentido, la Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad del parágrafo del artículo 148<sup>139</sup> de la Ley 222 de 1995 sostuvo 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 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”<sup>140</sup>.

Esta relación de control y su impacto económico son de especial importancia en los temas de insolvencia empresarial, pues como se expondrá más adelante, la insolvencia de una subordinada cuyas decisiones son controladas por una matriz es responsabilidad de esta última, por lo menos frente a los acreedores.

## 2.2. CONGLOMERADOS FRENTE A LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA

La insolvencia empresarial es una situación de crisis que puede verse reflejada en diferentes aspectos que dependen de cada empresa en particular. Sobre este aspecto, Álvaro Isaza Upegui

137 “La Ley 222 de 1995 no definió lo que se debe entender por matriz o controlante, y su redacción es confusa respecto de quienes pueden ejercer el control societario [...]. El artículo 26 de la Ley 222 de 1995 distingue entre dos clases de subordinadas: filiales y subsidiarias. Sobre las primeras se ejerce un control directo por parte de la matriz, mientras que el de las subsidiarias se hace por intermedio, o con el concurso, de las subordinadas de la matriz”. León Robayo y López-Castro, “Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia”, pp. 318-319.

138 “El grupo de sociedades no es creación legislativa, sino, por el contrario, fruto de la imaginación empresarial. Nace de la valorización de la potencialidad implícita en la forma jurídica de la sociedad por acciones, que la creatividad empresarial conduce a consecuencias extremas”. Galgano, Francesco, “La empresa de grupo”, en Galgano, Francisco; Roitman, Horacio; León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, en *Los grupos societarios, Dirección y coordinación de sociedades. Colección Textos de Jurisprudencia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 23.

139 Es importante mencionar que este artículo fue derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006. Corresponde a un antecedente del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

140 Corte Constitucional. (Octubre 9 de 2017). Sentencia C-510. Expediente D-1635. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].

y Álvaro Londoño Restrepo aseguran que “La definición de crisis de la empresa presenta ciertas dificultades por razón de los diversos factores que, en cada caso particular, confluyen en torno a este fenómeno. Lo cierto es que la crisis misma determina lo que podríamos denominar ‘estado de crisis’, que no es cosa distinta de las dificultades de carácter económico en que la empresa se encuentra inmersa”<sup>141</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la crisis se refleja en aspectos como la cesación de pagos y/o la incapacidad de pago inminente<sup>142</sup>, presupuestos fundamentales para la solicitud tanto de un proceso de reorganización como de liquidación judicial.

En el caso de los conglomerados, la insolvencia tiene una expresión diferente porque no se limita al deudor, sino que busca una extensión de la responsabilidad en el controlante o matriz respecto de las deudas reconocidas en el proceso.

Específicamente, se encuentra la disposición del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006<sup>143</sup>, que reconoce la responsabilidad de la matriz por las deudas de la subordinada bajo el supuesto de que la insolvencia de la segunda fue causada por la toma de decisiones de la primera bajo un escenario de control.

Sobre esta asignación de responsabilidad, Isaza Upegui y Londoño Restrepo han dicho: “Es posible que la situación de crisis societaria sea imputable a los actos ejecutados por la persona que ostenta la calidad de matriz o controlante. Teniendo en cuenta que la situación de control o subordinación se tipifica por el sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas, es apenas entendible que los actos del controlante puedan dar lugar a la situación de insolvencia de la controlada, con repercusiones que puedan afectar a terceros que sufren daños como consecuencia de dicha situación”<sup>144</sup>.

En otras palabras, el efecto de la insolvencia en los conglomerados se traduce en una asignación de responsabilidad a los socios por las obligaciones de la sociedad, sin tener en cuenta las reglas básicas de limitación de la responsabilidad típica, especialmente, de las sociedades de

141 Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, tercera edición, Legis, Bogotá, 2011, p. 15.

142 “El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando: Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año”. Ley 1116 de 2006. Artículo 9.

143 “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”.

144 Isaza Upegui y Londoño Restrepo, *Comentarios al régimen*, pp. 386-387.

capital<sup>145</sup>. Es decir, en la práctica podría decirse que se produce un levantamiento del velo corporativo sin el ejercicio de la acción pertinente y sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para esto.

En este sentido se encuentran autores como Héctor José Miguens, que sostienen que en “el análisis que hacen los economistas sobre la responsabilidad limitada en general, queda fuera de discusión la justificación de este tipo de responsabilidad especial en el caso especial de los grupos de sociedades, salvo contadas excepciones”<sup>146</sup>.

Así las cosas, en el escenario de insolvencia, el propósito de la distribución del riesgo se desdibuja frente a una situación jurídica específica como lo es la presunción de la responsabilidad de los socios<sup>147</sup>. En términos concretos esto quiere decir que el patrimonio de la sociedad matriz va a quedar sujeto al pago de los acreedores de la subordinada, en una clara expresión del principio de universalidad contemplado en la Ley 1116 de 2006<sup>148</sup>.

Un famoso ejemplo de la aplicación de la determinación del control en los procesos de insolvencia es el de Industrial Hulleras S.A. en liquidación obligatoria. En este, la decisión adoptada en la Resolución 661-1333<sup>149</sup>, que declaró la existencia de una matriz conjunta en cabeza de tres empresas diferentes, generó la sentencia proferida por la Corte Constitucional<sup>150</sup> respecto de la responsabilidad de la matriz en el pago de las obligaciones a cargo de la sociedad en insolvencia. Sobre este tema se ha dicho que “en la práctica, en este caso se ha producido un verdadero levantamiento del velo corporativo, pues tres de los accionistas, reconocidos como matrices, han tenido que asumir el pasivo pensional de la citada sociedad en liquidación obligatoria”<sup>151</sup>.

Guardando el sentido otorgado a este artículo, corresponde estudiar si el propósito de la intervención judicial, relacionado con la devolución a los afectados de la captación con el patrimonio del intervenido, se extiende al patrimonio de la matriz.

145 “No puede perderse de vista que la limitación de la responsabilidad de los socios, en los tipos sociales que la contemplan, debe excepcionarse únicamente en eventos de especial gravedad, pues de lo contrario se está generando un ambiente poco propicio para el desarrollo empresarial, con las consecuencias nocivas que esto puede tener para la economía nacional”. Isaza Upegui y Londoño Restrepo, Comentarios al régimen, p. 403.

146 Miguens, Héctor José, *El Grupo Insolvente*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 30-31.

147 “Para el caso específico de los grupos de sociedades estos objetivos [Refiriéndose a los objetivos del derecho concursal] pueden concentrarse en los siguientes [...] 1. Intentar el salvataje del grupo cuando uno o varios de sus miembros se encuentran en estado de cesación de pagos, a instancias de sus titulares [...] 2. Para el caso que ello sea imposible, lograr una adecuada y proporcional liquidación de todas las sociedades integrantes del grupo [...] 3. Ejercer cuando la sociedad controlante se encuentre in bonis, las acciones de responsabilidad o de inoponibilidad que correspondan por el daño consistente en la existencia de deudas impagadas de la controlada a la concursada”. Miguens, *El Grupo Insolvente*, p. 38.

148 Artículo 4: “El régimen de insolvencia está orientado por los siguientes principios: 1. Universalidad: La totalidad de los bienes del deudor y todos sus acreedores quedan vinculados al proceso de insolvencia a partir de su iniciación”.

149 Resolución 661-1333 de 24 de septiembre de 1999. Superintendencia de Valores y Superintendencia de Sociedades. Declaró que Fabricato S.A. Coltejer S.A. y Cementos El Cairo S.A. eran matrices de la sociedad Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria.

150 Corte Constitucional. (Julio 31 de julio de 2003). Sentencia SU-636. Expedientes T-641309, T-650792 y T-671376. [MP. Jaime Araujo Rentería].

151 Gaitán Roza, Andrés, *Grupos empresariales y control de las sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, p. 149.

### 3. IMPACTO DE LOS PROCESOS DE INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LOS CONGLOMERADOS

Estudiada la naturaleza de los procesos de intervención judicial, así como el concepto de conglomerados y su situación frente a los procesos de insolvencia, se puede analizar qué impacto podría tener dicha intervención judicial en los conglomerados cuando una de sus empresas es sujeta a la medida.

Partiendo de que el impacto de la insolvencia en los grupos empresariales se traduce en la presunción de responsabilidad de la matriz respecto de las deudas de la subordinada, cabe preguntarse si en un escenario de intervención judicial también la sociedad matriz debería compartir la responsabilidad de la devolución a los afectados reconocidos.

Un primer punto de análisis implica retomar lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto [Ley] 4334 de 2008 sobre los sujetos de la captación que, como se dijo en el primer capítulo, pueden serlo por su participación directa o indirecta en el esquema, la cual debe estar debidamente sustentada.

En el caso de la subordinada que realizó actividades de captación surge la pregunta de si en el escenario del control la sociedad matriz también participa de la ilegalidad teniendo en cuenta que las decisiones que llevaron a la ocurrencia de hechos objetivos y notorios de captación fueron ocasionadas precisamente por esta.

Al respecto, el citado artículo 5 hace referencia a que las medidas de intervención se extenderán a los socios de la sociedad captadora, lo que en un escenario de conglomerados podría traducirse en la vinculación de la matriz como controlante. Evidentemente, esta conclusión solo sería válida respecto de las filiales cuando el control se derive de la participación accionaria.

En estos casos se estaría ante una participación probablemente indirecta en la captación, y en ese escenario, la matriz sería sujeto de la medida de intervención en un proceso que seguro compartiría con la filial. Esto, siempre que en la investigación se determine la participación de los socios en los esquemas de captación.

Lo anterior no quiere decir que la extensión de la medida de intervención solo pueda darse respecto de las filiales con control accionario, sino que también aplicaría a las subsidiarias cuando se pruebe su vinculación con los hechos objetivos o notorios de captación. Esto quiere decir que la vinculación de un conglomerado a la intervención judicial depende de que en la investigación se determine su participación en el esquema de captación.

Bajo este supuesto no se trataría de una manifestación de responsabilidad compartida de la matriz respecto de las obligaciones de la subordinada, sino que en la matriz misma se configuraría la situación generadora de la intervención, es decir, la relación con los hechos objetivos o notorios de captación señalados en el artículo 6 del Decreto [Ley] 4334 de 2008.

De esta forma no sería aplicable la prescripción del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, ya que, si se llega a presumir que la configuración de hechos objetivos o notorios de captación tuvieron su origen en las decisiones de la matriz, se presentaría una participación por lo menos indirecta, lo que, en los términos del citado artículo 5 del Decreto [Ley] 4334 de 2008, la haría un sujeto de la intervención.

De esta forma, el impacto de la intervención en el grupo tendría que ver más con la determinación de los sujetos de la medida en los términos del Decreto [Ley] 4334 de 2008, que con una responsabilidad similar a la que se desprende del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

Por esto, es pertinente analizar la situación que se presentaría con las sociedades subsidiarias en las que, respecto de la matriz, no fuera posible aplicarles el artículo 5 del Decreto [Ley] 4334 de 2008 por no ser socias de la captadora. En otras palabras, qué efectos podría tener en los demás integrantes la intervención de uno de los partícipes del grupo, especialmente, en la matriz.

Es necesario recordar que uno de los efectos de la intervención, tanto en la medida de toma de posesión como en la liquidación judicial, es la suspensión de los órganos de administración por la designación de un interventor que asume las funciones de representación legal<sup>152</sup>. Como ya se dijo, esta suspensión es una conclusión que si bien parece evidente en la intervención bajo la medida de liquidación judicial, no lo es en la intervención bajo la medida de toma de posesión; y, en caso de que se pueda aceptar dicha suspensión, solo sería temporal dependiendo del resultado del proceso.

En este orden de ideas, en atención a la suspensión de las facultades de los órganos societarios, el papel de la matriz también quedaría suspendido, por lo menos mientras se tramita el proceso de intervención.

Si el propósito de la intervención judicial es hacer la devolución a los afectados con el patrimonio de los intervenidos según el procedimiento establecido en el Decreto [Ley] 4334 de 2008, y los socios pierden sus derechos políticos y económicos, una conclusión aceptable sería la desaparición, en algunos casos temporal, de la situación de control, por lo menos en lo que tiene que ver con la subordinada intervenida. Esto, insistiendo en que en el marco de las sociedades intervenidas la toma de decisiones queda supeditada a las reglas propias del proceso de intervención, es decir, en cabeza del interventor designado y encaminadas a la consecución de la finalidad última del proceso.

Es evidente que lo anterior afecta el carácter económico del conglomerado, puesto que el patrimonio de la subordinada tiene una destinación específica. En igual sentido, se deberían afectar todas las obligaciones de la matriz en la presentación de su información financiera. En otras palabras, el impacto tiene que ver con la misma fragmentación del conglomerado.

En estos casos tampoco sería aplicable la prescripción del artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, ya que ante un escenario de suspensión del conglomerado no habría lugar a que la matriz asuma

.....  
<sup>152</sup> Decreto [Ley] 4334 de 2008. Artículo 9.1.

con su patrimonio el pago de las devoluciones a los afectados. A menos que, como se indicó, se le extienda la medida de intervención.

Ahora, si quien resulta ser sujeto de la medida de intervención judicial es la matriz, la vinculación de las subordinadas dependerá de la determinación que en la investigación se haga de su participación y/o beneficio de las actividades de captación. Este escenario refleja también una diferencia con la prescripción normativa del señalado artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.

En relación con el control, la conclusión que se deriva de lo expuesto es que cuando la matriz es la vinculada a la intervención judicial, el hecho de que el patrimonio de esta esté sujeto al proceso también implica la vinculación de la participación accionaria en las filiales. Es decir, el control se mantendría, pero con el objeto de la intervención.

Sin embargo, cuando se trate de subsidiarias, la vinculación de la matriz no necesariamente compromete su patrimonio, a menos de que esto se determine en la investigación. En todo caso, lo cierto es que aunque la matriz mantenga el control, cabe también preguntarse el alcance de este, por lo menos mientras esté sujeta al proceso de intervención.

Sería necesario entonces pensar en los efectos de la suspensión temporal o de la terminación del conglomerado en el escenario de intervención, situación que en el curso del proceso judicial debería materializarse jurídicamente, evitando así una afectación mayor a esta herramienta de desarrollo empresarial.

La conclusión no podría ser diferente, sobre todo por el propósito que persigue el proceso de intervención judicial, el cual tiene una protección especial en el ordenamiento jurídico en cuanto se refiere, como lo dicen los mismos antecedentes de la norma y como lo ha sostenido la jurisprudencia citada, a proteger el orden social y económico del país.

## REFERENCIAS

### LIBROS Y REVISTAS

- Andrade Rivera, Diana, “Intervención por Captación”, en *Compendio de Jurisprudencia Concursal*, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá, 2017.
- Caracol Radio. “Supersociedades explica intervención a DMG”, en Caracol Radio, Colombia, 2008, en [https://caracol.com.co/radio/2008/11/17/nacional/1226926440\\_712306.html](https://caracol.com.co/radio/2008/11/17/nacional/1226926440_712306.html), consulta de septiembre 29 de 2019.
- “David Murcia fue extraditado a EE.UU”, en Revista Semana, Colombia, 2000, en <https://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/david-murcia-extraditado-eeuu/111639-3>, consulta de abril 29 de 2019.
- De Arriba Fernández, María Luisa, *Derecho de Grupos de Sociedades*, segunda edición, Thomson Reuters, Navarra, 2009.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.

- Galgano, Francesco, “La empresa de grupo”, en Galgano, Francisco; Roitman, Horacio; León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, en *Los grupos societarios, Dirección y coordinación de sociedades. Colección Textos de Jurisprudencia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 23.
- Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro, *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*, tercera edición, Legis, Bogotá, 2011.
- León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, “Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia”, en Galgano, Francisco; Roitman, Horacio; León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira en *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades. Colección Textos de Jurisprudencia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, pp. 316-319.
- Miguens, Héctor José, *El Grupo Insolvente*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, segunda edición, Temis, Bogotá, 2006.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis económico del derecho societario. Colección Cátedra Bancolombia de derechos económico, financiero y del mercado de valores*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.

## JURISPRUDENCIA

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. (Agosto 14 de 2013). Sentencia 25000-23-24-000-2010-00720-01(19814). [MP. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas].
- Corte Constitucional. (Octubre 9 de 1997). Sentencia C-510. Expediente D-1635. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. (Julio 31 de julio de 2003). Sentencia SU-636. Expedientes T-641309, T-650792 y T-671376. [MP. Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. Sala plena. (Marzo 12 de 2009). Sentencia C-145. Expediente RE1373. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].
- Resolución 661-1333. [Superintendencia de Valores y Superintendencia de Sociedades]. Septiembre 24 de 1999.
- Superintendencia de Sociedades. (Abril 18 de 2016). Auto 400-005967. Expediente 76.534. Proceso de Alternativas Financieras Altefin S.A.S. en liquidación judicial como medida de intervención.
- Superintendencia de Sociedades. (Diciembre 19 de 2016). Auto 400-018814. Expediente 40068. Estrategias en Valores S.A.S en liquidación judicial como medida de intervención.
- Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 10 de 2018). Memorial 400-136550. Link Global S.A. en liquidación judicial como medida de intervención. Expediente 67864. Proferido en el marco de la acción de tutela propuesta por Mario Iguarán Arana (sujeto de intervención) contra la Superintendencia de Sociedades, sobre la solicitud de exclusión del proceso.

## NORMATIVIDAD

- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000.
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. (Diciembre 9 de 2009). 11001-03-15-000-2009-00732-00 (CA). [CP. Enrique Gil Botero].
- Constitución Política de Colombia. Artículo 335. (1991). Senado de la República. 2008. Imprenta Nacional.

- Decreto 3227 de 1982. Por el cual se organizan diferentes programas de rehabilitación para los beneficiarios de la amnistía y demás habitantes de las zonas que hayan estado sometidas a enfrentamiento armado o a acciones subversivas. Noviembre 20 de 1982. DO. N.º 36138.
- Decreto [Ley] 663 de 1993. Estatuto orgánico del sistema financiero. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. DO. N.º 40820.
- Decreto [Ley] 4333 de 2008. Por el cual se declara el Estado de Emergencia Social. Noviembre 17 de 2008. DO. N.º 47176.
- Decreto [Ley] 4334 de 2008. Por el cual se expide un procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008. Noviembre 17 de 2008. DO. N.º 47176.
- Decreto 1068 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.
- Ley 1902 de 2018. Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones. Junio 22 de 2018. DO. N.º 50632.



# CONFLICTOS DE INTERESES EN GRUPOS EMPRESARIALES Y SITUACIONES DE CONTROL

ANDRÉS GAITÁN ROZO<sup>153</sup>  
JENNIFER TORRES MOLINA<sup>154</sup>



## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores de sociedades que forman parte de esquemas de grupos empresariales o situaciones de control, en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y 28 de la Ley 222 de 1995, se ciñe a las disposiciones normativas ordinarias contempladas en los artículos 23 y siguientes de la Ley 222 de 1995. Esto ha generado una dificultad práctica, pues es común la celebración de operaciones entre partes vinculadas y, por ende, dispendioso acudir al trámite de autorización previa contemplado en el numeral 7 del artículo 23 de dicha ley siempre que los administradores deseen

153 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana con especialización en Derecho Comercial. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Experto en gobierno corporativo de empresas familiares. Realizó estudios de Filosofía y Psicología en el SMB. Diplomado en Gestión Legal y Administrativa del Talento Humano. Diplomado en Conciliación en la Cámara de Comercio de Bogotá. Profesor de Gerencia de Empresas de Familia, Grupos Empresariales y Derecho de Sociedades en programas de maestría, especialización y pregrado en las universidades del Rosario, Sergio Arboleda y de la Sabana. Autor del libro *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*. Coautor de los libros *Sociedades de familia en Colombia*; *Empresas colombianas perdurables – Casos de éxito*; *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades - Estrategias para prevenir la crisis*; *Empresas colombianas: actualidad y perspectivas*; *Empresas de familia: estrategias de éxito y permanencia*; *Cómo acrecentar y cuidar el patrimonio*; *Levantamiento del velo corporativo*, y *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*. En el Cuarto Congreso de Derecho Comercial, organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá, obtuvo mención de honor por la ponencia presentada sobre estrategias para superar las crisis empresariales. En la Superintendencia de Sociedades se ha desempeñado como asesor del superintendente y coordinador de los grupos de Control, Buen Gobierno y Conglomerados.

154 Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada (Colombia) con especialización en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. En la actualidad cursa la Especialización en Derecho de Sociedades en la Pontificia Universidad Javeriana y se desempeña como abogada en el Grupo de Conglomerados de la Superintendencia de Sociedades.

participar en ellas. En esta medida, se han considerado diversos mecanismos de solución a través de proyectos de reforma y por las vías jurisprudencial y doctrinaria, como exenciones de este procedimiento de autorización previa, de las ratificaciones posteriores y de las autorizaciones generales, sobre los cuales se realiza un análisis en este escrito.

En la primera parte se presenta una síntesis sobre el desarrollo del conflicto de intereses en Colombia para luego analizar sus implicaciones en el contexto de los conglomerados. En la segunda parte se incluyen unas reflexiones sobre el fenómeno de la ratificación de operaciones viciadas por conflictos de intereses y la opción de las autorizaciones generales. Se termina con una propuesta para los grupos de empresas familiares.

## 1. DESARROLLO DEL CONFLICTO DE INTERESES EN COLOMBIA

En Colombia, la Ley 222 de 1995, que modificó el Libro II del Código de Comercio, efectuó cambios significativos en el régimen de deberes y de responsabilidad de los administradores de sociedades. En primer lugar, el artículo 22 colige un listado de personas sobre las cuales se reputa tal calidad y se hace extensiva la aplicabilidad de esta reglamentación: el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o de consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos sociales ejerzan o detenten esas funciones. Con buen criterio, la Superintendencia de Sociedades ha estimado que también se considerarán administradores los suplentes cuando actúen en dicha condición por la ausencia temporal o definitiva de los principales<sup>155</sup>. Igualmente, el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 amplió el ámbito de aplicación de este régimen especial al introducir, en la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.), la figura del “administrador de hecho” para las personas naturales o jurídicas que, sin ocupar cargos formales de administración como los enlistados, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad<sup>156 157</sup>.

En segundo lugar, el artículo 23 de la Ley 222 de 1995 contempla unos principios o deberes generales de conducta para los administradores: la buena fe, la lealtad y la diligencia de un buen

155 Circular Externa n.º 100-000008. Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica. (Julio 12 de 2022), Capítulo V.

156 Ley 1258 de 2008. Artículo 27.

157 “Según se expresó en la sentencia n.º 820-78 del 11 de agosto de 2017, por ejemplo, ‘esta [calidad] sólo puede invocarse respecto de aquellas personas que, a pesar de no haber sido designadas formalmente como administradores sociales, ejercen actividades pertenecientes a la órbita de tales funcionarios. En la doctrina especializada se han desarrollado numerosos criterios de valoración judicial para identificar a dichos sujetos. Entre tales criterios, pueden encontrarse los siguientes: (i) dirigir las actuaciones de los demás administradores, (ii) obligar a la compañía a asumir obligaciones cuantiosas, (iii) ser reconocido explícitamente por la sociedad como administrador, (iv) presentarse ante terceros como director y (v) adoptar decisiones trascendentales para el funcionamiento de la compañía. Cuando confluyan algunas de estas situaciones, existirán fuertes indicios de que una persona ha ejercido, de facto, funciones inherentes al cargo de administrador”’. (Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Marzo 26 de 2019). Sentencia Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez. [Coordinadora Grupo de Jurisdicción Societaria I: María Victoria Peña Ramírez], pp. 6 y 7).

hombre de negocios; y unos deberes específicos<sup>158</sup>, meramente enunciativos, que, en conjunto, constituyen criterios orientadores para establecer la eventual responsabilidad por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los asociados o a terceros. El deber general de lealtad comporta especial relevancia por el amplio desarrollo que ha tenido en la materia en los últimos años e implica que los administradores actúen en forma tal que consulten los mejores intereses de la sociedad<sup>159</sup> teniendo en cuenta los intereses de los asociados; de este modo, ante la eventual incompatibilidad de unos y otros prevalecerán los intereses legítimos de la sociedad. En este sentido, hay disposiciones normativas que reflejan la tendencia de hacer predominar los intereses de la sociedad no solo en este campo, sino también, por ejemplo, en el ejercicio del derecho de voto de los socios o accionistas en el máximo órgano social, como los artículos 420, numeral 6, del Código de Comercio, y 43 de la Ley 1258 de 2008.

A su vez, el deber general de lealtad se proyecta en buena parte de las obligaciones de los administradores, verbigracia, abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada y de participar en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses. En relación con el último de los deberes específicos señalados, es propicio referir que no existe una definición legal de la expresión “conflicto de intereses”<sup>160</sup>, no obstante, son destacables los esfuerzos de la Superintendencia de Sociedades por aproximarse a un concepto. De ahí que, desde la Circular Externa n.º 020 del 4 de noviembre de 1997<sup>161</sup>, la Entidad considera que **existe conflicto de intereses cuando no es posible la satisfacción simultánea de dos intereses, uno radicado en cabeza del administrador y otro en el de la sociedad**, bien porque el interés sea de aquél o de un tercero. Esta posición se ha mantenido hasta la fecha, añadiendo desde hace un tiempo que también se presenta si el administrador tiene un interés que pueda nublar su juicio objetivo en una operación determinada y/o cuando se presenten circunstancias que configuren un verdadero riesgo de que su discernimiento se vea comprometido<sup>162</sup>.

158 Artículo 23. Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.

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 general de accionistas.

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.

(Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156).

159 Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, 4ª ed., Editorial Temis S.A., Bogotá, 2020, p. 704.

160 “Lo anterior corresponde a una proclive tendencia de nuestro de [sic] legislador de admitir el uso de tipos abiertos y de ‘conceptos jurídicos indeterminados’, a la vez que le atribuye al juzgador una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables, lo que implica una pesada carga para los operadores judiciales, quienes en cada caso deberán realizar un riguroso escrutinio tendiente a verificar si han mediado los supuestos de hecho que podrían subsumirse en un ‘conflicto de intereses’”. (Arcila Salazar, Carlos Andrés, “Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017, 19, (2), p. 168, en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73351954006/index.html>, consulta de 22 de marzo de 2022).

161 Circular Externa n.º 020. Superintendencia de Sociedades. Información privilegiada, actos de competencia y conflictos de interés. (Noviembre 4 de 1997). DO. N.º 43172.

162 Circular Externa n.º 100-000008. Superintendencia de Sociedades. Circular Básica Jurídica. (Julio 12 de 2022), Capítulo V.

Con todo, en opinión de los autores, la convergencia de intereses en cabeza del administrador, si bien puede suscitar riesgos en la toma de la decisión respectiva, no implica que sean irreconciliables en todos los eventos o que afecten el interés social por sí mismos, esto es, por su simple presencia. Por ejemplo, si Juan, en condición de representante legal de ABCD S.A.S., desea contratar los servicios de consultoría legal de María, su hija, por su conocimiento y experiencia en el sector, la operación trae consigo un conflicto de intereses para el administrador, pero puede comportar un beneficio para la sociedad. Luego, la asamblea general de accionistas de ABCD S.A.S. podría autorizar al administrador para intervenir en el negocio jurídico, de acuerdo con el procedimiento que se describirá más adelante, en cumplimiento de la ley y sin perjudicar los intereses de la sociedad. En esta línea, Pablo Andrés Córdoba Acosta afirma que “pueden existir situaciones de intereses en conflicto con la posibilidad de satisfacerse simultáneamente y eventos en los cuales es imposible dicha solución precisamente porque se perjudicaría el interés social”<sup>163</sup>.

En todo caso, es claro que, en las condiciones descritas, corresponderá, en primer término, al administrador y, en segundo término, al juez competente, en un eventual escenario de escrutinio judicial, efectuar un análisis de cada caso puesto en su consideración para determinar si concurren los supuestos que acreditan la existencia de un conflicto de intereses. En opinión de José Miguel Mendoza, este vacío legal es bastante problemático para los administradores, ya que no tendrán absoluta claridad sobre las hipótesis que dan lugar al conflicto de intereses, y para los jueces, pues deberán esforzarse para detectarlos en operaciones potencialmente complejas<sup>164</sup>. Empero, en un intento de superación de esta dificultad práctica, las Circulares Externas n.os 100-000006 del 25 de marzo de 2008 y 100-000008 del 12 de julio de 2022 de la Superintendencia de Sociedades contienen algunos ejemplos de posibles eventos de conflicto de intereses<sup>165</sup>. Y, la misma Entidad, por las vías administrativa y jurisdiccional, ha conocido operaciones viciadas de este modo tratándose de intereses económicos directos e indirectos, de relaciones de familia y de partes vinculadas, entre otras, que han proporcionado algunos parámetros para los efectos.

Por otro lado, con el Decreto 1925 de 2009<sup>166</sup> se reglamentó parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo al conflicto de intereses y competencia con la sociedad por parte de los administradores. Este cuerpo normativo se reprodujo en su totalidad en los artículos 2.2.2.3.1. a 2.2.2.3.5. del Decreto 1074 de 2015, a través del que se

163 Córdoba Acosta, Pablo Andrés, *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 617.

164 Mendoza, José Miguel, “La definición de conflictos de interés en el derecho societario colombiano”, *UNA Revista de Derecho*, 2016, 1, p. 6, en <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-1/42-mendoza-j-m-la-definicion-de-conflictos-de-interes-en-el-derecho-societario-colombiano>, consulta de 22 de marzo de 2022.

165 De acuerdo con el Capítulo V de la Circular Externa n.º 100-000008 del 12 de julio de 2022 de la Superintendencia de Sociedades, algunos posibles eventos de conflicto de intereses son:

- a. Cuando un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación;
- b. Cuando el administrador celebra operaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales, tenga una relación de dependencia;
- c. Cuando el administrador demanda a la sociedad, así dicha demanda sea atendida por el representante legal suplente;
- d. Cuando el administrador celebra conciliaciones laborales a su favor;
- e. Cuando el administrador como representante legal gira títulos valores de la compañía a su favor;
- f. Cuando los miembros de la junta directiva aprueban la determinación del ajuste del canon de arrendamiento de bodegas de propiedad de dichos administradores;
- g. Cuando los miembros de la junta directiva aprueban sus honorarios si dicha facultad no les ha sido expresamente delegada en los estatutos” (p. 47).

166 Decreto 1925 de 2009. Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad. Mayo 28 de 2009. DO. N.º 47364.

expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. En síntesis, las disposiciones prevén:

- i) La responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o por culpa ocasionen a los asociados, a la sociedad o a terceros por incurrir en conductas que impliquen conflicto de intereses o competencia con la sociedad, en violación de la ley y sin la autorización previa del máximo órgano social.
- ii) Los aspectos que deben ser tenidos en cuenta en las reuniones sociales donde se decida ello, en relación con la convocatoria, el deber de información de los administradores, la conformación de las mayorías y el predominio de los intereses de la sociedad en la toma de la decisión.
- iii) La responsabilidad solidaria e ilimitada de los asociados que hayan autorizado al administrador para participar en un acto viciado por conflicto de intereses o competencia con la sociedad, en desmedro de los intereses de la sociedad, por los perjuicios que ocasionen a los demás asociados, a la sociedad o a terceros, salvo que dicha autorización se haya obtenido de manera engañosa.
- iv) La posibilidad de obtener la declaratoria de nulidad de los actos ejecutados en contra de los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, la imposición de multas y/o la inhabilidad para ejercer el comercio.

Entonces, con arreglo al numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009, repetido en el artículo 2.2.2.3.2. del Decreto 1074 de 2015, el administrador que advierta la existencia de conflicto de intereses en una operación determinada deberá (i) de ser el caso, dejar de actuar en esta; (ii) revelar la vicisitud, en especial, relacionando el motivo y el tiempo que lleva en curso; (iii) ordenar la convocatoria o convocar, si está facultado para los efectos, al máximo órgano social, señalando dentro del orden del día la solicitud de autorización para participar en la actividad que representa conflicto de intereses; (iv) suministrar toda la información necesaria y relevante para adoptar la determinación, y (v) prescindir de votar si es socio o accionista de la sociedad<sup>167</sup>. De tal suerte, la asamblea general de accionistas o la junta de socios puede autorizar o no al administrador para actuar en la operación viciada por conflicto de intereses que, en cualquier hipótesis, debe consultar los mejores intereses de la sociedad. Lo expuesto no obsta para que el máximo órgano social pueda remover al administrador, por ejemplo, porque no entregó la información completa o porque propició el conflicto de intereses.

Ante el incumplimiento de las disposiciones legales en comentario, es viable obtener la declaratoria de nulidad de los actos ejecutados, requerir la imposición de multas y la inhabilidad para ejercer el comercio de los administradores que participaron en las operaciones afectadas y perseguir la responsabilidad solidaria e ilimitada tanto de dichos administradores como de los asociados que hayan emitido la autorización previa de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, por los perjuicios que ocasionen a los demás asociados, a la sociedad o a terceros. En este orden de ideas, es pertinente mencionar que una de las providencias judiciales más relevantes sobre la materia la emitió la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia

<sup>167</sup> Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.

de Sociedades en la Sentencia n.º 801-000035 del 9 de julio de 2013 en el caso de SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Práxedis José Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez, con motivo de la solicitud de nulidad de los contratos de mutuo celebrados entre los mencionados, sin que se hubiese obtenido la autorización de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

Esto, en tanto Correa Senior y Correa Laverde ejercieron la representación legal conjunta de la sociedad desde el 30 de marzo de 1993 hasta el 19 de octubre de 2011, período durante el cual, junto con Gallo Pérez, cónyuge de Correa Senior, celebraron contratos de mutuo con SAC Estructuras Metálicas S.A. respaldados por pagarés<sup>168</sup>. Para resolver la controversia, el Despacho recordó que las reglas sobre conflictos de intereses en materia societaria “apuntan, en mayor o menor grado, a reducir el riesgo que genera la contraposición de intereses entre los accionistas, los administradores y la sociedad, sin desconocer que las operaciones viciadas por conflictos de esa naturaleza no son necesariamente nocivas para la actividad de la compañía”<sup>169</sup>, y que en Colombia, se prevé un requisito de autorización previa de la junta de socios o asamblea general de accionistas para los administradores que pretendan celebrar operaciones viciadas de un conflicto de intereses, siempre que no se perjudiquen los intereses de la sociedad, cuya omisión permite obtener la declaratoria de nulidad de los actos ejecutados, al tenor del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 (actual artículo 2.2.2.3.5. del Decreto 1074 de 2015<sup>170</sup>).

Luego, la Delegatura advirtió que, en el caso analizado, (i) los administradores, en su calidad de mutuantes, contaban con un interés contrapuesto al de SAC Estructuras Metálicas S.A., en calidad de mutuaría; que (ii) Práxedis José Daniel Correa Senior tenía un conflicto de intereses por interpuesta persona, en tanto y en cuanto, en su época de representante legal la compañía celebró algunas de las operaciones objeto de reproche con su cónyuge, y que (iii) esos mismos negocios jurídicos pudieron haber representado conflicto de intereses para Correa Laverde, dada la representación que efectuó de SAC Estructuras Metálicas S.A. en la celebración de estos con la esposa de una persona con la que se encuentra ligado por vínculos de consanguinidad<sup>171</sup>. Por ende, debían solicitar la autorización previa prevista en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, sin que, en efecto, se hubiera realizado, lo que conllevaría a declarar su nulidad. No obstante, la Entidad destacó que las actuaciones de los administradores estuvieron alineadas con los intereses de la sociedad y sus accionistas, pues su fin era solventar las dificultades económicas por las que atravesaba SAC Estructuras Metálicas S.A., hecho constatable por su participación en un proceso de reestructuración bajo la Ley 550 de 1999.

Por eso, la Delegatura declaró la nulidad de los contratos de mutuo y los pagarés emitidos para garantizar el pago de las obligaciones correspondientes, pero desestimó las pretensiones

168 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Julio 9 de 2013). Sentencia n.º 801-000035. Proceso 2013-801-007. SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Práxedis José Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza], pp. 3 y 4.

169 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-000035, p. 4.

170 Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.

171 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 801-000035, pp. 6 y 7.

relacionadas con perjuicios ocasionados a la sociedad y rechazó la solicitud de imponerles a los administradores la sanción de inhabilidad para ejercer el comercio<sup>172</sup>.

En este contexto, la providencia judicial sentó pautas significativas para el tratamiento de los conflictos de intereses que se condensan en las siguientes premisas: (i) el régimen vigente sirve para reducir el riesgo que genera la contraposición de intereses entre los asociados, los administradores y la sociedad, conexos a los problemas de agencia; (ii) las operaciones viciadas de un conflicto de intereses no son necesariamente nocivas para la sociedad; (iii) en Colombia, no se impide la realización de dichos actos, pero para que el administrador participe en estos, se ha establecido un trámite de autorización previa de la asamblea general de accionistas o junta de socios, y (iv) aún antes del artículo 5 del Decreto 1925 de 2009, era aceptada la posición, según la cual, la inobservancia del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 generaba nulidad de las operaciones concernientes, por contrariar una norma imperativa, en concordancia con el artículo 899 del Código de Comercio.

Posteriormente, y no por ello menos importante, resulta la Sentencia n.º 800-000029 del 14 de mayo de 2014, que profirió la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades en el caso Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. contra Shirley Natalia Ávila Barrios. En esta oportunidad fueron controvertidos diversos negocios jurídicos que celebró Ávila Barrios durante su gestión como representante legal de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., entre ellos, (i) un contrato de prestación de servicios suscrito el 2 de febrero de 2013 entre Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., representada por Shirley Natalia Ávila Barrios, y Fredy Antonio Rodríguez Ardila, cónyuge de la administradora; (ii) diversos préstamos otorgados por la compañía a favor de Ávila Barrios, y (iii) múltiples operaciones celebradas por la administradora utilizando cupos de crédito de la sociedad. Al respecto, el Despacho abordó el régimen colombiano en materia de conflicto de intereses, donde reiteró que las operaciones viciadas de esta forma **no son per se contrarias al interés social**.

Así, indicó que “a pesar de que los negocios jurídicos viciados por conflictos de [intereses] pueden usarse para distraer recursos sociales, es perfectamente posible que tales operaciones le reporten importantes beneficios a la compañía. De ahí que las normas societarias que regulan la materia busquen evitar que estas operaciones se conviertan en simples instrumentos de expropiación, sin que se pierda la utilidad potencialmente derivada de la celebración de negocios entre sujetos vinculados”<sup>173</sup>, como es el caso de los grupos empresariales que “permiten la generación de mercados internos que suplen posibles deficiencias en el sistema financiero, la administración de justicia y el mercado laboral”<sup>174</sup> en las dinámicas que le son propias, dada su naturaleza jurídica y económica. Igualmente, la Entidad subrayó que el ordenamiento jurídico colombiano, tratándose de conflicto de intereses, combina mecanismos *ex ante* (autorización previa del máximo órgano social) y *ex post* (revisión judicial de las operaciones celebradas en conflicto de intereses

172 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 801-000035, p. 10.

173 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Mayo 14 de 2014). Sentencia n.º 800-000029. Proceso 2013-801-076. Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. contra Shirley Natalia Ávila Barrios. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza], p. 4.

174 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 800-000029, p. 3.

por el administrador), y recordó las vías judiciales disponibles para hacer efectivo este régimen especial, atendiendo a las circunstancias particulares<sup>175</sup>.

Bajo estos supuestos de hecho y de derecho, la Entidad encontró que, en el caso objeto de análisis, la celebración del contrato de prestación de servicios y los préstamos otorgados a favor de la demandada representaban un conflicto de intereses para ella, en su condición de administradora, sin que hubiera solicitado la anuencia del máximo órgano social, de acuerdo con el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Por su parte, la utilización de cupos de crédito de la sociedad para su beneficio personal sin relación con la gestión de los negocios de Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S., constituyeron una apropiación indebida de los recursos de la compañía y, por ende, la trasgresión del deber general de lealtad. Como Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. no solicitó que se declarara la nulidad de las operaciones controvertidas ni aportó suficientes elementos de juicio para permitir una tasación adecuada de los perjuicios sufridos, al Despacho solo le fue posible, mediante un dictamen pericial para su tasación, declarar el incumplimiento de los deberes de Ávila Barrios como administradora y condenarla al pago de los perjuicios sufridos por la sociedad.

Finalmente, vale enfatizar, al igual que la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, que:

Las normas que rigen las actuaciones de los administradores buscan promover un delicado equilibrio entre la autonomía con la que deben contar tales sujetos para conducir los negocios sociales y la responsabilidad que debe atribuírseles por el cumplimiento inadecuado de esa gestión. Este equilibrio parte de la denominada regla de la discrecionalidad ('business judgment rule'), por cuyo efecto los jueces suelen abstenerse de auscultar las decisiones que hayan adoptado los administradores en el ejercicio objetivo de su juicio de negocios. Este respeto judicial por el criterio de los administradores busca que tales funcionarios cuenten con suficiente discreción para asumir riesgos empresariales, sin temor a que su gestión administrativa sea juzgada, *a posteriori*, por los resultados negativos de sus decisiones.<sup>176</sup>

Por consiguiente, ante un eventual juicio de responsabilidad de un administrador social, el parámetro general aplicable es la regla de discrecionalidad (*business judgment rule*), y solo

175 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 800-000029, p.5.

"Por una parte, cuando en una reunión asamblearia se haya aprobado la celebración de un negocio jurídico al amparo del numeral 7 del artículo 23, existen al menos dos acciones que pueden intentarse ante las instancias judiciales. En primer lugar, será factible controvertir la decisión del máximo órgano social, conforme al régimen general de impugnación previsto en el Código de Comercio. En segundo lugar, podrá alegarse que la operación aprobada por los accionistas 'perjudic[a] los intereses de la sociedad', en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Claro que, en estos casos, al demandante le corresponderá la elevada carga probatoria de demostrar que la operación controvertida es perjudicial para la compañía, a pesar de haber sido aprobada por los principales interesados en proteger el patrimonio social.

De otra parte, cuando no se cuente con una autorización impartida válidamente por la asamblea general de accionistas, será posible comprometer, ante las instancias judiciales, la responsabilidad de los administradores sociales. Bajo esta hipótesis, los administradores se verán obligados a resarcir los perjuicios sufridos por la compañía o sus accionistas por virtud de la celebración de negocios jurídicos respecto de los cuales existió un conflicto de interés. Debe advertirse, además, que la presunción de culpa consagrada en el artículo 200 del Código de Comercio no exonera a los demandantes de la carga de demostrar la existencia de los perjuicios que le sirven de base a sus pretensiones indemnizatorias.

En la doctrina nacional también se ha señalado que la falta de autorización asamblearia puede dar lugar a la nulidad absoluta de los negocios jurídicos concernientes [...]. La posibilidad de acudir a las instancias judiciales para solicitar la nulidad absoluta de los negocios jurídicos contaminados por un conflicto de interés fue reconocida explícitamente en el Decreto 1925 de 2009, por cuya virtud se reglamentó el artículo 23 de la Ley 222 de 1995".

176 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 1.º de 2014). Sentencia n.º 800-000052. Proceso 2014-801-054. Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en Liquidación. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza], p. 2.

ciertas hipótesis en las que el juicio objetivo de un administrador social se ve comprometido justifican un escrutinio judicial, por ejemplo, actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de intereses<sup>177</sup>.

## 2. EL PROBLEMA DEL CONFLICTO DE INTERESES DE LOS ADMINISTRADORES EN EL RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS EN COLOMBIA

Sin perjuicio del copioso abordaje sobre los conflictos de intereses, el ordenamiento jurídico colombiano no contiene diferencias cuando acaecen en cabeza de los administradores de sociedades que forman parte de grupos empresariales o estructuras de control como matrices o como subordinadas, de conformidad con los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y 28 de la Ley 222 de 1995.

### 2.1. BREVE APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS EN COLOMBIA

En los términos del artículo 260 del Código de Comercio, “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”<sup>178</sup>. En consecuencia, aunque los integrantes de la estructura de control conservan su autonomía e independencia, su capacidad de decisión se encuentra sujeta a las determinaciones que adopte la matriz o la controlante, última que puede ser una persona natural, persona jurídica de naturaleza societaria o una persona jurídica de naturaleza no societaria<sup>179</sup>.

El artículo 261 del Código de Comercio establece unas presunciones de subordinación legales o *iuris tantum* y de carácter enunciativo, clasificadas por la doctrina especializada en internas o infra societarias y externas o extra societarias. Las primeras operan cuando la matriz tiene (i) la participación mayoritaria en el capital de la subordinada, superior al 50%, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de estas, y/o (ii) el derecho a emitir votos constitutivos de la mayoría (no el quórum) en el máximo órgano social<sup>180</sup>, o el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere. Por su parte, la segunda clasificación supone la celebración de un acto o negocio jurídico con la subordinada o con sus asociados que permite la influencia dominante de la matriz en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad, de modo que se puede limitar la

177 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Diciembre 11 de 2013). Sentencia n.º 801-000072. Proceso 2013-801-082. Aldemar Tarazona Monter, Lizardo Antonio Amaya Díaz y Rodolfo Antonio Rivera Rozo contra Alexander Ilich León Rodríguez. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza], p. 2.

178 Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.

179 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de septiembre de 2019. radicación interna n.º 2420, n.º único: 11001-03-06-000-2019-00094-00. [Consejero Ponente: Édgar González López].

180 En el oficio n.º 300-086611 del 12 de agosto de 2019, la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control (ahora “Delegatura de Supervisión Societaria”) aclaró que, en materia de control societario lo fundamental son las mayorías y no el quórum: “[a]sí por ejemplo, en las sociedades anónimas se exige para la deliberación de la asamblea, que se presente un número plural de accionistas que representen la mitad más una de las acciones suscritas, no obstante, **las decisiones se adoptan por la mayoría de las acciones presentes**. En consecuencia, un accionista titular de más del 50% de las acciones en esta clase de sociedades, no podrá desvirtuar válidamente el control argumentando simplemente la pluralidad exigida para la deliberación del máximo órgano social, puesto que lo fundamental es la posibilidad de imponer su voluntad en el momento de adoptar decisiones”. Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control. (Agosto 12 de 2019). Oficio n.º 300-086611, pp. 4 y 5.

voluntad independiente y autónoma de uno de los intervinientes, haciendo que uno se convierta en controlante y el otro en subordinado; este es el caso del contrato de franquicia<sup>181</sup>.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-510 del 9 de octubre de 1997, ante el estudio del párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, sobre la presunción de responsabilidad de la matriz de las situaciones de concordato o liquidación obligatoria de la subordinada, señaló que “pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos [refiriéndose a las presunciones de subordinación societaria del artículo 261 del Código de Comercio], 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”<sup>182</sup>. A la par, la Superintendencia de Sociedades, en sede administrativa, ha sido consistente en sostener que pueden existir diversas circunstancias que implican control societario y que no están consagradas en el artículo 261 del Código de Comercio. En otras palabras, que pueden hallarse varios mecanismos de control societario no previstos por el legislador, en o desde Colombia.

Lo fundamental aquí es determinar si alguien tiene la capacidad potencial de imponer sus decisiones en los órganos de dirección o de administración de las subordinadas, sin perjuicio de que los extremos de la relación de control societario conserven sus atributos y obligaciones propios<sup>183</sup>. Por esta razón, es necesario estudiar cada escenario en particular para determinar la configuración de una situación de control. Estas apreciaciones fueron recogidas por la Superintendencia de Sociedades en la Circular Externa n.º 100-000003 del 26 de marzo de 2021, mediante la cual se expidió el Plan de Normalización del Registro de Situaciones de Control y Grupos Empresariales, con el propósito de promover el cumplimiento del deber legal de revelación consagrado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, y los principios de transparencia y de publicidad. Sobre el particular, el documento destaca la necesidad de conocer la verdadera matriz, que puede estar conformada por uno o varios entes (control individual o conjunto), de conformidad con los lineamientos de la comunidad internacional sobre “**beneficiarios finales**”, en los que se incorpora el concepto de control societario<sup>184</sup>.

Otra de las innovaciones de la Ley 222 de 1995 es la introducción de la figura de los grupos empresariales en Colombia. Para los efectos, el legislador determinó que habrá grupo empresarial cuando, además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades que lo conforman unidad de propósito y dirección, la cual supone la persecución de un objetivo determinado por

181 Montiel Fuentes, Carlos Mario, “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”, *Revista e-Mercatoria*, 2009, 8, (1), pp. 16 y 17, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2038/1825>, consulta de 22 de marzo de 2022.

182 Corte Constitucional. Sala Plena. (Octubre 9 de 1997). Sentencia C-510. Expediente D-1635. [Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo].

183 Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, pp. 47 y 48.

184 En criterio del Consejo de Estado “en la disciplina financiera el concepto de control societario hace parte de la definición más amplia de beneficiario final y, por lo tanto, contribuye a contrarrestar las prácticas ilegales de evasión fiscal, lavado de activos y financiación del terrorismo”. (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de septiembre de 2019. Radicación interna n.º 2420, n.º único: 11001-03-06-000-2019-00094-00. [Consejero Ponente: Edgar González López], p. 11).

la matriz en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, llevando a cabo actuaciones u operaciones para su obtención. Este elemento “establece cuál debe ser la organización económica del grupo, el direccionamiento de los sujetos agrupados, así como la alianza económica de las entidades jurídicas, la cual se basa en la administración central”<sup>185</sup>. Su manifestación puede darse, entre otros aspectos, con la presencia de administradores comunes, la integración vertical u horizontal de procesos productivos o de servicios, con políticas comunes establecidas por la controlante<sup>186</sup> (verbigracia, políticas jurídicas, contables y administrativas verificables por diversos medios de prueba) y con el relacionamiento de las vinculadas en contratos de diversa índole, como el mutuo, la maquila, la franquicia, la prestación de servicios, el arrendamiento, etcétera.

Entre los efectos de los grupos empresariales y las situaciones de control suelen destacarse (i) el deber de inscripción en el registro mercantil de la respectiva situación de control o de grupo empresarial, a cargo de la matriz o de la controlante<sup>187</sup>, dentro de los treinta días siguientes a su configuración; (ii) la preparación y presentación de un informe especial por los administradores de la matriz y las subordinadas al máximo órgano social<sup>188</sup>, en los casos de grupo empresarial<sup>189</sup>; (iii) la preparación y difusión de estados financieros de propósito general consolidados<sup>190</sup>; (iv) la prohibición de imbricación, es decir, de participación de la subordinada en el capital de su matriz o controlante<sup>191</sup>; (v) la posibilidad de comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre vinculadas<sup>192</sup>; (vi) el tratamiento especial previsto para el pago del dividendo en acciones o cuotas liberadas<sup>193</sup>; (vii) la posibilidad de coordinar los procesos de insolvencia de varios deudores vinculados entre sí por su carácter de matrices o subordinadas<sup>194</sup>, y (viii) la responsabilidad subsidiaria de la matriz por la obligaciones de las subordinadas en situación de insolvencia cuando haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones derivadas de la situación de control, lo cual se presume<sup>195</sup>.

## 2.2. TRATAMIENTO DEL CONFLICTO DE INTERESES DE LOS ADMINISTRADORES EN EL RÉGIMEN DE MATRICES Y SUBORDINADAS EN COLOMBIA

En la Resolución n.º 301-000691 del 25 de febrero de 2015 de la Dirección de Supervisión de Sociedades de la Superintendencia de Sociedades, confirmada en todas sus partes por la Resolución n.º 300-002169 del 23 de junio de 2015 de la Delegatura para Inspección, Vigilancia y

185 Cubillos Garzón, Camilo Enrique, *La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 51.

186 Gaitán Rozo, *Grupos empresariales*, p. 69.

187 Ley 222 de 1995. Artículo 30.

188 El informe especial es un “documento que deberá contener, con el mismo ánimo de publicidad y tutela, todas y cada una de las relaciones económicas entre los miembros del grupo empresarial, entendido no solo como las personas jurídicas o naturales que lo integran sino también la de socios o accionistas que pueden conformar estas matrices, filiales y subsidiarias, que hacen parte del grupo empresarial”. (Cubillos Garzón, Camilo Enrique, “Parámetros a seguir de los grupos empresariales. Sistemas anglosajón y continental”, *Revista e-Mercatoria*, 2007, 6, (1), pp. 15 y 16, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2068>, consulta de 22 de marzo de 2022).

189 Ley 222 de 1995. Artículo 29.

190 Ley 222 de 1995. Artículos 35 y siguientes.

191 Código de Comercio. Artículo 262.

192 Código de Comercio. Artículo 265.

193 Código de Comercio. Artículo 455.

194 Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494, artículo 12 y demás disposiciones complementarias.

195 Ley 1116 de 2006. Artículo 61 y demás disposiciones complementarias.

Control de la misma Entidad, se le impuso una multa al liquidador de Farben S.A., por celebrar un contrato de arrendamiento comercial y un contrato de compraventa de un camión con Handler S.A.S., constituida por Liliana Castillo Bautista y Omar Fernando Martínez Lozano, accionistas y anteriores administradores de Farben S.A., sin la autorización previa del máximo órgano social, de conformidad con el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. En este evento, el Despacho identificó un conflicto de intereses del liquidador, Edisson Emir Hernández, respecto del único oferente (Handler S.A.S.), pues se trataba de una sociedad constituida por quienes lo habían designado a él en el cargo de liquidador. Recalcó, además, que debió abstenerse de celebrar esas operaciones y consultarlo con la asamblea general de accionistas para que evaluara la conveniencia y, si era procedente<sup>196</sup>, impartiera la autorización. A su turno, la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control, en la Resolución n.º 300-002169 del 23 de junio de 2015, precisó:

Cuando un accionista o grupo de accionistas en una sociedad tomó parte decisiva (por tener la mayoría accionaria requerida para el efecto sin requerir el apoyo de terceros), en la elección de un administrador y a su vez dicho grupo de accionistas tiene la mayoría accionaria requerida para removerlo (sin requerir el apoyo de terceros), dicho administrador se encuentra en una situación verdaderamente comprometedor, pues su permanencia en el cargo de administrador se encuentra completamente en manos de dicho accionista o grupo de accionistas, de tal manera que la celebración de actos o contratos con estas personas, o sociedades controladas por estos, comprometen su juicio y discernimiento, al igual que sufre menoscabo su capacidad de cumplir con los deberes y funciones propios de su cargo.

En verdad, si el administrador, por cuenta de la sociedad, pretende celebrar un acto o contrato con dicho accionista o accionistas, o con sociedades que éste o éstos controlan, el administrador, sin duda, se encuentra en una situación en la que su juicio y discernimiento se ven comprometidos, toda vez que los intereses de la sociedad que administra y los de la sociedad que dichos accionistas controlan son contrapuestos y por consiguiente, si en el proceso de negociación y celebración del acto defiende o hace prevalecer los intereses de la sociedad que administra frente a los de la contraparte, existe la posibilidad de que en respuesta a tal proceder sea removido del cargo por los accionistas que tienen tal poder de removerlo y a su vez son controlantes de la otra parte del acto o contrato.<sup>197</sup>

La controversia por los negocios jurídicos celebrados entre Farben S.A. y Handler S.A.S. también tuvo impacto en sede jurisdiccional. Por ello, en la Sentencia n.º 800-000142 del 9 de noviembre de 2015 de la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, la Entidad analizó, entre otros aspectos, la conducta del liquidador de Farben S.A. por la suscripción del contrato de arrendamiento al que se hizo alusión y por la enajenación de diversos activos fijos de la compañía. En una versión más amplia de los hechos que dieron origen al pleito se comenta que “tanto los demandantes como los demandados presentaron propuestas a BASF Química Colombiana S.A. para que les adjudicaran el contrato de distribución que Farben

196 Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Sociedades. (Febrero 25 de 2015). Resolución n.º 301-000691. Expediente 42313. [Directora de Supervisión de Sociedades: María Elvira Tamayo Jaramillo], p. 6.

197 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control. (Junio 23 de 2015). Resolución n.º 300-002169. Expediente 42313. [Superintendente Delegado para Inspección Vigilancia y Control: Andrés Alfonso Parías Garzón], p. 2.

S.A. había ejecutado por más de una década”<sup>198</sup>, donde resultó seleccionada Handler S.A.S. “Una vez disuelta Farben S.A. y adjudicado el referido contrato de distribución a favor de Handler S.A.S., el liquidador de aquella sociedad inició las gestiones requeridas para cumplir con el trámite de liquidación privada regulado en los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio. En el curso de este proceso, el liquidador celebró diversas operaciones con Handler S.A.S., incluida la transferencia, a favor de esta última compañía, de los inventarios remanentes de Farben S.A.”<sup>199</sup>.

En esta oportunidad, el Despacho acogió la postura de la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control, es decir, que **la celebración de negocios jurídicos entre matrices o controlantes y subordinadas o subordinadas entre estas con una misma matriz o controlante representa conflictos de intereses para los administradores que participan en ellos**. De acuerdo con esta visión, complementa el Despacho, es posible que en virtud de la ascendencia de la matriz o la controlante sobre la sociedad subordinada extraiga prerrogativas económicas inmerecidas (por ejemplo, en cuanto al precio o las condiciones en que haya de celebrarse la operación) o ejerza su potestad de remoción de los administradores en cualquier momento, entre otros, lo que concretan los conflictos de intereses y deviene en la aplicación del trámite de revelación y autorización establecido en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Este criterio lo tuvo en cuenta para advertir un conflicto de intereses del liquidador de Farben S.A., Edisson Emir Hernández, en la celebración de los contratos con Handler S.A.S., sin cumplir con el trámite de autorización previa por el máximo órgano social.

En este orden de ideas, la Entidad explicó que el administrador debía celebrar las operaciones cuestionadas bajo condiciones que favorecieran a Farben S.A. y, al mismo tiempo, contaba con importantes incentivos para proteger los intereses económicos contrapuestos de Liliana Castillo Bautista y Omar Fernando Martínez Lozano<sup>200</sup>, controlantes conjuntos de las sociedades. Por tal motivo, la Delegatura declaró la nulidad de todos los actos y contratos que permitieron la distracción de los recursos sociales de Farben S.A. hacia Handler S.A.S. por la violación de lo previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 y el Decreto 1925 de 2009, le ordenó a Handler S.A.S. que le restituyera a Farben S.A. las ganancias obtenidas a partir de la celebración de las operaciones viciadas por conflictos de intereses y la tenencia sobre el bien inmueble objeto de arrendamiento. Es propicio anotar que, tiempo después, en sede administrativa, mediante la Resolución n.º 301-005071 del 30 de julio de 2019, la Dirección de Supervisión de Sociedades le impuso una multa al liquidador de Farben S.A., en esta ocasión, por contratos de compraventa que suscribió con Handler S.A.S., en conflicto de intereses para el año 2014, sin el consentimiento del máximo órgano social<sup>201</sup>.

La orientación descrita sobre conflictos de intereses entre partes vinculadas en un grupo empresarial o en un esquema de control societario fue reiterada en los autos n.ºs 800-015314 del 12

198 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Noviembre 9 de 2015). Sentencia n.º 800-000142. Proceso n.º 2014-801-099. Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edisson Emir Hernández. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza], p. 3.

199 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 800-000142, p. 3.

200 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 800-000142, p. 10.

201 Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Sociedades. (Julio 30 de 2019). Resolución n.º 301-005071. Expediente 42313. [Director de Supervisión de Sociedades: Camilo Armando Franco Leguizamo].

de noviembre de 2015<sup>202</sup> y 800-006317 del 25 de abril de 2016<sup>203</sup>, en la Sentencia n.º 800-000094 del 3 de octubre de 2017<sup>204</sup> y en la Resolución n.º 301-008582 del 9 de diciembre de 2021<sup>205</sup>. Asimismo, fue validada recientemente por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades que arguyó que “cuando un administrador va a celebrar una operación en conflicto de intereses con un accionista único o controlante, es necesario que acuda a la asamblea de accionistas, pues la competencia de la asamblea como órgano social no desaparece por el hecho de que exista accionista único o controlante. El pronunciamiento formal de este órgano es indispensable para separar los actos de la sociedad de los actos de sus administradores y de su controlante, en beneficio de la sociedad y de los terceros interesados”<sup>206</sup>.

Si bien, esta perspectiva está alineada con uno de los eventos de posible conflicto de intereses que dispone la Circular Externa n.º 100-000008 del 12 de julio de 2022, a saber, la celebración de operaciones por el administrador con personas naturales o jurídicas con las cuales tenga una relación de dependencia, es oportuno que se revise la posición actual de la Superintendencia de Sociedades porque no en todos los eventos los administradores de compañías que forman parte de un grupo empresarial o de una estructura de control pueden ver comprometido su juicio objetivo. Por ejemplo, si Juan y María son controlantes conjuntos de las sociedades ABCD S.A.S. y EFGH S.A.S., cuyos representantes legales son Hugo y Santiago, en su orden, y Hugo, en calidad de representante de legal de ABCD S.A.S. pretende celebrar un contrato de suministro con Santiago, en condición de representante legal de EFGH S.A.S., no por ello hay un conflicto de intereses constatable; diferente sería el caso en el que el mismo negocio jurídico se pretenda celebrar entre ambas sociedades y Hugo actuara como su representante legal.

En este sentido, **la sola presencia de un grupo empresarial o de una situación de control no puede implicar, per se, la configuración de un conflicto de intereses para los administradores de sociedades que forman parte de estos esquemas corporativos y que pretenden celebrar operaciones entre ellas.** En la práctica, resulta excesivamente problemático para los administradores de empresas que forman parte de conglomerados la obligación de solicitar la autorización de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 en todos los eventos solo por estar sometidos a un control común. De esta forma, los autores consideran que debe distinguirse entre los administradores que actúan simultáneamente en dos o más compañías y los que solo tienen vinculación con una, sin que existan otros factores que puedan indicar un conflicto de intereses. Entender que el solo hecho de contar con unos controlantes comunes implica la necesidad de acudir al trámite de autorización referido, en la realidad constituye un riesgo y una inseguridad para las empresas.

202 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Noviembre 12 de 2015). Auto n.º 800-015314. Proceso 2015-800-226. Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].

203 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Abril 25 de 2016). Auto n.º 800-006317. Proceso 2016-800-98. Luis Helí Tovar & Cía. S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza].

204 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Octubre 3 de 2017). Sentencia n.º 800-000094. Proceso 2015-800-226. Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas. [Superintendente Delegada para Procedimientos Mercantiles: Catalina Guño Español].

205 Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. (Diciembre 9 de 2021). Resolución n.º 301-008582. Expediente 90997. [Director de Supervisión Empresarial: Camilo Armando Franco Leguizamón].

206 Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Diciembre 30 de 2019). Oficio n.º 220-178947, p. 9.

Han sido diversas las propuestas para modificar el régimen vigente en los escenarios enunciados, verbigracia, los artículos 24 del Proyecto de Ley n.º 070 de 2015<sup>207</sup> y 16 del Proyecto de Ley n.º 002 de 2017<sup>208</sup> contemplaron, en términos generales, que las sociedades que formaran parte de un grupo empresarial inscrito en el registro mercantil, en concordancia con el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, podían celebrar negocios y contratos sin sujeción al procedimiento de autorización previa, siempre y cuando (i) estuvieran dentro del giro ordinario de los negocios de las sociedades; (ii) se celebraran a título oneroso; (iii) no dieran lugar a un desequilibrio financiero en las relaciones crediticias entre las sociedades participantes en la operación; y (iv) no pusieran en riesgo la capacidad de la sociedad para cumplir de manera oportuna con el pago corriente de sus obligaciones, sin dejar de lado la indemnización para los asociados minoritarios que hubieren sufrido perjuicios como consecuencia de las operaciones descritas<sup>209</sup>. Cabe resaltar que, de esta disposición especial, se excluyeron las situaciones de control, como puede verse al consultar los artículos 23 y 15 de los proyectos de reforma, respectivamente.

Como parte del ejercicio de planeación estratégica institucional 2018-2022 de la Superintendencia de Sociedades, también se discutieron algunos ajustes en materia de conflictos de intereses para los administradores, devenidos de actos y negocios jurídicos celebrados **entre sociedades** que pertenecen a un mismo grupo empresarial o que están vinculadas en una situación de control. Aunque, a la fecha, el texto resultante no ha sido presentado formalmente ante el Congreso de la República, supone una flexibilidad en el tratamiento de estas operaciones, pues crea una excepción al procedimiento de autorización previa (i) cuando la matriz sea titular, directa o indirectamente, del 100% del capital de las subordinadas y (ii) se halle inscrita la situación de control o de grupo empresarial en el registro mercantil.

Empero, existe un margen de duda en los proyectos de reforma mencionados sobre los escenarios de suscripción de negocios jurídicos entre matrices o controlantes que no revistan la condición de personas jurídicas societarias (verbigracia, personas naturales) y sus subordinadas, que en posición actual y consistente de la Superintendencia de Sociedades implicaría acudir al máximo órgano social para lo respectivo<sup>210</sup>. Sobre este punto, piénsese en la prosperidad del proyecto de reforma al régimen de sociedades y que, en un escenario hipotético Pedro ejerce control sobre HIJK S.A.S., porque tiene el 100% de participación en el capital, situación debidamente inscrita en el registro mercantil. Si Pedro desea celebrar un contrato de prestación de servicios con HIJK S.A.S. por tratarse de una operación entre una persona natural ‘controlante’ y la sociedad ¿debe solicitarle autorización al máximo órgano social para participar en esta o se encuentra exento bajo las reformas introducidas? De requerirse el consentimiento de la asamblea general de accionistas, Pedro, en su condición de accionista y controlante, ¿no estaría actuando en conflicto de intereses al conocer de tal autorización previa? Es algo que no deja de ser controversial y, aún en el régimen vigente, sigue sin una respuesta cierta y absoluta.

207 Proyecto de Ley 070 de 2015. Por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Agosto 12 de 2015.

208 Proyecto de Ley 002 de 2017. Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Julio 20 de 2017.

209 Proyecto de Ley n.º 002 de 2017. Artículo 16.

210 Superintendencia de Sociedades. Oficio n.º 220-178947.

A pesar de que los proyectos de Ley n.ºs 070 de 2015 y 002 de 2017 no prosperaron, esto no ha sido impedimento para que haya ciertos debates y avances en este campo, particularmente tratándose de las consideraciones que se han efectuado sobre la ratificación de operaciones viciadas por un conflicto de intereses y las autorizaciones generales, ambas provenientes de la asamblea general de accionistas o la junta de socios, según el caso.

### 2.3. LA RATIFICACIÓN DE OPERACIONES VICIADAS POR UN CONFLICTO DE INTERESES

En relación con la autorización de que trata el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, después de celebrar operaciones viciadas por un conflicto de intereses, la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades consideró que es **coherente con las reglas previstas en materia de saneamiento de la nulidad por ratificación**. En efecto, el Despacho afirmó que:

No encuentra objeción alguna para que la autorización exigida por el numeral 7 se imparta con posterioridad al perfeccionamiento de un contrato viciado por un [conflicto de intereses]. Aunque esta hipótesis no ha sido consagrada expresamente en la ley, la posibilidad de emitir autorizaciones *ex post* es coherente con las reglas previstas en nuestro ordenamiento en materia de saneamiento de la nulidad absoluta por ratificación [...]. [P]ara que pueda sanearse la nulidad absoluta derivada de la violación del régimen de [conflicto de intereses], la ratificación que se haga deberá ir acompañada de la autorización de la asamblea general de accionistas, impartida en los términos del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222.<sup>211 212</sup>

En el caso objeto de estudio, sin embargo, ante el análisis de múltiples contratos suscritos entre: (i) Rafael Uribe Toro con Servisurco S.A., en los que para la fecha de su perfeccionamiento revistió la calidad de administrador de la compañía y (ii) Rafael Uribe Toro, como representante legal de Servisurco S.A., con sociedades en las que detentaba una participación en el capital, el Despacho corroboró que los accionistas de Servisurco S.A. dejaron constancia expresa en las actas de las reuniones sociales de que **no estaban debatiendo la autorización establecida en el precepto normativo referido**, por lo que no se cumplieron los requisitos para el saneamiento por ratificación de la nulidad en cuestión. Adicionalmente, enfatizó que, aunque aceptara la hipótesis de la ratificación alegada, la autorización resulta improcedente cuando la operación presentada ante el máximo órgano social “perjudique los intereses de la sociedad”, por lo que

211 Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Abril 12 de 2016). Sentencia 800-000026. Proceso 2014-801-164. Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro. [Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles: José Miguel Mendoza], p. 3.

212 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 800-000026, p. 10, nota al pie 14: “Podría pensarse que la nulidad absoluta analizada en el texto principal proviene de la causal consagrada en el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio, vale decir, la violación de normas imperativas. Así, pues, al no tratarse de una nulidad atada a la ilicitud del objeto o de la causa, podría invocarse el saneamiento por ratificación a que aluden los artículos 1742 y 1752 del Código Civil. Claro que esta interpretación parte de la idea de que, bajo el régimen del Código de Comercio, la violación de normas imperativas no es equiparable a la ilicitud del objeto, como sí ocurre en el Código Civil. Tal postura encuentra fundamento en el texto del artículo 899, en el cual se distingue entre la nulidad absoluta derivada de la infracción de normas imperativas (num. 1) y aquella atada al objeto ilícito (num. 2). No sobra advertir que esta diferenciación ha sido ampliamente criticada en la doctrina local. Para Ospina Fernández, el citado artículo 899 distingue ‘entre el quebranto de la ley imperativa y el objeto ilícito. Esta diferenciación, traída del Código italiano (art. 1418), implica un desconocimiento de lo que siempre se ha entendido por objeto ilícito [...]’ (G Ospina Fernández y E Ospina Acosta, Teoría general del contrato y del negocio jurídico (2000, 6ª ed., Editorial Temis, Bogotá) 495.”

buena parte de las operaciones cuestionadas no eran susceptibles de ser convalidadas *ex post* por la asamblea general de accionistas de la compañía<sup>213</sup>.

En sede administrativa, el Coordinador del Grupo de Soborno Transnacional e Investigaciones Especiales de la Superintendencia de Sociedades hizo un examen de las operaciones comerciales realizadas entre miembros de un mismo grupo empresarial, esto es, entre la Organización Empresarial NRC S.A. con Aurora Eusse de Rodríguez y Noel Rodríguez Cubides, accionistas de la compañía y familiares de los administradores; así como entre la Organización Empresarial NRC S.A. con Quick and Tasty - Rápidos y Sabrosos de Colombia S.A.S. y Agroindustriales del Oeste S.A.S., en las que Eliana Andrea Rodríguez Eusse era también la representante legal. **Todas las operaciones fueron ratificadas por la asamblea general de accionistas de la Organización Empresarial NRC S.A.** En este asunto, el Despacho estimó que la información contable, financiera, administrativa y jurídica incorporada en la investigación no dio cuenta de que las operaciones efectuadas con conflicto de intereses generaran un impacto negativo para las compañías subordinadas<sup>214</sup>.

Al contrario, los negocios jurídicos representaron una ventaja, eliminando el aparente perjuicio causado a las sociedades subordinadas o a los socios por efecto de una compensación por las sinergias propias del grupo empresarial. Igualmente, afirmó que “si la ley exige la autorización del máximo órgano social, con el fin de evitar los posibles perjuicios a la sociedad, a los socios y terceros interesados, parece apenas lógico que, si aquella proviene aún *ex post* por los accionistas o socios probablemente afectados, no existe una razón válida para desconocer su voluntad”<sup>215</sup>. En consecuencia, al constatar la ratificación expresa por el máximo órgano social de Organización Empresarial NRC S.A., sobre las operaciones en conflicto de intereses e identificar que las mismas no perjudicaron a las sociedades, los accionistas y terceros, **encontró válida la ratificación posterior.**

La Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades fue consonante con las posiciones descritas en el Oficio n.º 220-060391 del 5 de junio de 2019. Así, advirtió que un acto o contrato celebrado por un administrador en conflicto de intereses sin la autorización previa del máximo órgano social queda viciado de nulidad por violar una norma imperativa que exige un requisito adicional para su perfeccionamiento, de conformidad con el numeral 1 del artículo 899 del Código de Comercio<sup>216</sup>. Sin embargo, es **posible invocar el saneamiento de la nulidad por ratificación, en los términos de los artículos 1742<sup>217</sup> y 1752<sup>218</sup> del Código Civil.** En otras palabras, la autorización a la que se refiere el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995

213 Superintendencia de Sociedades. Sentencia n.º 800-000026, p. 11.

214 Organización Empresarial NRC S.A., Quick and Tasty Rápidos y Sabrosos de Colombia S.A.S. y Agroindustriales del Oeste S.A.S.

215 Superintendencia Sociedades. Grupo de Soborno Transnacional e Investigaciones Especiales. (Septiembre 1 de 2016). Resolución n.º 203-003251 Expediente n.º 28484. [Coordinador del Grupo de Soborno Transnacional e Investigaciones Especiales: Enrique Mercado Idárraga], p. 11.

216 Artículo 899. Nulidad absoluta. “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1) **Quando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa** [negrita y subrayado fuera de texto];

2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y

3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”.

217 Artículo 1742. Obligación de declarar la nulidad absoluta. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. **Quando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria** [negrita y subrayado fuera de texto]”.

218 Artículo 1752. Saneamiento de la nulidad por ratificación. “La ratificación necesaria para sanear la nulidad cuando el vicio del contrato es susceptible de este remedio, puede ser expresa o tácita”.

se puede otorgar luego de la suscripción de operaciones viciadas por un conflicto de intereses, logrando el saneamiento de la nulidad por ratificación.

En todo caso, subrayó que “[p]ara que el saneamiento de la nulidad sea efectivo, se debe cumplir rigurosamente el procedimiento establecido en la disposición anteriormente citada para obtener la autorización del máximo órgano social, autorización que, además, de ninguna manera puede perjudicar los intereses de la sociedad [...]. El saneamiento de la nulidad no supone la ratificación, por el máximo órgano social, del acto o contrato de que se trate en sí mismo considerado, sino el cumplimiento a posteriori de uno de los requisitos que de manera imperativa se debió acreditar antes de su celebración, para su debido perfeccionamiento”<sup>219</sup>.

No obstante, una parte de la doctrina local estima que si bien el artículo 899 del Código de Comercio distingue entre la nulidad por contrariar una norma imperativa y la nulidad por causa u objeto ilícito, los artículos 16<sup>220</sup> y 1519<sup>221</sup> del Código Civil, aplicables al Estatuto Mercantil por remisión del artículo 822<sup>222</sup>, permiten concluir que **la nulidad por objeto ilícito surge por vulnerar una norma imperativa**. De este modo, la contravención del numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 vicia la operación subyacente por objeto ilícito y no se puede sanear con la ratificación. Luego, al tratarse de una norma imperativa de la que no es posible sustraerse, las partes no pueden derogarla al momento de contratar (mediante cláusulas) ni con posterioridad (mediante ratificaciones)<sup>223</sup>.

En línea con este argumento, el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias contractuales entre Nelly Beatriz Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza, parte convocante, y CSS Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte, parte convocada, dijo que se permite “**autorizar**” *ex post* una operación incurrida en conflicto de intereses por privilegiar el interés de la sociedad, siempre que se reúnan los requisitos desarrollados en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. A su vez, el Despacho mencionó: “se habla de autorización posterior, no de ratificación de autorizaciones ya otorgadas, pues si las mismas no cumplieron en su oportunidad con tales exigencias legales, y la decisión o acto respectivo, como hoy se decreta, es decretado [*sic*] nulo, mal puede ratificarse un acto nulo absolutamente por objeto ilícito, no saneable por su misma naturaleza. Lo que la doctrina permite es obtener tal autorización, con posterioridad, reuniendo eso sí todos los requisitos legales que, en su oportunidad, no se obtuvieron”<sup>224</sup>.

219 Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Junio 5 de 2019). Oficio n.º 220-060391, pp. 8 y 9.

220 Derogatoria normativa por convenio. “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”.

221 Objeto ilícito. “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

222 Aplicación del Derecho Civil. “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”.

223 Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887, artículo 1742.

224 Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 4 de marzo de 2019. Radicado 5305. Nelly Beatriz Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte. [Presidenta del Tribunal de Arbitraje: Eugenia Barraquer Sourdis], p. 153.

Entonces, a pesar de la controversia que podría suscitar, esta parece ser una alternativa que viene haciendo carrera en sede administrativa y jurisdiccional para solucionar algunas de las problemáticas que plantea el tratamiento de los conflictos de intereses de los administradores en Colombia, pero no es la respuesta ideal.

## 2.4. LAS AUTORIZACIONES GENERALES

No se puede perder de vista lo concerniente a las autorizaciones generales, alternativa a la que podrían acudir los vinculados en grupos empresariales o situaciones de control. Las autorizaciones generales parten del supuesto de que las sociedades que forman parte estos esquemas corporativos identifiquen las operaciones comunes que celebran entre ellas, atendiendo a su **naturaleza, cuantía y objeto**, con el propósito de que la asamblea general de accionistas o la junta de socios imparta su aval para que los administradores participen en su suscripción y ejecución, sin necesidad de recurrir *a posteriori* al trámite previsto en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 por cada negocio jurídico. Esto no obsta para que, en los estatutos sociales sea posible incorporar cláusulas sucintas y detalladas con la identificación plena de este tipo de operaciones, por ejemplo, en el acápite de facultades y limitaciones de los órganos de administración, evitando las reuniones sociales o limitando la frecuencia con que se aborden estos puntos en las mismas.

Darío Laguado Giraldo y Tomás Holguín Mora describen adecuadamente esta propuesta:

Podría pensarse en el uso de la figura de un ‘blanket authorization’ por parte de la asamblea de accionistas. Esta propuesta funcionaría de la siguiente manera: si una sociedad es parte de un grupo empresarial muy probablemente conoce y puede anticipar el tipo de contratos que celebra en el giro ordinario de sus negocios con su casa matriz o con las empresas que hacen parte del mismo grupo empresarial. Aprovechando este conocimiento podría ponerse a consideración de la asamblea de accionistas una autorización previa de dichas operaciones sujetas a un marco de autorización general cuyo propósito sería asegurar, en general, que estas son operaciones que no perjudican los intereses de la sociedad contratante y de los accionistas ajenos al grupo. Elementos que pueden estructurar este marco de autorización general pueden ser: (i) límites de cuantía para cada operación; (ii) la exigencia de que la operación se celebre en condiciones de mercado; (iii) que se trate de operaciones dentro del giro ordinario del negocio y no de naturaleza excepcional, etc.<sup>225</sup>

La Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Sociedades rechazó esta posibilidad a través del Oficio n.º 220-178947 del 30 de diciembre de 2019. En su criterio, le impiden al máximo órgano social el ejercicio de sus competencias en el debido proceso para tramitar el conflicto de intereses, posición que, igualmente, vale la pena que sea revisada por las consideraciones expuestas<sup>226</sup>.

225 Laguado Giraldo, Darío y Holguín Mora, Tomás, “La regulación de los conflictos de intereses en el derecho societario colombiano”, en Laguado Giraldo, Darío (Coord.), en *Derecho societario contemporáneo. Artículos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021, p. 276.

226 Superintendencia de Sociedades. Oficio n.º 220-178947.

## 2.5. CONFLICTOS DE INTERESES EN GRUPOS DE EMPRESAS FAMILIARES

Reviste especial relevancia lo concerniente al manejo de los conflictos de intereses en los casos de conglomerados de control familiar. Como se ha reconocido en varias investigaciones publicadas por la Superintendencia de Sociedades, es evidente la gran importancia de las empresas familiares en la conformación de los conglomerados tanto en Colombia como en el mundo:

La operación de negocios por parte de las familias que se proyectan en el ámbito societario tiene un efecto importante en el universo de los grupos económicos y empresariales. Ocurre con frecuencia que el crecimiento de la actividad empresarial, realizada por familias, lleva a que éstas constituyan y controlen una pluralidad de sociedades, con el ánimo de desarrollar esquemas de integración horizontal o vertical, buscar la optimización de los recursos, disminuir los riesgos o por otros motivos. Esas organizaciones grupales han sido reguladas de manera especial por la Ley 222 de 1995, en particular en lo relacionado con el control ejercido por personas naturales y el denominado control conjunto.<sup>227</sup>

Sobre el particular, señala la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI):

Los lazos de parentesco suponen un factor de conexión interna importante en los grupos de empresas; puede ocurrir, por ejemplo, que los miembros más importantes de la familia y sus allegados pertenezcan a la junta directiva de la sociedad matriz y que los miembros de esa junta formen parte de las juntas directivas de otras empresas del grupo, creándose así un denso tejido rector familiar entre las empresas del grupo que permite que la familia mantenga el control sobre el grupo. Por ejemplo, el organigrama de un gran grupo de la India muestra una intrincada red de cargos rectores compartidos entre la sociedad matriz y las 45 empresas del grupo.<sup>228</sup>

En la actividad de las empresas familiares es habitual que se presenten operaciones que impliquen conflictos de intereses para los administradores (con frecuencia miembros de la familia propietaria). Por ejemplo, la contratación laboral de los hijos del gerente, el otorgamiento de préstamos a los asociados, la realización de negocios con empresas del mismo grupo, la contratación como proveedores de miembros de la familia, el otorgamiento de garantías a favor de personas de la familia, etcétera. Además de la dificultad para convocar al máximo órgano social para impartir las autorizaciones correspondientes, puede ocurrir que todos los socios o accionistas estén implicados en la operación, como el caso de una sociedad en la que los padres son los únicos accionistas, tienen la calidad de gerente y subgerente y pretenden celebrar un contrato laboral suscrito por los dos, uno como representante de la sociedad y el otro como trabajador. En este caso, las únicas personas que integran la asamblea general de accionistas, órgano que debe impartir la autorización cuando hay conflictos de intereses, a la vez están incurso en el conflicto de intereses.

227 Gaitán Rozo, Andrés y Castro Velasco, Danilo, *Sociedades de familia en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2001. p. 131.

228 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia. Tercera parte*. Grupo de Trabajo V. 8º periodo de sesiones. Nueva York, 2010.

Sería conveniente introducir en la legislación mercantil una regulación especial en materia de conflictos de intereses para esta clase de organizaciones, en la medida en que tienen características que las diferencian significativamente de otras formas asociativas. En las empresas familiares concurren tres dimensiones relevantes: empresa, familia y propiedad. Esta realidad implica, en la práctica, un relacionamiento entre socios muy diferente al que distingue a las sociedades que no son de control familiar y un sistema especial de riesgos y de instrumentos de gobierno corporativo, en particular, los protocolos de familia y los acuerdos de accionistas.

Una alternativa sería establecer en la ley que a los administradores que sean miembros de la familia controlante no se les aplique el procedimiento indicado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 cuando todos los asociados hayan celebrado un acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, en el que se regulen, por lo menos, los siguientes temas: criterios para celebrar actos y negocios con miembros de la familia o con entidades controladas por ellos; procedimiento para la vinculación laboral de familiares; préstamos a asociados; otorgamiento de garantías, y restricciones para atender temas personales con recursos de la empresa. Estos acuerdos no deberían tener una duración superior a los cinco (5) años, salvo que por unanimidad los accionistas decidieran prorrogarlos. Por supuesto, en ningún caso estarían permitidos los actos que se realicen en perjuicio de la sociedad. Adicionalmente, los administradores deberían incluir en el informe de gestión (del que trata el artículo 47 de la Ley 222 de 1995) una relación detallada de las operaciones realizadas con miembros de la familia o con entidades controladas por ellos, indicando, como mínimo, las personas involucradas, el objeto y la cuantía.

En todo caso, con la legislación vigente es posible aprovechar los protocolos de familia<sup>229</sup> y los acuerdos de accionistas para introducir reglas claras sobre el manejo de los conflictos de intereses, sin perjuicio de cumplir con el procedimiento señalado en el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995. Al respecto, en el texto *Administradores en empresas familiares* se realiza el siguiente análisis:

En los últimos años se ha insistido en la importancia de los protocolos de familia como procesos que pueden contribuir significativamente para alcanzar los dos objetivos principales en el ámbito de las empresas familiares: su perdurabilidad y conservar la unidad familiar.

Los protocolos de familia, entendidos como esos grandes acuerdos que permiten mantener el equilibrio dinámico entre empresa, familia y propiedad, suelen incluir diferentes temas relevantes relacionados con los administradores: juntas directivas, formación de líderes, proceso para elección de altos ejecutivos, vinculación de la familia en cargos directivos, derechos y deberes, diferenciación de roles, evaluación y remoción, relaciones entre administradores y asamblea de accionistas, mecanismos de información, conflictos de intereses, rendición de cuentas, entre otros.

Conviene enfatizar que este tipo de acuerdos pueden tener una importante fuerza vinculante para quienes los suscriben y generar verdaderos derechos y obligaciones exigibles, incluso, jurisdiccionalmente. No obstante, el éxito o el fracaso de estos procesos dependerá, en buena parte, del direccionamiento

229 El tema es tratado a profundidad en: Gaitán Rozo, Andrés, Castro Velasco, Danilo e Hincapié, Alba Lucía (Invs.), *Empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2013, pp. 52-102.

del diálogo familiar, no solo considerando los aspectos jurídicos y organizacionales, sino enfatizando los emocionales. Es posible que se definan acertadamente reglas para los administradores, pero que los conflictos emocionales impidan su cumplimiento.<sup>230</sup>

### 3. CONCLUSIONES

- Es destacable el esfuerzo de la Superintendencia de Sociedades, en sus sedes administrativa y jurisdiccional, de implementar y desarrollar considerablemente el régimen de deberes y de responsabilidad de los administradores en Colombia, con fundamento en los artículos 22 y siguientes de la Ley 222 de 1995, en especial, en cuanto al tratamiento de los conflictos de intereses en diferentes escenarios.
- Es pertinente revisar la postura de la Superintendencia de Sociedades en relación con la definición de conflicto de intereses y su alcance en grupos empresariales y situaciones de control, dado que la convergencia de intereses en cabeza del administrador, si bien puede suscitar riesgos en la toma de la decisión respectiva, no implica que sean irreconciliables en todos los eventos o que afecten el interés social por sí mismos. Igualmente, la sola presencia de una situación de control o de grupo empresarial no puede implicar, *per se*, la configuración de un conflicto de intereses para los administradores de sociedades que forman parte de estos esquemas corporativos y que pretendan celebrar operaciones entre ellas.
- Además, es conveniente estudiar con mayor profundidad el tema relativo a las autorizaciones generales en el marco de grupos empresariales y de situaciones de control en Colombia porque puede ser una buena alternativa para solucionar múltiples problemáticas que se generan en este entorno, donde lo común es, precisamente, la celebración de múltiples operaciones entre sus integrantes y donde resulta dispendioso acudir al máximo órgano social siempre que se desea celebrarlas.
- Son importantes los avances que se han hecho en el tratamiento de conflictos de intereses de administradores de sociedades vinculadas en esquemas de grupos empresariales y situaciones de control societario por vía de las propuestas de reforma al régimen vigente, que propenden por una flexibilización en estas hipótesis y reconocen la necesidad de evitar el sistema de autorización, sin desmedro del interés social.
- Sería provechoso introducir en la legislación mercantil una regulación especial en materia de conflictos de intereses para los grupos de empresas familiares y optimizar la utilización de protocolos y acuerdos de accionistas para establecer reglas claras en esta materia.

### REFERENCIAS

- Arcila Salazar, Carlos Andrés, “Conflicto de intereses en el contexto societario: regulación colombiana y derecho comparado”, *Estudios Socio-Jurídicos*, 2017, 19, (2), pp. 157-196, en <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73351954006/index.html>, consulta de 22 de marzo de 2022.
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo arbitral del 4 de marzo de 2019. Radicado 5305. Nelly Beatriz Daza de Solarte y María Victoria Solarte Daza contra CSS Constructores S.A. y Carlos Alberto Solarte Solarte.

230 Gaitán Roza, Andrés, “Administradores en empresas familiares”, en *Revista Foro del Jurista*, 37, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2020, p. 164, en <https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca/foro-del-jurista-edicion-37>, consulta de 22 de marzo de 2022.

- Circular Externa n.º 020. Superintendencia de Sociedades. Información privilegiada, actos de competencia y conflictos de interés. (Noviembre 4 de 1997). DO. N.º 43172.
- Circular Externa n.º 100-000008. Superintendencia de Sociedades. Circular básica jurídica. (Julio 12 de 2022).
- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía Legislativa sobre el Régimen de Insolvencia. Tercera parte*. Grupo de Trabajo V. 8º periodo de sesiones. Nueva York, 2010.
- Córdoba Acosta, Pablo Andrés, *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Octubre 9 de 1997). Sentencia C-510. Expediente D-1635.
- Cubillos Garzón, Camilo Enrique, “Parámetros a seguir de los grupos empresariales. Sistemas anglosajón y continental”, *Revista e-Mercatoria*, 2007, 6, (1), pp. 1-73.
- Cubillos Garzón, Camilo Enrique, *La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- Decreto 1925 de 2009. Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y demás normas concordantes, en lo relativo a conflicto de interés y competencia con la sociedad por parte de los administradores de la sociedad. Mayo 28 de 2009. DO. N.º 47364.
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.
- Gaitán Rozo, Andrés, “Administradores en empresas familiares”, en *Revista Foro del Jurista*, 37, Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, 2020, pp. 140-172, en <https://www.camaramedellin.com.co/biblioteca/foro-del-jurista-edicion-37>, consulta de 22 de marzo de 2022.
- Gaitán Rozo, Andrés y Castro Velasco, Danilo, *Sociedades de familia en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2001.
- Gaitán Rozo, Andrés, Castro Velasco, Danilo e Hincapié, Alba Lucía (Invs.), *Empresas colombianas perdurables. Casos de éxito*. Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2013.
- Laguado Giraldo, Darío y Holguín Mora, Tomás, “La regulación de los conflictos de intereses en el derecho societario colombiano”, en Laguado Giraldo, Darío (Coord.), en *Derecho societario contemporáneo. Artículos*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2021, pp. 215-290.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.
- Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.
- López Castro, Yira; Oviedo Albán, Jorge y Ávila Crisancho, Mario Fernando (Coord.). *Transformaciones del Derecho Comercial: Reflexiones a propósito de los 50 años del Código de Comercio*, Bogotá D.C., Colombia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 149.

- Mendoza, José Miguel, “La definición de conflictos de interés en el derecho societario colombiano”, *UNA Revista de Derecho*, 2016, 1, pp. 1-26, en <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-1/42-mendoza-j-m-la-definicion-de-conflictos-de-interes-en-el-derecho-societario-colombiano>, consulta de 22 de marzo de 2022.
- Montiel Fuentes, Carlos Mario, “Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia”, *Revista e-Mercatoria*, 2009, 8, (1), pp. 1-27, en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2038/1825>, consulta de 22 de marzo de 2022.
- Proyecto de Ley n.º 070 de 2015. Por medio de la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Agosto 12 de 2015.
- Proyecto de Ley n.º 002 de 2017. Por la cual se establecen reglas en materia de sociedades y se adoptan otras disposiciones. Julio 20 de 2017.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, 4ª ed., Editorial Temis S.A., Bogotá, 2020.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Julio 9 de 2013). Sentencia n.º 801-000035. Proceso 2013-801-007. SAC Estructuras Metálicas S.A. contra Práxedis José Daniel Correa Senior, Santiago Francisco Correa Laverde y Gloria Estella Gallo Pérez.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Diciembre 11 de 2013). Sentencia n.º 801-000072. Proceso 2013-801-082. Aldemar Tarazona Monter, Lizardo Antonio Amaya Díaz y Rodolfo Antonio Rivera Roza contra Alexander Ilich León Rodríguez.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Mayo 14 de 2014). Sentencia n.º 800-000029. Proceso 2013-801-076. Loyalty Marketing Services Colombia S.A.S. contra Shirley Natalia Ávila Barrios.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Septiembre 1.º de 2014). Sentencia n.º 800-000052. Proceso 2014-801-054. Sucesión de María del Pilar Luque de Schaefer contra Luque Torres Ltda. en Liquidación.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Sociedades. (Febrero 25 de 2015). Resolución n.º 301-000691. Expediente 42313.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control. (Junio 23 de 2015). Resolución n.º 300-002169. Expediente 42313.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Noviembre 9 de 2015). Sentencia n.º 800-000142. Proceso n.º 2014-801-099. Luz Amparo Mancilla Castillo y Alfonso Bolívar Correa contra Handler S.A.S., Liliana Castillo Bautista, Omar Fernando Martínez Lozano y Edisson Emir Hernández.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Noviembre 12 de 2015). Auto n.º 800-015314. Proceso 2015-800-226. Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Abril 12 de 2016). Sentencia n.º 800-000026. Proceso n.º 2014-801-164. Jorge Eduardo Terreros Wilches contra Rafael Uribe Toro.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Auto n.º 800-006317. Proceso 2016-800-98. (Abril 25 de 2016). Luis Helí Tovar & Cía. S. en C. contra Embotelladora del Huila S.A.
- Superintendencia Sociedades. Grupo de Soborno Transnacional e Investigaciones Especiales. (Septiembre 1 de 2016). Resolución n.º 203-003251. Expediente n.º 28484.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. Sentencia n.º 800-000094. Proceso 2015-800-226. (Octubre 3 de 2017). Industrias de Refrigeración Hiver S.A.S. contra Jorge Iván Echeverri y Alfonso Antoñanzas.

- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Procedimientos Mercantiles. (Marzo 26 de 2019). Sentencia Sebastián Agustín Martínez Arango contra María Carolina Martínez Flórez. [
- Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Junio 5 de 2019). Oficio n.º 220-060391.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión de Sociedades. (Julio 30 de 2019). Resolución n.º 301-005071. Expediente 42313.
- Superintendencia de Sociedades. Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control. (Agosto 12 de 2019). Oficio n.º 300-086611.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de septiembre de 2019. Radicación interna n.º 2420, n.º único: 11001-03-06-000-2019-00094-00.
- Superintendencia de Sociedades. Dirección de Supervisión Empresarial. (Diciembre 9 de 2019). Resolución n.º 301-008582. Expediente 90997.
- Superintendencia de Sociedades. Oficina Asesora Jurídica. (Diciembre 30 de 2019). Oficio n.º 220-178947.



# CONGLOMERADOS FINANCIEROS EN COLOMBIA

CLARA EUGENIA CASTILLO LÓPEZ<sup>231</sup>

## INTRODUCCIÓN

Los grupos de compañías han sido una constante como modelo de organización de las empresas colombianas en los distintos sectores de negocio, y el sector financiero no es la excepción. Grandes grupos de empresas que desarrollan esta actividad han marcado la historia del sistema financiero local y, hoy por hoy, son también jugadores muy importantes en los mercados internacionales, fundamentalmente, en el latinoamericano. Asimismo, grandes conglomerados internacionales han hecho presencia y operan en Colombia.

A diciembre de 2021, alrededor del 16% de los activos propios del sistema financiero colombiano eran propiedad de conglomerados extranjeros. Para ese mismo período, los conglomerados financieros locales y extranjeros eran dueños de alrededor del 70% de los activos propios del sistema financiero colombiano, y los cinco más grandes, de alrededor del 60%<sup>232</sup>.

El auge del proceso de internacionalización de los conglomerados financieros nacionales inició en 2007 cuando Bancolombia compró el grupo financiero Banagrícola de El Salvador<sup>233</sup>, lo

231 Abogada de la Universidad de Caldas (Manizales). Especialista en Derecho Comercial de la misma universidad y en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Durante 26 años ha trabajado en supervisión financiera en la Superintendencia Financiera de Colombia (antes Superintendencia Bancaria de Colombia) desempeñando diferentes roles en áreas de supervisión, entre ellos: superintendente delegada para Riesgos de Conglomerados y Gobierno Corporativo durante 8 años, y asesora del Despacho del superintendente financiero de Colombia cargo que desempeña en la actualidad.

Las manifestaciones contenidas en este artículo son responsabilidad exclusiva de su autor, con fines académicos, y no comprometen la responsabilidad ni la posición de la entidad para la cual trabaja.

232 Fuente: Superintendencia Financiera de Colombia.

233 Del que hace parte el banco más grande de ese país, con el 29% de participación de mercado de crédito al momento de la compra, [https://www.bancolombia.com/wps/wcm/connect/54b7e168-eaf1-47e7-bea3-f69d3aa7dea9/2\\_Press\\_Release+Español\\_banagricola.pdf?MOD=AJPERES&CVID=ld2aybe](https://www.bancolombia.com/wps/wcm/connect/54b7e168-eaf1-47e7-bea3-f69d3aa7dea9/2_Press_Release+Español_banagricola.pdf?MOD=AJPERES&CVID=ld2aybe).

que marcó la pauta para que otros conglomerados dieran el salto a la adquisición de empresas y grupos financieros transfronterizos.

En efecto, el Banco de Bogotá adquirió en 2010 al Grupo Financiero BAC de Centroamérica, propiedad de General Electric (GE). BAC, que tenía una de las operaciones de tarjeta de crédito más representativas de dicha región, posicionó al Banco de Bogotá y, por ende, al Grupo Aval, como un actor de mercado relevante en América Central en lo que a banca privada/personas se refiere.

A estas adquisiciones siguieron la del Banco Davivienda en 2012 de las operaciones del banco HSBC en algunos países de Centroamérica; la del Banco GNB Sudameris en 2013 de las operaciones de HSBC en Perú y Paraguay; nuevas adquisiciones de Bancolombia en 2013 y 2015 del Grupo Agromercantil de Guatemala, y la del Banco de Bogotá, también en 2013, del Grupo Reformador de Guatemala.

Por fuera del subsector de bancos, en 2011 la sociedad Grupo de Inversiones Suramericana S.A. compró las operaciones del grupo financiero ING en varios países de Centro y Suramérica, posicionándose como uno de los principales jugadores de la región en el sector de pensiones. Culminó esa expansión con la compra de las operaciones, en algunos países del sur del continente, de las compañías de seguros de Royal Sun Alliance RSA en 2016, fortaleciendo su otro nicho: el de seguros.

Esta realidad hizo impostergable que el país adoptara una regulación de conglomerados financieros que le permitiera al supervisor financiero (Superintendencia Financiera de Colombia) robustecer la supervisión comprensiva y consolidada de estos grupos de compañías desde un ámbito prudencial, y que, a su vez, llevara a los conglomerados a gestionarse bajo esas reglas teniendo en cuenta los riesgos que surgieron con el crecimiento y la expansión del sector.

La estructura de los conglomerados financieros colombianos, dada bajo la figura de una persona jurídica titular de la mayoría de las acciones de las compañías que lo integran, cuya actividad no es financiera, y por lo tanto excluida de la regulación y supervisión prudencial, demandó la necesidad de incluirla dentro de dicho perímetro de regulación y supervisión, pues, en términos prudenciales, su carácter de “cabeza” del mismo hacía indispensable su incorporación.

## 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

### 1.1. EN RELACIÓN CON LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA FINANCIERO

La estructuración de las compañías financieras en grupos de empresas data de los años 90 cuando, con la expedición de la Ley 45, se dio paso al esquema matriz-filial. En efecto, la ley, en su capítulo I, reguló las filiales de servicios estableciendo que los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial (hoy compañías de financiamiento) pueden participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o *leasing*, de comisionistas de bolsa, de almacenes generales de depósito y de sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías siempre que observen algunos requisitos; entre ellos, que la participación directa o indirecta en el capital de las mismas no sea inferior al 51% de las acciones

suscritas, con excepción de los almacenes generales de depósito a los que esta regla no obliga y, por lo tanto, pueden tener cualquier porcentaje de participación. Así mismo, permitió que las entonces corporaciones de ahorro y vivienda<sup>234</sup>, hoy bancos comerciales, inviertan en sociedades fiduciarias y en sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías<sup>235</sup>.

Adicionalmente, abrió la posibilidad de que las instituciones financieras inviertan en el capital de sociedades anónimas cuyo único objeto sea la prestación de servicios técnicos o administrativos necesarios para el giro ordinario de los negocios de dichas instituciones. Estas, conocidas como sociedades “instrumentales” o de “apoyo al giro”, existentes en otras jurisdicciones, completaron el esquema de grupo de empresas al integrar compañías concebidas para compartir servicios entre las empresas del grupo, reducir costos y optimizar los recursos.

Al amparo de la previsión señalada, varios grupos de compañías financieras nacionales e internacionales con operación en el país reacomodaron sus estructuras bajo el esquema de matrices y filiales, acercándose al modelo de multibanca o banca múltiple. A la luz de este modelo y del avance en materia de supervisión bancaria<sup>236</sup> empezó a hablarse en el país de supervisión comprensiva y consolidada.

Es así como la Ley 35 de 1993, en su artículo 3, literal h, dotó al Gobierno nacional de herramientas o instrumentos de intervención para “Dictar normas que amplíen los mecanismos de regulación prudencial con el fin de que operen de manera comprensiva y consolidada y sean supervisados sobre tales bases. Esta facultad se ejercerá principalmente con el fin de integrar la supervisión de las filiales en el exterior de establecimientos de crédito”<sup>237</sup>.

En cuanto a la estructura del sistema financiero es indudable el impacto que representó la expedición de la Ley 222 de 1995, que reformó el Código de Comercio, con la que se incorporaron al marco normativo las nociones de situación de control y subordinación y grupo empresarial. Con ellas, los grupos de entidades financieras, hasta entonces existentes a la luz de la Ley 45 de 1990, empezaron a organizarse bajo la figura de un *holding* controlante y tenedor directo e indirecto de la mayoría de sus acciones. Dicho *holding* no ejercía por sí mismo una actividad vigilada por la entonces Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia).

234 El artículo 5 de la Ley 546 de 1999 cambió la naturaleza de las corporaciones de ahorro y vivienda a la de bancos comerciales (Ley 546 de 1999. Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones. Diciembre 23 de 1999. DO. N.º 43827).

235 Ley 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diciembre 18 de 1990. DO. N.º 39607.

236 Ya desde 1979 el Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria había emitido un informe sobre “Consolidación de la Supervisión de las Actividades Internacionales de los Bancos”, y en 1992 un documento de “Estándares Mínimos para la Supervisión de Grupos Bancarios Internacionales y de sus Establecimientos Transfronterizos” en el que recomendaba a las autoridades de supervisión que previa autorización para la inversión de un banco extranjero en su jurisdicción, verificaran que una vez autorizada, el supervisor del país de origen del banco solicitante hiciera sobre ella una supervisión en base consolidada.

237 Ley 35 de 1993. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. Enero 5 de 1993. DO. N.º 40710. Esta facultad de intervención fue modificada posteriormente por el artículo 4 de la Ley 510 de 1999 y está contenida hoy en el literal h del artículo 48 del estatuto orgánico del sistema financiero bajo el siguiente texto: “h. Dictar normas que amplíen los mecanismos de regulación prudencial con el fin de adecuar la regulación a los parámetros internacionales.”. Decreto [Ley] 663 de 1993. Estatuto orgánico del sistema financiero. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Abril 2 de 1993. DO. N.º 40820.

En síntesis, desde el punto de vista de la estructura del sistema financiero, este era el modelo existente cuando se expide la Ley 1870 del 21 de septiembre de 2017.

## 1.2. EN RELACIÓN CON LA SUPERVISIÓN COMPRENSIVA Y CONSOLIDADA

Ahora bien, desde la óptica de la supervisión, numerosas reformas financieras han fortalecido el esquema de supervisión comprensiva y consolidada que tuvo sus inicios con las previsiones de la Ley 35 de 1993, antes reseñadas.

Efectivamente, en 1999 la Ley 510<sup>238</sup> introdujo disposiciones con facultades muy importantes para el supervisor financiero en materia de supervisión consolidada. Una de ellas fue la potestad de someter la autorización de la constitución de una nueva entidad<sup>239</sup> a que las entidades financieras del exterior que sean beneficiarias reales de su capital acrediten que tanto ellas como la entidad que constituyan en Colombia serán objeto, directa o indirectamente, de supervisión consolidada por la autoridad extranjera competente, de acuerdo con los principios generalmente aceptados en esta materia a nivel internacional.

Para asegurar que la supervisión pudiera desarrollarse de manera consolidada, en su artículo 54 la ley incorporó la facultad del supervisor de promover mecanismos de intercambio de información con organismos de supervisión de los países donde tengan operaciones o filiales las entidades financieras colombianas, o en los que estén domiciliadas entidades financieras matrices de entidades financieras colombianas.

Luego, la Ley 795 de 2003<sup>240</sup> adicionó a las facultades del supervisor algunas fundamentales para el ejercicio de la supervisión consolidada. Concretamente, la de establecer en qué casos las entidades sometidas a su control y vigilancia deben consolidar sus operaciones con otras instituciones sujetas o no a su supervisión. Además, la de hacer visitas de inspección a entidades no sometidas a control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, examinar sus archivos y solicitar la información que se requiera para determinar si concurren los presupuestos para que consoliden sus operaciones con entidades financieras o aseguradoras, o si existen vínculos u operaciones que puedan llegar a representar un riesgo para estas. Esta facultad resultó muy relevante en el caso de los conglomerados financieros colombianos que, en una porción importante, hacen parte de grupos empresariales con actividad en otras industrias distintas de la financiera, es decir, los conocidos “conglomerados mixtos”.

Finalmente, la Ley 1328 de 2009 profundizó el alcance de algunas de las normas incorporadas con anterioridad al marco regulatorio (ya mencionadas). Es el caso de la previsión del literal f, numeral 3 del artículo 53 del estatuto orgánico del sistema financiero, que adicionó en dos sentidos. Por una parte, ampliando la posibilidad de subordinar la autorización del supervisor allí contenida que ya no será solo cuando se constituyesen nuevas entidades, sino también cuando

238 Ley 510 de 1999. Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades. Agosto 3 de 1999. DO. N.º 43654.

239 Decreto [Ley] 663 de 1993, literal f, numeral 3, artículo 53.

240 Ley 795 de 2003. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Enero 14 de 2003. DO. N.º 45064.

una entidad financiera extranjera adquiera las acciones de una entidad vigilada ya constituida. Por otra, estableciendo que la Superintendencia Financiera de Colombia, para desarrollar una supervisión adecuada, podrá exigir que le suministren la información que estime pertinente sobre los beneficiarios reales del capital social de la entidad financiera tanto en el momento de su constitución como durante su vida<sup>241</sup>.

Esta ley consagró, adicionalmente, la facultad de autorizar las inversiones indirectas de capital (antes, al amparo del estatuto orgánico del sistema financiero, se autorizaban solo las inversiones directas) realizadas a través de sus filiales y subsidiarias por las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia en entidades financieras del mercado de valores, compañías de seguros, de reaseguros y en sucursales y agencias domiciliadas en el exterior. Así mismo, estableció que las matrices sometidas a su inspección y vigilancia requieren esta autorización cuando pretendan incrementar la inversión de capital en una filial o subsidiaria del exterior.

Es claro entonces que el marco normativo emitido en los casi 30 años que precedieron a la expedición de la Ley 1870 de 2017 permitió avanzar en el camino correcto hacia la construcción del esquema de supervisión comprensiva y consolidada hasta entonces ejercido por la Superintendencia Financiera de Colombia. No obstante, aún estaba pendiente un “escalón” por alcanzar y era el del *holding* financiero que, como se expuso antes, se incorporó en casi todos los conglomerados con la expedición de la Ley 222 de 1995, y que hasta la fecha en que se emite la citada Ley 1870 no era regulado en su condición de *holding*.

### 1.3. EN RELACIÓN CON LA REGULACIÓN PRUDENCIAL EN BASE CONSOLIDADA

En materia de regulación prudencial en base consolidada, con fundamento en los citados instrumentos de intervención incorporados en la Ley 35 de 1993, el Gobierno nacional expidió dos normas que resultaron cardinales en el avance de la supervisión consolidada en su arista prudencial.

La primera, el Decreto 2360 de 1993<sup>242</sup> que dicta las normas sobre límites de endeudamiento y en su artículo 16 incorpora el cupo de crédito de forma consolidada. A la luz de esta norma, los establecimientos de crédito que tengan filiales en el exterior deben consolidar con estas sus operaciones de crédito individuales<sup>243</sup>. Por lo tanto, las entidades matrices no podrán efectuar operaciones de crédito con una persona natural o jurídica si al sumar las operaciones que estas tengan con sus filiales en el exterior se exceden los porcentajes y límites máximos establecidos en la norma<sup>244</sup>. En este caso, según lo previó el decreto, los límites se aplican sobre el patrimonio

241 Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Julio 15 de 2009. DO. N.º 47411.

242 Decreto 2360 de 1993. Por el cual se dictan normas sobre límites de crédito. Noviembre 26 de 1993. DO. N.º 41120.

243 Decreto 2360 de 1993. Por el cual se dictan normas sobre límites de crédito. Noviembre 26 de 1993. DO. N.º 41120.

244 Para ilustrar al lector, los límites que el decreto estableció eran básica, más no exclusivamente, del 10% del patrimonio técnico de la entidad prestataria cuando la única garantía de la operación fuera el patrimonio del deudor; y del 25% del patrimonio técnico de la entidad prestataria cuando las operaciones contaran con garantías o seguridades admisibles suficientes para amparar la totalidad del riesgo, previa evaluación efectuada por la entidad.

técnico de las entidades respectivas calculado con base en los balances consolidados y de acuerdo con las reglas que dicte la entonces Superintendencia Bancaria.

Así mismo, indicó que para efectos de lo dispuesto en el artículo 208 del estatuto orgánico del sistema financiero<sup>245</sup>, los límites establecidos de forma consolidada constituirán los límites máximos autorizados para el otorgamiento de créditos a los accionistas respecto de las entidades que, conforme a dicho decreto, deban consolidar sus riesgos individuales.

La segunda norma fue el Decreto 673 de 1994<sup>246</sup>, mediante el cual se emitieron disposiciones sobre el patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito, siguiendo el estándar de Basilea en términos de capital<sup>247</sup>. En su artículo 2 estableció como ratio o relación de solvencia un nivel mínimo de patrimonio adecuado para los establecimientos de crédito equivalente al 9% del total de sus activos, en moneda nacional y extranjera, ponderados por nivel de riesgo.

Para su cumplimiento, el artículo 3 previó que la relación de solvencia se realizaría de forma individual por cada establecimiento de crédito y que, igualmente, la relación de solvencia debería cumplirse y supervisarse de forma consolidada. Para estos efectos, los establecimientos de crédito se sujetarían a las normas que, conforme con sus facultades legales expidiera la Superintendencia Bancaria en relación con la obligación de presentar estados financieros consolidados, en particular, las entidades con las cuales debería efectuarse la consolidación<sup>248</sup>.

Esta norma marca el punto de partida en materia de capital calculado en base consolidada como medida prudencial para evitar el apalancamiento múltiple de capital en estructuras grupales o conglomeradas, si bien previamente las resoluciones externas de la entonces Junta Monetaria preveían la deducción en el cálculo del patrimonio técnico de las inversiones en otras entidades vigiladas y en filiales y subsidiarias en el exterior.

Luego, decretos que sucedieron al 673 de 1994, como el 1720 de 2001<sup>249</sup>, el 1771 de 2012<sup>250</sup> y el 1477 de 2018<sup>251</sup>, hoy vigente, afinaron el cálculo de la solvencia consolidada incorporando componentes como el del interés minoritario, constituido por el capital que aportan terceros en el capital de la empresa que consolida, y depurando posibles fuentes de apalancamiento múltiple.

245 Esta remisión del Decreto 2360 de 1993 estaba referida al texto antiguo del artículo 208 del estatuto orgánico del sistema financiero que hacía alusión a los “hechos punibles” en materia financiera, esto es, a la utilización indebida de fondos captados del público, operaciones no autorizadas con accionistas y captación masiva y habitual, hoy recogidos en el Título X. Delitos contra el orden económico social, Capítulo II. De los delitos contra el sistema financiero, artículos 314 a 317 del Código Penal Colombiano (Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000).

246 Decreto 673 de 1994. Por el cual se dictan normas sobre el patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito. Marzo 28 de 1994. DO. N.º 41287.

247 Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Convergencia Internacional de Medición de Capital y Normas de Capital*, Bank of International Settlements (BIS), Basilea, 1988. (Conocido como Basilea I).

248 Lo cual efectivamente hizo la Superintendencia Bancaria y quedó incorporado en el Capítulo X. Estados financieros consolidados, de la Circular Externa 100 de 1995, Circular Básica Contable y Financiera.

249 Decreto 1720 de 2001. Por el cual se establece la relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito (Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010). Agosto 24 de 2001. DO. N.º 44530.

250 Decreto 1771 de 2012. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con el cálculo de la relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito. Agosto 23 de 2012. DO. N.º 48531.

251 Decreto 1477 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto número 2555 de 2010 en lo relacionado con los requerimientos de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito y se dictan otras disposiciones. Agosto 6 de 2018.

Este marco normativo, desde la órbita de la estructura del sistema financiero, su regulación prudencial y la supervisión comprensiva y consolidada ha constituido, sin duda, una base robusta para que los conglomerados financieros desarrollen sus actividades en un ambiente seguro y confiable para ellos, para los terceros con los que interactúan desde los distintos ámbitos de su operación y para el sistema financiero como un todo. Y para el supervisor ha sido el cimiento que ha permitido avanzar en el conocimiento, entendimiento y supervisión prudencial de los conglomerados financieros.

## 2. LA LEY 1870 DE 2017

### 2.1. DEFINICIONES Y PERÍMETRO DE SUPERVISIÓN

Ahora bien, a pesar de los avances alcanzados, aún quedaba pendiente por cubrir el espectro completo de la estructura y operación de los conglomerados financieros. Lo anterior, porque los *holdings* de dichas estructuras, en cuanto tales, aún estaban por fuera del ámbito de regulación y supervisión del Estado, al igual que las subordinadas financieras en el exterior que se desprendían directamente del *holding*.

El reconocimiento de esta realidad y el llamado de algunos entes internacionales<sup>252</sup> para que Colombia elevara los estándares en la materia constituyeron el incentivo correcto para avanzar en esa dirección. Es así como surge la Ley 1870 de 2017 que, en su Título I, tiene como objeto, “definir el ámbito de la supervisión y regulación de los conglomerados financieros en Colombia con el propósito de velar por la estabilidad del sistema financiero”<sup>253</sup>.

En este orden de ideas, lo primero que habría que señalar en relación con la Ley 1870 es que incorpora una modificación a la estructura del sistema financiero. En efecto, la definición de conglomerado financiero que ella contiene presupone la existencia de un *holding* financiero que no desarrolla una actividad propia de las entidades vigiladas, es decir, un *holding* que no sea una entidad financiera. Entonces, en adelante, para ser considerado como tal, todo conglomerado financiero deberá tener una persona jurídica o vehículo de inversión, controlante común de las entidades financieras locales y extranjeras que lo integran, que no ejerza una actividad vigilada.

La noción de conglomerado financiero que trae la ley parte de la base de que existe un conjunto de entidades que ejercen una actividad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia que tienen un controlante común (*holding* financiero), y que de ese grupo de entidades que tienen un controlante común, al menos una de ellas ejerce su actividad vigilada en Colombia. En la práctica esto se traduce en que un conglomerado financiero internacional que tenga una sola entidad operando una licencia financiera en Colombia es reconocido como un conglomerado financiero por la ley colombiana.

252 Entre ellos, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, quienes se refirieron al tema en la última evaluación del “*Financial Sector Assessment Program (FSAP)*” (2012), y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) dentro del proceso de acceso de Colombia a dicha Organización (2016).

253 Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras. Septiembre 21 de 2017. DO. N.º 50363.

Según lo señala la ley, integran el conglomerado financiero, además del *holding* financiero controlante común, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y sus subordinadas financieras nacionales y/o en el exterior; las entidades en el exterior que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia en el país y sus subordinadas nacionales y en el exterior, y las personas jurídicas y vehículos de inversión a través de los cuales el *holding* financiero ejerce el control de las entidades antes mencionadas.

Es a este conjunto de entidades al que se aplicarán las previsiones contenidas en la ley en materia de regulación prudencial y las obligaciones a nivel consolidado previstas en ella y reglamentadas e instruidas por el Gobierno nacional<sup>254</sup>.

Es preciso mencionar que la definición de conglomerado financiero prevista en la ley aplica únicamente para efectos de la regulación y supervisión consolidada relacionadas con la Ley 1870 de 2017 y con las normas que la reglamentan; además, que no tiene efecto alguno sobre disposiciones tributarias, contables, laborales o de otra índole diferente a lo señalado en dicha ley<sup>255</sup>.

La ley también incorpora una noción de lo que es el *holding* financiero, describiéndolo como cualquier persona jurídica o vehículo de inversión que ejerza el primer nivel de control o influencia significativa sobre las entidades que conforman el conglomerado financiero. Lo cierto es que el control es solo uno, por lo que cuando la ley habla de primer nivel de control se refiere a aquella persona jurídica o vehículo de inversión que ejerce el control real sobre las compañías subordinadas, del cual emanan el lineamiento y las decisiones de negocio y gestión.

Recae en este *holding*, al igual que en las entidades que hacen parte del conglomerado, principalmente el cumplimiento de lo previsto en la ley y en las normas que la reglamentan. Ahora bien, la ley también incorpora el concepto de “influencia significativa”, que busca hacer una distinción en la forma como se computa la mayoría accionaria para establecer la ocurrencia de la causal de control contenida en el numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, excluyendo de dicho cálculo las acciones ordinarias con derecho a voto de aquellos accionistas que no pueden tener el control según las normas que los rigen.

En la actualidad, dentro de dicho presupuesto se encuentran las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, quienes, a la luz de lo previsto en el Decreto 2555 de 2010 y el Título IV, Capítulo III de la Circular Básica Jurídica emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, no pueden ejercer el control sobre las sociedades en las que invierten con los recursos de los fondos que administran, ni aun en virtud de acuerdos de accionistas suscritos con otras sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías ni con otra clase de inversionistas.

254 Como se verá más adelante, es necesario tener presente que la misma ley en su artículo 4 asignó a la Superintendencia Financiera de Colombia la responsabilidad de identificar, con base en lo previsto en ella y en sus normas reglamentarias, a las entidades que harían parte de los conglomerados para establecer así su ámbito de supervisión. Esto deriva en que, si bien todo grupo de compañías financieras que encaje en los supuestos establecidos en la definición del artículo 2 de la ley es considerado un conglomerado financiero a la luz de la ley colombiana, no por ello estará sujeto necesariamente a la supervisión comprensiva y consolidada que ejercerá la entidad. Para ello debe mediar, a través de un acto administrativo motivado, un proceso de identificación y determinación previa por parte de esta.

255 Ley 1870 de 2017. Párrafo del artículo 2.

Con esta noción de “influencia significativa” lo que pretendió el legislador fue incluir dentro del espectro de supervisión comprensiva y consolidada a aquellas entidades financieras que, sin estar bajo el control del *holding* financiero por no cumplir ninguno de los presupuestos de control que trae el artículo 261 del Código de Comercio, su participación, calculada como lo indica el artículo 3 de la ley, les confiere una influencia importante sobre las mismas, por lo que, a la luz del espíritu que anima dicha supervisión, resulta relevante poder “verlas” como un todo con el conglomerado financiero<sup>256</sup>.

En cuanto al alcance de la supervisión que ejercerá la Superintendencia Financiera de Colombia respecto del *holding* financiero, la propia ley se encarga de delimitarlo al señalar que estará sujeto a la inspección y vigilancia de esa entidad, y que le serán aplicables únicamente las disposiciones contenidas en el Título I de la ley, sin perjuicio, claro está, de las normas cuyo cumplimiento les sean exigibles en su calidad de emisor de valores, en los casos en que tengan tal calidad.

Lo anterior significa que los *holdings* financieros que a su vez sean vigilados por otra superintendencia continuarán siéndolo, pues en estos casos la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia será objetiva, es decir, derivada y circunscrita al rol de *holding* de un conglomerado financiero que tengan estas personas jurídicas o vehículos de inversión. Por lo tanto, respecto de los *holdings* podrá darse la supervisión concurrente de varias autoridades si la actividad que desarrollan, además de fungir como *holding* de un conglomerado financiero, está sujeta a la supervisión del Estado por vía de otra autoridad.

Con relación a los *holdings* financieros constituidos o domiciliados en el exterior, el artículo 7 de la Ley 1870 de 2017 dispone que deberán acreditar ante la Superintendencia Financiera de Colombia que están sujetos a un régimen de regulación prudencial y supervisión comprensiva y consolidada equivalente al suyo. Efectuada esta acreditación no les serán aplicables las disposiciones de la ley en materia de conglomerados financieros, puesto que se entiende que el supervisor de la jurisdicción de su domicilio principal ejercerá respecto de él y de sus subordinadas la supervisión comprensiva y consolidada.

Para instruir lo previsto en este artículo en relación con la acreditación de la equivalencia arriba mencionada, el supervisor expidió la Circular Externa 014 de 2018<sup>257</sup>. En ella fija los criterios generales para efectuarla y establece un plazo de tres meses para su trámite y reconocimiento ante la Superintendencia Financiera de Colombia.

La equivalencia consiste en acreditar que el *holding* financiero domiciliado en el exterior se encuentra sujeto a un régimen de regulación prudencial y de supervisión comprensiva y consolidada equivalente al de la Superintendencia Financiera de Colombia, es decir, que le es aplicable y que cumple con la regulación prudencial emitida por el regulador financiero de su respectiva jurisdicción y que, a su vez, es objeto de inspección, vigilancia y/o control, o un grado de su-

256 Congreso de la República. (Junio 15 de 2017). *Gaceta del Congreso*, Año XXVI, (495), p. 22.

257 Circular Externa 014 de 2018. Superintendencia Financiera de Colombia. Boletín Ministerio de Hacienda, Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia, No. 450 de 6 de julio de 2018. (Junio 29 de 2018).

pervisión equivalente, por parte del supervisor de la jurisdicción del exterior donde se encuentra domiciliado o constituido respecto de su calidad de *holding* de un conglomerado financiero.

Si un *holding* financiero constituido o domiciliado en el exterior no logra realizar esta acreditación ante la Superintendencia Financiera de Colombia, esta podrá solicitar a las entidades vigiladas que forman parte del conglomerado financiero en el país la información que requiera para llevar a cabo la supervisión comprensiva y consolidada de las mismas. Esta puede incluir datos referidos al *holding* o a las entidades que conforman el conglomerado financiero y que están domiciliadas en el exterior. Si no la obtiene o si es insuficiente para llevar a cabo la supervisión comprensiva y consolidada, la ley la autoriza para revocar su licencia de funcionamiento. Es pertinente anotar que la revocatoria debe tener el pronunciamiento previo favorable del Consejo Asesor de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Finalmente, con miras a emprender la tarea de supervisión comprensiva y consolidada, la ley dispone que la Superintendencia Financiera de Colombia deberá establecer su ámbito de supervisión identificando la entidad que actuará como *holding* financiero en cada conglomerado, así como las entidades que conforman el conglomerado financiero. Para esto, el Decreto Reglamentario 246 de 2018<sup>258</sup> estableció unos criterios de exclusión de supervisión de entidades que, haciendo parte de los conglomerados, por su materialidad y por los niveles de interconexión con las otras entidades del conglomerado y de exposición al riesgo no tienen un impacto significativo para este.

En ejercicio de esta labor de identificación, la Superintendencia Financiera de Colombia efectuó, al momento de entrada en vigencia de la Ley 1870 de 2017, la individualización de trece conglomerados financieros; siete de ellos con *holding* nacional y los seis restantes con *holding* extranjero, así como de las entidades que los integran. Todos conforman el universo sobre el cual se ejercerá la facultad de supervisión comprensiva y consolidada de acuerdo con lo previsto en la ley.

## 2.2. REQUERIMIENTOS PRUDENCIALES SOBRE LOS CONGLOMERADOS FINANCIEROS

En materia de regulación prudencial, las disposiciones aplicables a los conglomerados y a sus *holdings* financieros están contenidas en el artículo 5 de la Ley 1870 de 2017, que adiciona el artículo 48 del estatuto orgánico del sistema financiero y consagra como instrumentos de intervención respecto de los conglomerados financieros los siguientes: a) el establecimiento de niveles adecuados de capital; b) la fijación de límites de exposición y concentración de riesgos; c) los criterios para determinar la calidad de vinculados al conglomerado financiero y a su *holding* financiero, y los criterios y mecanismos para que las entidades que hacen parte del conglomerado financiero identifiquen, administren y revelen los conflictos de interés entre estas y sus vinculados, y d) la incorporación de los criterios con los que el supervisor podrá excluir del alcance de la supervisión comprensiva y consolidada a personas jurídicas o vehículos de inversión que hagan parte del conglomerado financiero.

258 Decreto 246 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010, en lo relacionado con los criterios de exclusión de supervisión de entidades pertenecientes a los conglomerados financieros. Febrero 02 de 2018. DO. N.º 50495.

Igualmente, la ley otorgó facultades a la Superintendencia Financiera de Colombia para a) impartir instrucciones a los *holdings*, que deberán aplicar las entidades que conforman el conglomerado financiero, relacionadas con gestión de riesgos, control interno, revelación de información, conflictos de interés y gobierno corporativo; b) requerir a los *holdings* cambios en la estructura del conglomerado financiero cuando la existente no permita una adecuada revelación de la información, una supervisión comprensiva y consolidada o la identificación del beneficiario real y de las entidades que lo conforman; c) autorizar las inversiones de capital, directas o indirectas, que pretenda realizar el *holding* en entidades financieras, de seguros y del mercado de valores locales o del exterior; d) requerir información y realizar visitas de inspección a las entidades que conforman el conglomerado financiero, y e) revocar la autorización de funcionamiento de una entidad vigilada en Colombia que haga parte de un conglomerado financiero cuyo controlante esté en una jurisdicción diferente cuando la Superintendencia Financiera de Colombia considere que la información entregada no permite el ejercicio adecuado de sus funciones de supervisión.

Estos instrumentos de intervención fueron empleados por el Gobierno nacional en la expedición de los decretos reglamentarios de la ley y de las facultades conferidas a la Superintendencia Financiera de Colombia, las cuales son instruidas por esta a través de la emisión de circulares externas, como se verá a continuación.

### 2.2.1. RÉGIMEN DE CAPITAL ADECUADO DE LOS CONGLOMERADOS FINANCIEROS

El Decreto 774 del 8 de mayo de 2018, cuyo régimen de transición para su aplicación venció el 8 de noviembre de 2019, establece que el nivel adecuado de capital para los conglomerados financieros se traduce en que el patrimonio técnico del conglomerado en ningún momento puede ser inferior a su patrimonio adecuado, y sitúa en cabeza del *holding* financiero la responsabilidad del cumplimiento permanente de este nivel.

Es del caso anotar que, en relación con el cumplimiento del nivel de capital adecuado, la Ley 1870 de 2017, en su artículo 5, literal t, señala que “cuando las entidades financieras que conforman el conglomerado cumplan en forma individual los niveles adecuados de capital y márgenes de solvencia de acuerdo con la normatividad aplicable, no se requerirán márgenes de solvencia a los conglomerados financieros”. Es decir, que el requerimiento de niveles adicionales de capital para el conglomerado financiero no tendrá lugar si las entidades que lo integran cumplen sus propios niveles de capital regulatorio.

No obstante, a renglón seguido la misma disposición prevé que “en todo caso, la sumatoria de los patrimonios técnicos de las entidades financieras que los conforman, incluido el interés minoritario, deberá ser suficiente para soportar el nivel agregado de riesgo asumido por estas.

El capital se depurará para evitar que se utilicen los mismos recursos para respaldar de forma simultánea múltiples riesgos<sup>259</sup>.

259 Ley 1870 de 2017. Artículo 5, literal t.

Se infiere entonces que el capital adecuado del conglomerado financiero no es el resultado de la sumatoria simple del patrimonio técnico y del patrimonio adecuado de las entidades vigiladas que lo integran, sino que debe incorporar la depuración de los elementos que puedan conllevar a su utilización múltiple. Es el caso de las participaciones cruzadas y de las operaciones y exposiciones entre las entidades del conglomerado, incluido el *holding* financiero, que no hayan sido eliminadas en los cálculos de la solvencia de las entidades que integran el conglomerado.

Es así como para efectos del cálculo del patrimonio técnico del conglomerado financiero el Decreto 774 de 2018<sup>260</sup>, en su artículo 2.39.2.1.4, consagra, de un lado, la inclusión de todos los elementos del patrimonio técnico de las entidades que lo integran, incluidos los de aquellas que no cuenten con la definición de estos elementos en la normativa propia de las entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia. Es decir, aquellas que, siendo parte del conglomerado, de acuerdo con la definición contenida en la Ley 1870 de 2017, no están sometidas a la inspección, control y vigilancia y, por lo tanto, no les resulta aplicable *per se* el régimen de las entidades vigiladas. Es el caso de las personas jurídicas o vehículos de inversión con los que el *holding* financiero ejerce el control sobre las entidades financieras, las subordinadas en el exterior y las que, sin ejercer una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, han sido incorporadas al conglomerado al amparo de la facultad conferida a la Superintendencia Financiera de Colombia por el literal 1, numeral 3 del artículo 326 del estatuto orgánico del sistema financiero<sup>261</sup>.

De otro lado, el Decreto establece que se deducirán del patrimonio técnico el valor de las participaciones directas e indirectas en instrumentos representativos de capital en otras entidades del conglomerado cuando dichas participaciones dupliquen el cómputo de los elementos de capital del conglomerado financiero o, cuando al momento de cubrir pérdidas o hacer frente a los riesgos asumidos por el conglomerado financiero, disminuyan la efectividad de dichos recursos. Lo anterior, con excepción de aquellas pérdidas que hayan sido depuradas en el proceso de consolidación o deducidas por alguna norma relacionada con el cálculo de patrimonio técnico.

Y, por último, incorpora los niveles de patrimonio técnico con los que las entidades financieras del conglomerado cumplen los requisitos exigidos en las normas que las regulan y que están relacionados con las actividades que desarrollan y los riesgos asociados, más el de aquellas que no cuentan con definiciones de requisitos de patrimonio técnico. En este caso, al igual que en el de los elementos del patrimonio técnico, dichas entidades deberán aplicar los límites y definiciones correspondientes a actividades semejantes a las desarrolladas por las entidades vigiladas o a las que mejor reflejen su realidad económica y financiera.

El resultado de este cálculo será un valor (y no una ratio como lo es para las entidades financieras propiamente dichas) que deberá mostrar el exceso en esta relación y que, en caso de arro-

260 Decreto 774 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con las normas correspondientes al nivel adecuado de capital para los Conglomerados Financieros. Mayo 8 de 2018. DO. N.º 50587.

261 Esta disposición, que le da a la Superintendencia Financiera de Colombia la potestad de establecer en qué casos las entidades sometidas a su control y vigilancia deben consolidar sus operaciones con otras instituciones sujetas o no a su supervisión, fue recogida en el parágrafo 3 del artículo 6 de la Ley 1870 de 2017. La norma indica que, en caso de que la Superintendencia Financiera de Colombia haga uso de esta facultad, a la entidad incorporada al conglomerado por esta vía le serán aplicables todas las disposiciones contenidas en su Título I; es decir, se toma en una entidad más del conglomerado financiero sujeta a las obligaciones que de ello derivan.

jar defecto o de preverse que será así en un horizonte de tiempo determinado, llevará al *holding* financiero a la necesidad de solventarlo con la inyección de capital a una o varias de las entidades que integran el conglomerado, según él lo determine.

## 2.2.2. IDENTIFICACIÓN DE VINCULADOS Y LÍMITES DE EXPOSICIÓN Y CONCENTRACIÓN DE RIESGOS EN OPERACIONES ENTRE ENTIDADES DEL CONGLOMERADO Y CON VINCULADOS

La reglamentación sobre las operaciones con vinculados y los límites de exposición y concentración de riesgos en operaciones entre entidades del conglomerado y con sus vinculados es quizás la más relevante en el escenario de regulación y supervisión de los conglomerados financieros.

El aprovechamiento de sinergias y economías de escala que, como antes se vio, sustenta en buena parte el surgimiento de las estructuras conglomeradas, precisamente da lugar a los principales riesgos a los que están expuestas: el de contagio y el de concentración.

Buscando que las entidades que los integran y sus *holdings* financieros identifiquen, midan, monitoreen y mitiguen dichos riesgos, se expide el Decreto 1486 del 6 de agosto de 2018<sup>262</sup>. Norma que, en primer lugar, define los criterios bajo los cuales se identifica a los vinculados a las entidades del conglomerado financiero que, básicamente, son estos dos:

- 1) Las personas naturales, jurídicas y los vehículos de inversión que respecto de alguna o todas las entidades del conglomerado financiero tengan situación de control o subordinación en los términos de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, o que pertenezcan al mismo grupo empresarial de acuerdo con la definición del artículo 28 de la Ley 222 de 1995.
- 2) Las personas naturales o jurídicas que tengan participación o sean beneficiarias reales del 10% o más del capital de cualquiera de las entidades que integran el conglomerado financiero, así como las subordinadas de aquellas; y las personas jurídicas en las que alguna entidad del conglomerado tenga participación o sea beneficiaria real del 10% o más del capital. Para calcular esta participación, no se tendrán en cuenta las acciones sin derecho a voto.

Así mismo, el decreto señala que no se considerarán vinculados quienes, aun estando inmersos en alguno de estos supuestos, sean fondos de pensiones obligatorias, fondos de cesantía, fondos de pensiones de jubilación e invalidez, patrimonios autónomos en los cuales las políticas de inversión no sean definidas por una entidad del conglomerado (aquellos en los que las políticas de inversión sean definidas por una entidad del conglomerado sí se consideran vinculados al

.....  
262 Decreto 1486 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los criterios para determinar la calidad de vinculados, límites de exposición, concentración de riesgos y conflictos de interés de los conglomerados financieros, y se dictan otras disposiciones. Agosto 6 de 2018. DO. N.º 50677.

mismo<sup>263</sup>), fondos de inversión colectiva (a excepción de los fondos de capital privado, que sí se consideran vinculados<sup>264</sup>), fondos mutuos de inversión, las sociedades titularizadoras y sus universalidades, los organismos multilaterales de crédito, las personas jurídicas de derecho público, las entidades descentralizadas del sector público en sus diferentes órdenes y los proveedores de infraestructura<sup>265</sup>.

En materia de límites de exposición y concentración de riesgos, el decreto marca la senda de un modelo de autorregulación en donde cada *holding* financiero es el responsable de definir y adoptar la política para las exposiciones entre las entidades que integran el conglomerado que lidera y sus vinculados, así como los límites aplicables a las mismas.

Este ámbito autorregulatorio parte de unos lineamientos que da el Decreto 1486 de 2018 que busca que las entidades que hacen parte de los conglomerados financieros, siguiendo las directrices del *holding* financiero, identifiquen todas las exposiciones presentes entre las compañías del conglomerado y con sus vinculados y los riesgos que puedan derivar de ellas, de manera que logren controlarlos y gestionarlos.

De acuerdo con el decreto, aunque las políticas, procesos, procedimientos y límites deben cubrir todo tipo de exposiciones entre las entidades del conglomerado y de ellas con sus vinculados, sin importar su fuente u origen, lo cierto es que para efectos del seguimiento que va a ejercer el supervisor en relación con el cumplimiento de dichos límites, el *holding* debe establecer, al

263 La Circular Externa 030 de 2020, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, precisa que serán vinculados al conglomerado los patrimonios autónomos (PA) que

Cumplan con la totalidad de los siguientes requisitos: (i) el fideicomitente o uno de los fideicomitentes es una entidad que hace parte del conglomerado financiero (ii) dicho fideicomitente cuenta con una participación del 10% o más del total de los derechos fiduciarios (iii) cuando el PA tenga el 10% o más en la participación accionaria directa o indirecta en alguna de las entidades del conglomerado financiero y (iv) sus políticas de inversión son definidas por alguna de las entidades que conforma dicho conglomerado financiero, de acuerdo con el parágrafo 1 del art. 2.39.3.1.2 del Decreto 2555 de 2010, respecto de los bienes fideicomitidos o que conforman el PA. Esta previsión aplica tanto para los PA clasificados como un fideicomiso de inversión, como para cualquier otro PA en el que se tomen decisiones de inversión.

(Circular Externa 030. Superintendencia Financiera de Colombia. Boletín 557. Imparte instrucciones relacionadas con los vinculados y límites de exposición y concentración de riesgos de los conglomerados financieros. (Octubre 1 de 2020).

264 La Circular Externa 030 de la Superintendencia Financiera de Colombia señala que serán vinculados al conglomerado los fondos de capital privado (FCP) cuando:

(i) Alguna de las entidades que conforman el conglomerado financiero es inversionista del FCP y cuenta con participaciones directas e indirectas que le otorgan derechos de voto para constituir las mayorías necesarias para modificar el reglamento; (ii) El FCP dentro de su portafolio de inversión tenga el 10% o más en la participación accionaria directa o sea el beneficiario real del 10% o más de alguna de las entidades del conglomerado financiero; (iii) En los casos en los que cualquier entidad o grupo de entidades que hagan parte del conglomerado financiero cuenten con el 10% o más de la participación total en el FCP o en el respectivo compartimiento, cuando: a. La entidad que actúa como gestor del FCP y/o el gestor profesional del FCP o del respectivo compartimiento haga parte del conglomerado financiero, y b. Alguna de las entidades que conforman el conglomerado toma las decisiones de inversión o desinversión del FCP.

265 Según lo previsto en el artículo 11.2.1.6.4 del Decreto 2555 de 2010:

Se entiende por proveedores de infraestructura las bolsas de valores, las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, las bolsas de futuros y opciones, los almacenes generales de depósito, los administradores de sistemas de compensación y liquidación de valores, contratos de futuros, opciones y otros, los administradores de depósitos centralizados de valores, las cámaras de riesgo central de contraparte, los administradores de sistemas de negociación de valores y de registro de operaciones, los administradores de sistemas de pago de bajo valor, los administradores de sistemas de negociación y de registro de divisas y los administradores de sistemas de compensación y liquidación de divisas y los demás sistemas o mecanismos por medio de los cuales se facilite la negociación o registro de valores, contratos de futuros, opciones, divisas y demás instrumentos financieros. (Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010. DO. N.º 47771).

menos, dos clases de límites para los cuales solo computarán las operaciones activas de crédito<sup>266</sup> vigentes, previstas en los Títulos 2 y 3 del Libro 1, Parte 2 del Decreto 2555 de 2010.

Dichas operaciones son, entre otras, las de mutuo o préstamo en dinero, la aceptación de letras, el otorgamiento de avales y demás garantías, la apertura de crédito, las operaciones de descuento, las operaciones de reporto, las simultáneas, las operaciones de transferencia temporal de valores, las exposiciones crediticias en operaciones con instrumentos financieros derivados, los activos entregados en arrendamiento financiero o *leasing*, las inversiones en acciones o participaciones, bonos y otros títulos negociables y los cupos de crédito o compromisos irrevocables. Estos límites, tal como lo prevé el decreto, son:

- 1) Límite para las exposiciones entre entidades del conglomerado financiero: que corresponde a un porcentaje máximo del patrimonio técnico del conglomerado financiero permitido para las exposiciones agregadas entre las entidades que lo conforman.
- 2) Límite para la exposición agregada con un vinculado al conglomerado financiero: corresponde a un porcentaje máximo del patrimonio técnico del conglomerado financiero permitido para la sumatoria de las exposiciones que tiene con un vinculado.

Ahora bien, aun cuando el decreto establece estos dos límites como mínimos dentro de la gestión que deben realizar el *holding* financiero y las entidades que integran el conglomerado respecto de su concentración de riesgos, lo cierto es que, desde el punto de vista prudencial, esta es solo parte de la tarea que deben desarrollar dichas entidades dentro de la gestión de los riesgos que les corresponde como integrantes de un conglomerado financiero.

En efecto, como se verá más adelante, la Superintendencia Financiera de Colombia, en el marco de las facultades de instrucción conferidas por la Ley 1870 de 2017, emitió la Circular Externa 013 de 2019<sup>267</sup> mediante la cual establece el Marco de Gestión de Riesgos (MGR) para los conglomerados financieros y señala la obligación, por parte de las entidades que hacen parte de estos, en cabeza del *holding* financiero, de gestionar los riesgos de contagio y concentración que pueden derivarse de todo tipo de exposiciones y relaciones y no únicamente de las comprendidas en estos límites.

Pero antes de abordar este tema vale la pena resaltar que el Decreto 1486 de 2018 dedica un espacio importante a reglamentar los conflictos de interés. Como es apenas obvio, por su configuración las estructuras conglomeradas traen implícita una mayor probabilidad de que estos se presenten; situación que no es negativa *per se*, sino, más bien, propia del devenir de los negocios, por lo que dichos conflictos deben ser identificados, revelados, controlados y gestionados debidamente.

Con este propósito, el decreto incorpora una definición de conflicto de interés aplicable a las entidades que hacen parte del conglomerado financiero, incluido el *holding* financiero, y

266 La doctrina de la Superintendencia Financiera de Colombia ha descrito como operación activa de crédito toda aquella “que coloca a una entidad vigilada, en desarrollo de su actividad como profesional en la intermediación financiera, en posición real o potencial de acreedor”. Superintendencia Bancaria de Colombia. Concepto 001-798. (Noviembre 30 de 1987).

267 Circular Externa 013 de 2019. Superintendencia Financiera de Colombia. Marco de gestión de riesgos para los conglomerados financieros (MGR). (Junio 20 de 2019).

sus vinculados: “se entiende por conflicto de interés aquella situación que surge o puede surgir para una o más personas que puedan tomar decisiones, o incidir en la adopción de las mismas, cuando se identifiquen intereses contrarios e incompatibles respecto de un acto o negocio”<sup>268</sup>. Esta definición involucra la noción tanto de conflicto real como de conflicto potencial, aquel que puede surgir en el futuro para las entidades o para quienes deben tomar o incidir en la adopción de una decisión.

También hace claridades relevantes sobre el manejo de los conflictos de interés en los conglomerados<sup>269</sup>:

- Las directrices que imparte el *holding* financiero respecto de los conflictos de interés deben prever que se podría presentar una situación de conflicto entre las entidades que conforman el conglomerado. Enfoque novedoso en la normativa colombiana y necesario en presencia de formas de organización empresarial como las conglomeradas, en las que un administrador, o quien incide en la toma de las decisiones puede verse abocado a escoger o privilegiar el interés de una o varias de las entidades que integran el conglomerado por encima, en detrimento o en contraposición del interés de otra u otras de dichas entidades, de vinculados o de terceros.

Una de las motivaciones para organizarse como conglomerado financiero es precisamente prestar un servicio eficaz y eficiente a los clientes, ofreciendo una gama de productos que cubran sus necesidades en materia de financiamiento, gestión de riesgos, liquidez, asesoramiento, etcétera, verbigracia, el caso típico del cliente que emite valores con la asesoría financiera de una de las empresas del conglomerado, lleva a cabo operaciones de cobertura con otra de las empresas del conglomerado y es cliente de administración de activos a través de un fondo de pensiones administrado por otra de las entidades del mismo conglomerado. Para las empresas de un conglomerado que, simultáneamente, actúan en distintos roles frente a clientes múltiples es posible que surjan situaciones de conflicto en la selección, toma, operación y desarrollo del negocio.

En estos eventos son fundamentales el análisis y revisión de estas exposiciones, el levantamiento de barreras de información, la integración de equipos diferenciados con deberes de confidencialidad entre unidades de negocio, y la adopción de todas las medidas de precaución necesarias para la identificación, revelación y gestión de los conflictos.

El decreto también señala que puede presentarse el conflicto entre las entidades que integran el conglomerado y los vinculados al mismo, y entre los administradores y las personas con capacidad de toma de decisión en dichas entidades.

- De presentarse una situación de conflicto de interés entre entidades del conglomerado financiero o entre estas y sus vinculados debe respetarse el equilibrio entre los intereses de las primeras, los de las subordinadas, los del conglomerado en su conjunto y los de los inversionistas y afiliados. Sin perjuicio de la autonomía propia de las entidades que integran el conglomerado, el *holding* debe coadyuvar a salvaguardar ese equilibrio mediante la emisión de políticas claras al respecto.

268 Decreto 1486 de 2018. Artículo 2.39.3.1.3.

269 Decreto 1486 de 2018.

- Los conflictos pueden derivar también de las operaciones que realicen las entidades del conglomerado financiero con recursos que provengan de la actividad de administración de recursos de terceros, verbigracia, fondos de pensiones y de cesantías, fondos de capital privado, contratos de fiducia mercantil, fondos de inversión colectiva, etcétera, en las que, en todo caso, debe privilegiarse muy especialmente la observancia del deber fiduciario por parte de quienes administran dichos recursos.
- Expresamente se indica que, al verificar la existencia de la situación de conflicto, o aún si se tiene duda frente a su existencia, la persona incurso en el mismo, o que crea estarlo, debe abstenerse de adelantar la operación y no podrá intervenir en el debate o deliberación ni influir en la decisión que se adopte. En caso de querer hacerlo, deberá obtener previamente la autorización del órgano competente, tal como lo señala el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995<sup>270</sup>.
- La posición plasmada en el Decreto en este punto resuelve un antiguo debate sobre si el órgano colegiado puede adoptar la decisión respecto de una operación o asunto en el que alguno o algunos de los administradores que lo integran tiene un conflicto de interés real o potencial. Dispone el Decreto que lo que procede es la abstención por parte del administrador que se encuentre en la situación de conflicto de participar en el examen de la operación o asunto, lo que no impide que el colegiado, contando con el quórum mínimo para deliberar y decidir, pueda resolver sobre él. Obviamente, se preserva la opción de que el administrador conflictuado pueda participar de la decisión sobre la operación si obtiene previamente la autorización del órgano competente para otorgarla.
- Para que las entidades administradoras de fondos de pensiones obligatorias y de cesantías pertenecientes a un conglomerado puedan invertir con los recursos de esos fondos en entidades del mismo conglomerado, el decreto las obliga a elevar el estándar de gobierno corporativo en la gestión de las situaciones de conflicto de interés.
  - Se exige, entonces, que la política para realizar este tipo de inversiones sea aprobada por la junta directiva, siendo esta responsable de hacer seguimiento a su implementación.
  - Al menos el 40% de los miembros de los comités de inversiones y de riesgos de la sociedad administradora deben tener la calidad de miembros independientes respecto de la propia sociedad administradora, bajo los criterios de independencia previstos en el parágrafo segundo del artículo 44 de la Ley 964 de 2005<sup>271</sup>; y no podrán estar vinculados laboralmente con las empresas del conglomerado al que pertenece la sociedad administradora y/o con los vinculados del conglomerado, estén estos domiciliados en Colombia o en el exterior.
  - Para llevar a cabo la inversión, debe mediar una justificación técnica por parte del comité de inversiones por cada tipo de fondo en el que sea incluida.
  - Las inversiones se realizarán a precios de mercado.
  - Para que los recursos de los fondos de pensiones obligatorias y de cesantías que administran las sociedades administradoras puedan ser invertidos en depósitos a la vista en

270 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

271 Ley 964 de 2005. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. Julio 8 de 2005. DO. N.º 45963.

otra entidad del mismo conglomerado, la junta directiva debe establecer, dentro de la política de inversiones, una política especial para su manejo.

- Igualmente, la junta debe fijar límites por tipo de activo, por emisor y por emisión, y prever la forma de realizar estas inversiones de tal manera que no afecten las condiciones de mercado.

En todo caso, las exposiciones de cada uno de los fondos de pensiones obligatorias y de cesantías que tengan como contraparte una entidad del mismo conglomerado al que pertenece la sociedad que los administra no podrán exceder del 8% del valor de cada fondo. Para estos efectos se entiende como exposición la suma de las operaciones en uno o varios instrumentos de una misma entidad o emisor, incluyendo los depósitos a la vista realizados en ella, las exposiciones netas de la contraparte resultantes de las operaciones de reporto o repo activas, operaciones simultáneas activas y las operaciones de transferencia temporal de valores en las que los fondos de pensiones obligatorias y de cesantías actúen como originadores.

### 2.2.3. RIESGOS PROPIOS DE LOS CONGLOMERADOS FINANCIEROS

Por último, siguiendo el estándar internacional, el país, a través de las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia en la Circular Externa 013 de 2019, definió tres riesgos como propios de los conglomerados financieros y determinó que se deberán gestionar bajo el liderazgo del *holding* financiero: riesgo estratégico, de contagio y de concentración.

**2.2.3.1. Riesgo estratégico:** aquel que surge de la inadecuada consideración de riesgos en el proceso de planificación estratégica del *holding* financiero respecto de las actividades del conglomerado y de su implementación; también, de la imposibilidad de adaptarse a cambios o a la evolución de las economías y mercados donde opera el conglomerado. Este riesgo también puede presentarse cuando el conglomerado financiero incursiona en nuevos mercados.

**2.2.3.2. Riesgo de contagio:** es la probabilidad de que, como consecuencia del deterioro de las condiciones de una o varias de las entidades que conforman el conglomerado financiero, se vea comprometida su estabilidad o la de alguna de ellas.

**2.2.3.3. Riesgo de concentración:** corresponde al riesgo de que la exposición a una misma contraparte tenga la capacidad de generar (i) pérdidas que comprometan la estabilidad y solidez financiera del conglomerado financiero o el normal desarrollo de sus negocios, o (ii) un cambio material en el perfil de riesgo del conglomerado. Para efectos de su análisis se deben tener en cuenta no solo las contrapartes propias del *core* del negocio, sino también los proveedores de servicios u otras contrapartes contractuales. Su evaluación debe hacerse, al menos, por línea de negocio, ubicación geográfica, sector económico y contraparte; debe considerar la existencia de proveedores de servicios y centros de servicios compartidos, y la eventual ocurrencia de desastres naturales, entre otros aspectos.

Para la gestión de estos tres riesgos, el *holding* financiero debe diseñar, implementar y mantener un MGR para el conglomerado financiero, el cual, además, le debe permitir tener un conocimiento general de los riesgos de las entidades que conforman el conglomerado.

**2.2.3.4. Marco de Gestión de Riesgo del conglomerado financiero:** Se compone del marco de apetito de riesgo, que es la definición, por parte del *holding* financiero, de los niveles de riesgo que está dispuesto a asumir acordes con su plan de negocio y de la gestión de riesgos. Para gestionar los riesgos propios del conglomerado, antes enunciados, el *holding* financiero debe contar, igualmente, con una estructura de gobierno de riesgos que asigne a cada uno de los órganos de gobierno las responsabilidades en relación con dicha gestión y considere procedimientos para la toma de decisiones, el diseño y seguimiento del MGR y las líneas de reporte; los mecanismos para que en el proceso de planeación estratégica del *holding* financiero, y en su implementación, se tengan en consideración los riesgos a los que se encuentra expuesto; la asignación de los recursos físicos, humanos, económicos y tecnológicos del *holding* financiero para el desarrollo, implementación y mantenimiento del MGR y la determinación de las funciones y responsabilidades que estarán a cargo de la junta directiva, el representante legal, la función de gestión de riesgos, el comité de riesgos y la auditoría interna. Finalmente, el MGR debe estar soportado en una infraestructura tecnológica y en sistemas de información robustos que le permitan al *holding* tener una visión comprensiva de los riesgos y contar con la documentación que respalde el MGR.

### 3. CONCLUSIONES

Todos los elementos y herramientas antes enunciados constituyen el abanico de mecanismos con los cuales Colombia actualiza y fortalece su regulación y supervisión comprensiva y consolidada sobre los conglomerados financieros, situándose a la vanguardia de muchos de los países de la región y adhiriendo a los mejores estándares internacionales en la materia.

Si bien subsisten retos, de hecho la consolidación del modelo de supervisión comprensiva y consolidada es en sí mismo uno de ellos, lo cierto es que el avance que ha dado el país en los últimos años es invaluable y sella una deuda que tenía frente a la realidad del sector financiero colombiano.

### REFERENCIAS

- Circular Externa 014 de 2018. Superintendencia Financiera de Colombia. Boletín Ministerio de Hacienda, Capítulo Superintendencia Financiera de Colombia, No. 450 de 6 de julio de 2018. (Junio 29 de 2018).
- Circular Externa 013 de 2019. Superintendencia Financiera de Colombia. Marco de gestión de riesgos para los conglomerados financieros (MGR). (Junio 20 de 2019).
- Circular Externa 030 de 2020. Superintendencia Financiera de Colombia. Boletín 557. Imparte instrucciones relacionadas con los vinculados y límites de exposición y concentración de riesgos de los conglomerados financieros. (Octubre 1 de 2020).
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Julio 24 de 2000. Comité de Basilea para la Supervisión Bancaria, *Estándares Mínimos para la Supervisión de Grupos Bancarios Internacionales y de sus Establecimientos Transfronterizos*, Basilea, 1992.

- Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Convergencia Internacional de Medición de Capital y Normas de Capital*, Bank of International Settlements (BIS), Basilea, 1988.
- Congreso de la República. (Junio 15 de 2017). Gaceta del Congreso, Año XXVI, (495), p. 22.
- Decreto [Ley] 663 de 1993. Estatuto orgánico del sistema financiero. Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Abril 2 de 1993. DO. N.º 40820.
- Decreto 2360 de 1993. Por el cual se dictan normas sobre límites de crédito. Noviembre 26 de 1993. DO. N.º 41120.
- Decreto 673 de 1994. Por el cual se dictan normas sobre el patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito. Marzo 28 de 1994. DO. N.º 41287.
- Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010. DO. N.º 47771.
- Decreto 1771 de 2012. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con el cálculo de la relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito. Agosto 23 de 2012. DO. N.º 48531.
- Decreto 246 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010, en lo relacionado con los criterios de exclusión de supervisión de entidades pertenecientes a los conglomerados financieros. Febrero 02 de 2018. DO. N.º 50495.
- Decreto 774 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con las normas correspondientes al nivel adecuado de capital para los Conglomerados Financieros. Mayo 8 de 2018. DO. N.º 50587.
- Decreto 1477 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto número 2555 de 2010 en lo relacionado con los requerimientos de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito y se dictan otras disposiciones. Agosto 6 de 2018.
- Decreto 1486 de 2018. Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con los criterios para determinar la calidad de vinculados, límites de exposición, concentración de riesgos y conflictos de interés de los conglomerados financieros, y se dictan otras disposiciones. Agosto 6 de 2018. DO. N.º 50677.
- Ley 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones. Diciembre 18 de 1990. DO. N.º 39607.
- Ley 35 de 1993. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. Enero 5 de 1993. DO. N.º 40710.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 510 de 1999. Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades. Agosto 3 de 1999. DO. N.º 43654.
- Ley 546 de 1999. Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones. Diciembre 23 de 1999. DO. N.º 43827.

- Ley 795 de 2003. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones. Enero 14 de 2003. DO. N.º 45064.
- Ley 964 de 2005. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones. Julio 8 de 2005. DO. N.º 45963.
- Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Julio 15 de 2009. DO. N.º 47411.
- Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras. Septiembre 21 de 2017. DO. N.º 50363.
- Superintendencia Bancaria de Colombia. Concepto 001-798. (Noviembre 30 de 1987).



# LOS EFECTOS DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA EN LOS CONGLOMERADOS ECONÓMICOS

AIDA TAMAYO RODRÍGUEZ<sup>272</sup>  
MARCO ANTONIO CASAS RODRÍGUEZ<sup>273</sup>

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es ilustrar al lector sobre la importancia de realizar controles a los conglomerados y sobre qué repercusiones tendrían en las operaciones entre vinculados partiendo de los criterios de vinculación (control y dirección o directrices accionarias dominantes). Y para el caso de las operaciones entre empresas colombianas y sus vinculados, determinar si bajo el análisis de precios de transferencia (PT) estas se encuentran a precios de mercado; también, si en el país el margen de tributación es similar al de las empresas que no tienen ningún tipo de vinculación (partes independientes).

La vinculación es una condición imprescindible en la aplicabilidad de las normas de PT. Las multinacionales son un claro ejemplo de conglomerados que realizan innumerables operaciones entre sí, como compra y venta de materias primas, repuestos y productos terminados; prestación de servicios; asistencia técnica; pago de regalías (marcas, patentes, *know how*), y financiamiento.

272 Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). Especialización en Gerencia Financiera de la Universidad Piloto de Colombia; diplomado en Fiscalización Tributaria de la Universidad Cooperativa de Colombia (UCC).

273 Profesional en Comercio Internacional de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Especialización en Derecho Aduanero de la Universidad Externado de Colombia; magíster en Hacienda Pública y Administración Tributaria de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) y del Instituto de Estudios Fiscales (Madrid, España).

Estas operaciones generan especial interés en las administraciones tributarias, pues la constitución de filiales, subsidiarias, sucursales, etc., en lugares de baja imposición puede generar una competencia fiscal entre Estados y una posible erosión de la base imponible por ficciones en el control y por la deslocalización estratégica de activos, funciones y riesgos, generando evasión y elusión fiscal.

Ahora bien, con el ánimo de esbozar de manera clara y sencilla el objetivo planteado, se partirá de la definición de PT; de los cambios más importantes en la legislación tributaria en Colombia para adoptar las normas de PT; de los requisitos que establece la norma tributaria para los obligados a declarar PT; de las operaciones y de los montos que constituyen las obligaciones formales para documentar y declarar las operaciones con sus vinculados ubicados en el exterior, en países de baja o nula tributación o en zonas francas, y de una breve explicación de los métodos que contempla la norma tributaria para que los obligados a PT le demuestren a la autoridad tributaria que sus operaciones están a precios de mercado y que su margen de tributación es similar a la de los contribuyentes que realizan las mismas operaciones, pero que no tienen ningún tipo de vinculación.

## 1. DEFINICIÓN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Según el *Diccionario de la lengua española*<sup>274</sup> de la Real Academia Española (RAE), precio es el “valor pecuniario en que se estima algo”<sup>275</sup>, y transferir es “ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo”. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) señala: “precios de transferencia son los precios a los cuales una empresa transfiere bienes tangibles o intangibles, o presta servicios a empresas vinculadas”<sup>276</sup>.

Colombia adoptó las reglas de PT buscando que se paguen los impuestos a los que, justa y legalmente, tiene derecho la administración tributaria, con el propósito de evitar la manipulación y el manejo artificial de precios para:

- Disminuir la base gravable de las compañías colombianas para pagar menos impuestos.
- Sacar dinero del país con menores tasas de impuestos.

## 2. CAMBIOS NORMATIVOS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Para lograr los propósitos del régimen de precios de transferencia con el único fin de tener una equidad fiscal, Colombia ha realizado cambios en sus normas tributarias. Los más importantes son:

- 1) Ley 788 de 2002 (artículo 28).
- 2) Sentencia C-690 de 2003.

274 RAE, *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <https://dle.rae.es/precio?m=form>.

275 RAE, *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/transferir?m=form>

276 OCDE, *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, Instituto de Estudios Fiscales (Trad.), París, 2017, p. 19.

- 3) Ley 863 de 2003 (capítulo iv).
- 4) Decreto Reglamentario 4349 de 2004.
- 5) Decreto 4048 de 2008 (artículo 34).
- 6) Ley 1430 de 2010 (artículo 41).
- 7) Ley 1607 de 2012 (artículos 111 a 121).
- 8) Decreto Reglamentario 3030 de 2013.
- 9) Decreto Único Reglamentario 1625 de 2016.
- 10) Ley 1819 de 2016.
- 11) Decreto 2120 de 2017.

De manera inicial, en Colombia se adoptan las normas en materia de PT con la Ley 788 de 2002 (artículo 28), que se formuló teniendo en cuenta las normas internacionales y, como eje fundamental, las *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias 2017*. En este sentido, es importante destacar la Sentencia C-690 de 2003 que para el caso colombiano aclara el uso de estas directrices como criterio de interpretación no vinculante en la normatividad nacional, “ello no quiere decir que tales guías no constituyan una herramienta interpretativa valiosa en un tema complejo y cambiante como el de los precios de transferencia, pero sí que las mismas no pueden tener alcance vinculante en Colombia”<sup>277</sup>.

Posteriormente, el régimen de precios de transferencia se consolidaría bajo un marco más amplio con la Ley 863 de 2003 (capítulo iv) y el Decreto Reglamentario 4349 de 2004 en los cuales se da claridad sobre las operaciones con vinculados y las obligaciones formales de los contribuyentes.

Ahora bien, la Ley 1607 de 2012 y el Decreto Reglamentario 3030 de 2013, que tenían como fin principal la armonización de normas, introdujeron algunos de los principales cambios entre los que se encuentran la definición del principio de plena competencia, la vinculación del territorio aduanero nacional con los usuarios de las zonas francas y la eliminación del método residual de partición de utilidades.

Finalmente, con la Ley 1819 de 2016 y el Decreto Reglamentario 2120 de 2017 se incorporó a la norma parte de las acciones 8, 9 y 10 del Plan de Acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting* [erosión de la base imponible y el traslado de beneficios]) para adoptar estándares internacionales en PT. Se destacan la obligación de los contribuyentes inmersos en el régimen de precios de transferencia de presentar el informe local, el informe maestro y el reporte país por país, y el uso de la aplicabilidad del precio comparable como el método más apropiado para las operaciones de *commodities*.

.....  
277 Corte Constitucional de Colombia. (Agosto 12 de 2003). Sentencia C-690. [MP. Jaime Araujo Rentería].

### 3. OBLIGADOS DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Para estar obligado al régimen de precios de transferencia se deben cumplir los requisitos de los artículos 260-2, 260-5 y 260-9 del estatuto tributario<sup>278</sup>:

- 1) Ser contribuyente del impuesto de renta y complementarios y cumplir con los topes establecidos (relativos a patrimonio e ingreso):
  - Patrimonio bruto en el último día del año o período gravable igual o superior a cien mil (100.000) unidades de valor tributario (UVT).
  - Ingresos brutos del respectivo año iguales o superiores a sesenta y un mil (61.000) UVT<sup>279</sup>.
- 2) Tener vinculados en el exterior y/o en zonas francas.
- 3) Realizar operaciones con:
  - a. Vinculados del exterior;
  - b. Vinculados ubicados en zonas francas;
  - c. Con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas, residentes o domiciliadas en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición o regímenes tributarios preferenciales.<sup>280</sup>

#### 3.1. CONCEPTO DE VINCULACIÓN

Los criterios de vinculación son vitales en las normas de PT. Al respecto, los artículos 260-1 del estatuto tributario<sup>281</sup> y 1.2.2.1.1. del Decreto 1625 de 2016<sup>282</sup> establecen que hay vinculación cuando un contribuyente se encuentra en uno o más de los siguientes casos:

- **Subordinadas:**
  - Una entidad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión esté sometido a la voluntad de otra u otras personas o entidades que serán su matriz o controlante. Si es directamente, la entidad se denominará filial; si lo hace con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, se llamará subsidiaria.
  - Cuando esté en uno o más de estos casos:
    - » Cuando más del 50% de su capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas o de las subordinadas de estas. Para esto no se computarán las acciones con dividendo preferencial ni las sin derecho a voto.
    - » Cuando en la junta de socios o en la asamblea la matriz y las subordinadas tienen, conjunta o separadamente, el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria; o cuando tienen el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere.

278 Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.

279 Decreto 2120 de 2017. Por el cual se modifican los artículos 1.2.2.1.2. y 1.2.2.1.3. del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 1; se sustituyen los Capítulos 2, 3 Y 4 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 1 y el Capítulo 1 del Título 3 de la Parte 6 del Libro 1 y se modifica el epígrafe del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016. Único Reglamentario en Materia Tributaria. Diciembre 15 de 2017. DO. N.º 50448.

280 Decreto 2120 de 2017. Artículo 1.

281 Decreto 624 de 1989. Artículo 260-1.

282 Decreto 1625 de 2016. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria. Octubre 11 de 2016. DO. N.º 50023.

- » Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, por 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.
  - » Cuando el control, según los supuestos previstos en el artículo 260-1 del estatuto tributario, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas o por entidades o esquemas de naturaleza no societario, sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las que esta posea más del 50% del capital, o que configuren la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o en la toma de decisiones de la entidad.
  - » Cuando una(s) misma(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) o un(os) mismo(s) vehículo(s) no societario(s), conjunta o separadamente, tengan derecho a percibir el 50% de las utilidades de la sociedad subordinada.
- **Sucursales:** respecto de sus oficinas principales.
  - **Agencias:** respecto de las sociedades a las que pertenezcan.
  - **Establecimientos permanentes:** respecto de la empresa cuya actividad realizan en todo o en parte.
  - **Otros casos de vinculación:**
    - Operación entre dos subordinadas de una misma matriz.
    - Operación entre vinculados a través de terceros no vinculados.
    - Consorcios y uniones temporales, entre otros.

## 3.2. OPERACIONES ECONÓMICAS

Ahora bien, además de ser contribuyente del impuesto sobre la renta y complementarios y de que exista vinculación, es indispensable que durante el año gravable el obligado al régimen de PT haya realizado operaciones con vinculados del exterior o en zonas francas, o con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas o residentes en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición o regímenes tributarios preferenciales.

### 3.2.1. OPERACIONES CON VINCULADOS DEL EXTERIOR

Es importante precisar que la realización de una operación económica con un vinculado del exterior durante el año gravable es suficiente para materializar este requisito, aun cuando la vinculación económica no se mantenga durante todo el periodo gravable.

En este contexto, cuando en un determinado período gravable se celebren operaciones con vinculados del exterior, deben aplicarse las normas relativas al régimen de precios de transferencia.

### 3.2.2. OPERACIONES CON VINCULADOS UBICADOS EN ZONA FRANCA

Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios domiciliados o residentes del territorio aduanero nacional que celebren operaciones con vinculados ubicados en zonas francas están obligados a dar cumplimiento al régimen de precios de transferencia.

### 3.2.3. OPERACIONES REALIZADAS CON UBICADOS EN JURISDICCIONES NO COOPERANTES DE BAJA O NULA TRIBUTACIÓN O RÉGIMENES TRIBUTARIOS PREFERENCIALES

Los contribuyentes del impuesto a la renta y complementarios que celebren operaciones con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas, residentes o domiciliadas en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición o regímenes tributarios preferenciales están obligados a cumplir con el régimen de precios de transferencia, independientemente del cumplimiento de los tops (patrimonio o ingresos) establecidos en los artículos 260-5 y 260-9 del estatuto tributario<sup>283</sup>.

## 4. EL PRINCIPIO *ARM'S LENGTH* O DE PLENA COMPETENCIA

El principio de plena competencia se encuentra en el apartado 1 del artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, que constituye el pilar jurídico de los convenios fiscales bilaterales entre países miembros. Este artículo dispone:

*“(Cuando)... dos empresas (asociadas) estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia.”*<sup>284</sup>

El artículo 260-2 del estatuto tributario establece el principio de plena competencia, también llamado *Arm's Length* o del operador independiente. Según este principio, una operación entre vinculados cumple con las condiciones que se hubieren utilizado en operaciones comparables con o entre partes independientes<sup>285</sup>.

### 4.1. ANÁLISIS DE UNA OPERACIÓN EN CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PLENA COMPETENCIA

El artículo 260-2 del estatuto tributario establece el principio de plena competencia, también llamado *Arm's Length* o del operador independiente en la siguiente figura expone una operación entre vinculados (venta de inventarios) y se determina que cumpla con las condiciones que se hubieren utilizado en operaciones comparables con o entre partes independientes.

Es decir, las operaciones entre vinculados se deben realizar a valores de mercado y deben evitar las condiciones especiales que existen dentro de un grupo multinacional, esto con un fin primordial: poner a compañías vinculadas en igualdad de condiciones frente a aspectos tributarios en relación con todas las compañías independientes.

283 Decreto 624 de 1989. Artículos 260-5 y 260-9.

284 OCDE, *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, Instituto de Estudios Fiscales (Trad.), París, 2017, p. 41.

285 Decreto 624 de 1989. Artículo 260-2.

## VENTA DE INVENTARIOS

### ENTIDAD A (VINCULADA EN EL EXTERIOR)

|                    |              |
|--------------------|--------------|
| INGRESOS           | 50 UM        |
| <u>COSTOS</u>      | <u>20 UM</u> |
| GASTOS             | 10 UM        |
| UTILIDAD OPERATIVA | 20 UM        |
| TARIFA DE RENTA 2% | 4 UM         |

### EMPRESA COLOMBIA

|                     |              |
|---------------------|--------------|
| <u>INGRESOS</u>     | <u>20 UM</u> |
| COSTOS Y GASTOS     | 20 UM        |
| UTILIDAD OPERATIVA  | 0 UM         |
| TARIFA DE RENTA 33% | 0 UM         |
| IMPUESTO TOTAL      | 4 UM         |



## VENTA DE INVENTARIOS

### ENTIDAD A (VINCULADA EN EL EXTERIOR)

|                    |              |
|--------------------|--------------|
| INGRESOS           | 50 UM        |
| <u>COSTOS</u>      | <u>25 UM</u> |
| GASTOS             | 10 UM        |
| UTILIDAD OPERATIVA | 15 UM        |
| TARIFA DE RENTA 2% | 3 UM         |

### EMPRESA COLOMBIA

|                     |              |
|---------------------|--------------|
| <u>INGRESOS</u>     | <u>25 UM</u> |
| COSTOS Y GASTOS     | 20 UM        |
| UTILIDAD OPERATIVA  | 5 UM         |
| TARIFA DE RENTA 33% | 1,65 UM      |
| IMPUESTO TOTAL      | 4,65 UM      |

Fuente: Elaboración propia.

## 5. OBLIGACIONES TRIBUTARIAS DE LOS RESPONSABLES DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Los contribuyentes obligados al régimen de precios de transferencia deben cumplir con las siguientes obligaciones:

### 5.1. OBLIGACIÓN SUSTANCIAL

Para efectos del impuesto sobre la renta, determinar los ingresos ordinarios y extraordinarios, los costos, las deducciones y los activos y pasivos considerando los precios y los márgenes de utilidad que se hubieran aplicado en operaciones comparables con o entre partes independientes.

### 5.2. OBLIGACIÓN FORMAL

Deben presentar anualmente la declaración informativa de precios de transferencia. Además, preparar y conservar la documentación comprobatoria de PT.

#### 5.2.1. DECLARACIÓN INFORMATIVA DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Con esta declaración, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios obligados a aplicar las normas que regulan el régimen de precios de transferencia y que cumplen con las condiciones para ser declarantes dan a conocer a la administración tributaria las operaciones que realizaron durante el año gravable con vinculados del exterior, vinculados ubicados en zonas francas o con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas, residentes o domiciliadas en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición o regímenes tributarios preferenciales.

La declaración informativa de precios de transferencia la deben presentar todos los contribuyentes obligados al régimen de precios de transferencia que celebren operaciones con vinculados

según lo establecido en los artículos 260-1, 260-2 y 260-5 del estatuto tributario y que cumplan con alguno de los siguientes topes<sup>286</sup>:

- Patrimonio bruto en el último día del año o período gravable igual o superior a cien mil (100.000) UVT.
- Ingresos brutos del respectivo año con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas, residentes o domiciliadas en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición o regímenes tributarios preferenciales iguales o superiores al equivalente a sesenta y un mil (61.000) UVT.

### 5.2.2. DOCUMENTACIÓN COMPROBATORIA

Es la documentación con la cual los contribuyentes obligados al régimen de precios de transferencia entregan a la administración tributaria la información de cada operación celebrada con vinculados o con personas, sociedades, entidades o empresas ubicadas, residentes o domiciliadas en jurisdicciones no cooperantes de baja o nula imposición o regímenes tributarios preferenciales para demostrar que se realizaron cumpliendo el principio de plena competencia. Para tal efecto, analizan sus operaciones con operaciones comparables celebradas entre terceros independientes.

Según lo dispuesto en el artículo 260-5 del estatuto tributario<sup>287</sup>, la documentación comprobatoria, según aplique, deberá contener:

- Informe maestro con la información global relevante del grupo multinacional.
- Informe local con la información relativa a cada tipo de operación realizada por el contribuyente en la que demuestren la correcta aplicación de las normas del régimen de precios de transferencia.
- Informe país por país con información relativa a la asignación global de ingresos e impuestos pagados por el grupo multinacional junto con ciertos indicadores relativos a su actividad económica a nivel global.

Esta documentación deberá conservarse por un término de cinco (5) años, contados a partir del 1.º de enero del año siguiente al año gravable de su elaboración, expedición o recibo; o por el término de firmeza de la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable al que corresponda la documentación. El que sea mayor.

Para los efectos de la ley se entiende que las operaciones o las empresas son comparables cuando entre estas no existen diferencias que afecten significativamente el precio o el monto de la contraprestación o el margen de utilidad al que hacen referencia los métodos establecidos en el artículo 260-3 del estatuto tributario; y que cuando existan, estas se eliminan mediante ajustes razonables. Para determinar dichas diferencias se tendrán en cuenta los elementos que se requieran según el método utilizado, considerando, entre otros, los siguientes cinco puntos básicos de comparación:

286 Decreto 2120 de 2017. Artículo 1.

287 Decreto 2120 de 2017. Artículo 1.

### **i. Características de bienes y servicios**

Se busca comparar bienes o servicios iguales o muy parecidos. Por ejemplo, en el caso de los bienes identificar si se trata de *commodities* (productos minerales, agrícolas, etc),

### **ii. Análisis funcional**

Descripción de funciones, riesgos y activos de cada una de las empresas que conforman el grupo que intervienen en la operación. En una función cualquier transferencia implica también la transferencia de un riesgo y, por ende, la transferencia de un beneficio (*profit*).

### **iii. Términos contractuales**

Al momento de analizar las operaciones se deben tener en cuenta los plazos de pago acordados, los intereses pactados, los *incoterms* usados en las negociaciones, los derechos y obligaciones, los tipos de contratos y las fechas y lugares de suscripción de estos.

### **iv. Circunstancias económicas**

Hace referencia al entorno del país en donde se encuentran los contribuyentes que realizan las operaciones. Se deben tener en cuenta estos factores:

- Tamaño del mercado;
- Tamaño de la competencia;
- Ubicación geográfica;
- Poder adquisitivo de los consumidores;
- Ubicación dentro de la cadena de valor.

### **v. Estrategias de negocios**

Al momento de documentar la operación es necesario contemplar los siguientes aspectos que inciden notablemente en el valor de la operación entre vinculados: los planes de penetración de mercados, la permanencia en ese mercado específico o la ampliación del mercado<sup>288</sup> para cumplir con lo dispuesto en materia de PT en las directrices de la OCDE y en la norma tributaria.

## **6. INTRODUCCIÓN A LA METODOLOGÍA DE DETERMINACIÓN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA**

En las operaciones celebradas entre vinculados, el precio o margen de utilidad se podrá establecer aplicando métodos usados para determinar si las condiciones impuestas en las relaciones comerciales o financieras entre empresas asociadas son coherentes con el principio de plena competencia.

Para definir cuál método es el más apropiado, se deben utilizar los siguientes criterios, según lo dispuesto en el artículo 260-3 del estatuto tributario: “i) los hechos y circunstancias de las transacciones controladas o analizadas, con base en un análisis funcional detallado, ii) la disponibilidad de información confiable, particularmente de operaciones entre terceros independientes, necesaria para la aplicación del método, iii) el grado de comparabilidad de las operaciones

.....  
288 Decreto 624 de 1989. Artículo 260-4 y OCDE, *Directrices de la OCDE aplicables*, p. 52.

controladas frente a las independientes, iv) la confiabilidad de los ajustes de comparabilidad que puedan ser necesarios para eliminar las diferencias materiales entre las operaciones entre vinculados frente a las independientes”<sup>289</sup>.

## 6.1. MÉTODOS TRADICIONALES BASADOS EN LAS OPERACIONES

### 6.1.1. MÉTODO DE PRECIO COMPARABLE NO CONTROLADO (PC)

Este método compara el precio de bienes o servicios transferidos en una operación entre vinculados con el precio cobrado por bienes o servicios en una operación entre partes independientes en situaciones comparables. El PC requiere un alto nivel de comparabilidad de los bienes y funciones, y es el más confiable si las transacciones son idénticas o si existen solo diferencias menores fácilmente cuantificables.

Su aplicabilidad depende de la calidad de los comparables, que debe evaluarse teniendo en cuenta diversos factores establecidos en el artículo 260-3 del estatuto tributario<sup>290</sup>:

- a. Cuando se trate de operaciones de adquisición de activos corporales usados la aplicación del método de Precio Comparable no Controlado será mediante la presentación de la factura de adquisición del activo nuevo al momento de su compra a un tercero independiente menos la depreciación desde la adquisición del activo, de conformidad con los marcos técnicos normativos contables.
- b. Cuando se trate de operaciones de commodities, el método “Precio Comparable No Controlado”, será el método de precios de transferencia más apropiado y deberá ser utilizado para establecer el precio de Plena Competencia en estas transacciones.

Se entenderá que la referencia a commodities abarca productos físicos para los que un precio cotizado es utilizado como referencia por partes independientes en la industria para fijar los precios en transacciones no controladas. El término “precio de cotización” se refiere al precio del commodities en un período determinado obtenido en un mercado nacional o internacional de intercambio de commodities. En este contexto, un precio de cotización incluye también los precios obtenidos de organismos reconocidos y transparentes de notificación de precios o de estadísticas, o de agencias gubernamentales de fijación de precios, cuando tales índices sean utilizados como referencia por partes no vinculadas para determinar los precios en las transacciones entre ellos.

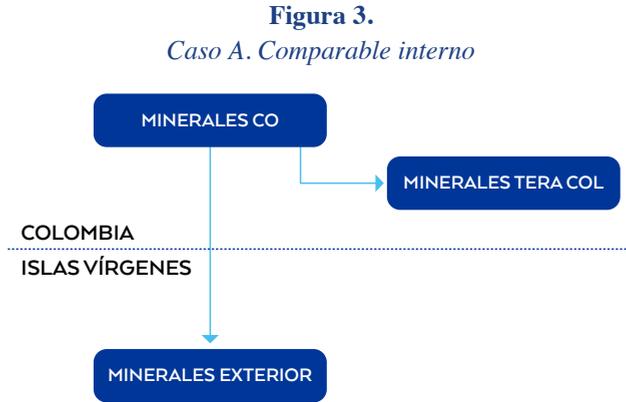
Para efectos del análisis, el precio de plena competencia para las transacciones de commodities puede determinarse por referencia a transacciones comparables realizadas entre independientes o por referencia a precios de cotización. Los precios de cotización de commodities reflejan el acuerdo entre compradores independientes y vendedores, en el mercado, sobre el precio de un tipo y cantidad específicos del producto, negociados bajo condiciones específicas en un momento determinado.

289 Decreto 624 de 1989. Artículo 260-3.

290 Decreto 624 de 1989. Artículo 260-3.

### Caso A. Comparable interno

Minerales CO es una compañía colombiana que extrae un mineral que vende a Minerales Exterior, su parte vinculada en Islas Vírgenes, y a Minerales Tera Col, una compañía independiente colombiana. El mineral que le vende a Minerales Exterior (transacción controlada) tiene como comparable interno el mineral que le vende a Minerales Tera Col (transacción no-controlada) (Figura 3).



Fuente: Elaboración propia.

### Caso B. Comparable externo

Como se expuso en el caso A, Minerales CO, compañía colombiana, extrae un mineral que vende a Minerales Exterior, su parte vinculada en Islas Vírgenes.

Por su parte, Minerales Tera Col es una compañía independiente colombiana que extrae un mineral que vende a Minerales Germany, un tercero independiente (transacción no-controlada).

El mineral es un producto estándar (*commodity*) con características físicas, procesos y tecnología de producción homogéneas. El producido y vendido por Minerales CO a su parte vinculada, Minerales Exterior (transacción controlada), tiene como comparable externo el mineral que el productor independiente, Minerales Tera Col, vende a Minerales Germany, un tercero independiente (transacción no-controlada) (Figura 4).

**Figura 4.**  
*Caso B. Comparable externo*



Fuente: Elaboración propia.

### 6.1.2. MÉTODO DE PRECIO DE REVENTA (PR)

Este método se utiliza en operaciones entre empresas vinculadas y, posteriormente, en una transacción independiente. El precio objeto de análisis es el precio de compra a una entidad vinculada, y lo que se calcula a partir de este análisis es el precio de compra a precios de mercado.

El margen bruto, indicador apropiado en el precio de reventa, es aquel que cubre costos de adquisición y de venta y permite obtener un beneficio adecuado a las funciones realizadas. Se puede calcular con los bienes que se compraron a vinculados y se vendieron a terceros independientes. El margen del precio de reventa se calcula así:

$$\text{MARGEN BRUTO: } \frac{\text{PRECIO DE VENTA} - \text{PRECIO DE COMPRA (UTILIDAD BRUTA)}}{\text{PRECIO DE VENTA (VENTAS NETAS)}}$$

Ahora bien, frente a la elección de la parte analizada, esta será la empresa vinculada con la que se va a realizar el análisis de comparabilidad. Es importante recalcar que la parte objeto de análisis es a la que se le puede aplicar el método de determinación de PT con más fiabilidad y para la que existen comparables más sólidos. Es decir, aquella cuyo análisis funcional resulta menos complejo.

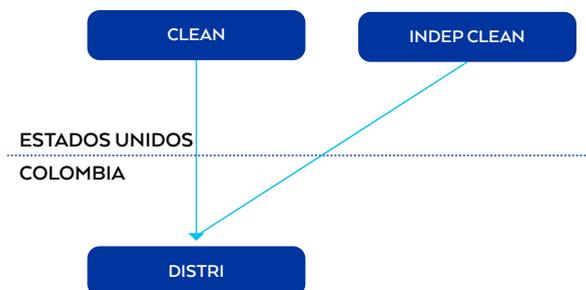
El método de PR es más útil cuando se valoran operaciones de comercialización y distribución en las que la empresa hace la reventa sin transformar los bienes adquiridos a la empresa vinculada, esto es, no agrega valor sustancial. Por lo tanto, se analizará el margen de reventa dependiendo de las funciones que realice el revendedor. Dichas funciones pueden ser diversas: *marketing*, comercialización, garantía, publicidad, canales de distribución, canales de ventas, promoción, entre otras.

#### **Caso A. Comparable interno (Figura 5)**

- Indep Clean es una compañía independiente estadounidense que manufactura productos de limpieza. Distri adquiere productos de Indep Clean para su comercialización en Colombia (transacción no-controlada).

- Distri es una compañía colombiana que compra productos de limpieza a su parte vinculada estadounidense Clean y los comercializa (transacción controlada) en Colombia.
- Clean tiene como comparable interno los productos que Distri compra a Indep Clean.

**Figura 5.**  
*Caso A. Comparable interno*

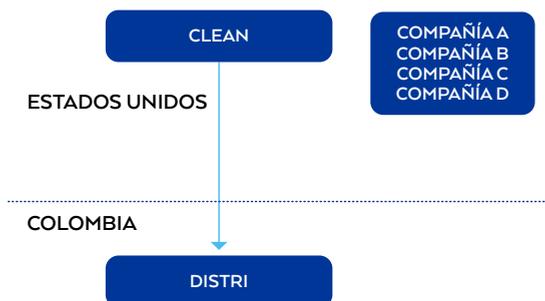


Fuente: Elaboración propia.

**Caso B. Comparable externo (Figura 6)**

- Las compañías A, B, C y D son empresas independientes que se dedican a la comercialización de productos de limpieza. De estas empresas se tiene información financiera.
- Distri es una compañía colombiana que adquiere productos de limpieza a su parte vinculada en Estados Unidos, Clean, (transacción controlada) para su comercialización en Colombia.
- Distri y las compañías A, B, C y D comercializan productos de limpieza y tienen funciones, activos y riesgos similares.
- Distri tiene como comparables externos a las compañías A, B, C y D, quienes compran a terceros independientes los productos que comercializan (transacción no-controlada).

**Figura 6.**  
*Caso B. Comparable externo*



Fuente: Elaboración propia.

### 6.1.3. MÉTODO DE COSTO ADICIONADO (CA)

El método CA se aplica cuando se adquieren materias primas y otros insumos de empresas o terceros independientes, es decir, a precios de mercado que satisfacen el principio de plena competencia. El bien producido se entrega o vende a un comprador vinculado, en consecuencia, es el precio de venta de mercado del producto fabricado vendido a una empresa vinculada partiendo de los costos inmersos en la producción del bien final.

El margen del CA tiene la siguiente fórmula:

$$\text{MARGEN DEL CA} = \frac{\text{PRECIO DE VENTA} - \text{COSTOS}}{\text{COSTOS}}$$

El margen del CA es el que retribuye adecuadamente las funciones desempeñadas y, sumado a los costos en los que ha incurrido la empresa, valorados a precios de mercado, proporciona un precio de venta también de mercado.

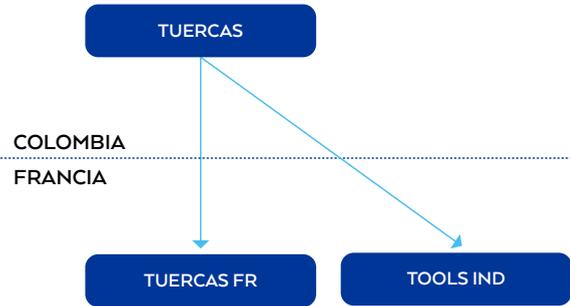
Este margen se obtiene comparando la operación vinculada con las operaciones que realiza la empresa con entidades independientes (comparable interno), o bien con el margen que se obtenga en operaciones comparables realizadas entre empresas independientes (comparable externo). En este método, la comparabilidad debe centrarse en aquellos factores que tengan un efecto significativo en el margen, en particular, en las funciones realizadas, lo que permite comparar productos que no son necesariamente sustitutivos.

El método se basa en la comparación entre el margen del costo adicionado logrado por el proveedor de bienes y/o servicios asociados y el obtenido por empresas independientes en operaciones comparables. Ahora bien, al aplicar este método no solo se debe prestar atención a la comparabilidad de los márgenes, también es necesario revisar que la base de costos sobre la que se aplica el margen es comparable.

#### Caso A. Comparable interno (Figura 7)

- Tuercas es una compañía colombiana que manufactura herramientas a partir de insumos adquiridos a compañías independientes.
- Las herramientas las vende a Tuercas Fr (transacción controlada), su parte vinculada en Francia, y a Tools Ind, una compañía interdependiente francesa (transacción no-controlada).
- Tuercas tiene como comparable interno las herramientas que vende a Tools Ind.

**Figura 7.**  
*Caso A. Comparable interno*

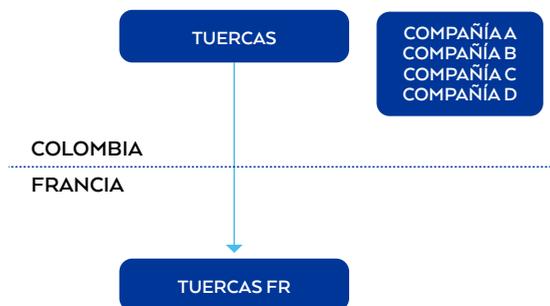


Fuente: Elaboración propia.

**Caso B. Comparable externo (Figura 8)**

- Tuercas es una compañía colombiana que manufactura herramientas con insumos adquiridos a compañías independientes.
- Las compañías A, B, C y D son empresas independientes que se dedican a la manufactura de herramientas y sobre las que se conoce su información financiera.
- Tuercas y las compañías A, B, C y D manufacturan herramientas y tienen funciones, activos y riesgos similares.
- Tuercas vende las herramientas a su parte vinculada: Tuercas Fr (transacción controlada) y tiene como comparables externos a las compañías A, B, C y D, quienes venden las herramientas a terceros independientes (transacción no-controlada).

**Figura 8.**  
*Caso B. Comparable externo*



Fuente: Elaboración propia.

## 6.2. MÉTODOS BASADOS EN EL RESULTADO

### 6.2.1. MÉTODO DE MÁRGENES TRANSACCIONALES DE UTILIDAD DE OPERACIÓN (TU)

Consiste en determinar, en las operaciones entre vinculados, la utilidad de operación que hubieran obtenido con o entre partes independientes en operaciones comparables con base en factores de rentabilidad que toman en cuenta variables como activos, ventas, costos, gastos o flujos de efectivo.

Al revisar los márgenes operativos se debe tener en cuenta que estos pueden resultar directamente afectados por los siguientes factores propios del sector empresarial:

- El riesgo de penetración de nuevas compañías;
- La posición competitiva;
- La eficiencia en la gestión y las estrategias individuales;
- El riesgo de productos sustitutivos;
- Las diferentes estructuras de costos (antigüedad de la planta y de los equipos);
- Las diferencias en el costo del capital (autofinanciación o endeudamiento);
- El grado de experiencia sectorial (fase de puesta en marcha o de maduración).

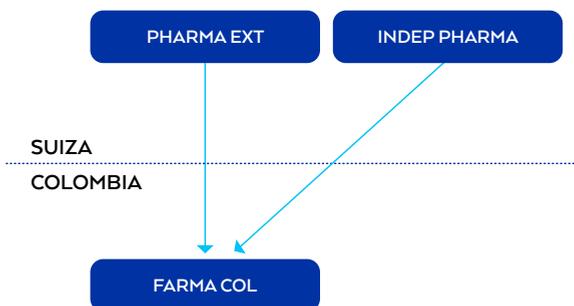
Es de anotar que cuando se seleccione este método se debe describir, además, el indicador de rentabilidad seleccionado, que debe estar acorde con el tipo de actividad y demás hechos y circunstancias del caso, con la naturaleza del tipo de operación analizada y con la disponibilidad y la calidad de la información obtenida.

#### **Caso A. Comparable interno (Figura 9)**

- Farma Col es una compañía colombiana que compra productos farmacéuticos a su parte vinculada en Suiza, Pharma Ext (transacción controlada), y los comercializa en Colombia invirtiendo en promoción y publicidad.
- Tiene como comparable interno los productos que adquiere a Indep Pharma, una compañía suiza independiente que manufactura productos farmacéuticos (transacción no-controlada), para su comercialización en Colombia e invirtiendo en promoción y publicidad.

En este caso no es posible aplicar el método de precio de reventa porque hay costos y gastos incurridos.

**Figura 9.**  
*Caso A. Comparable interno*

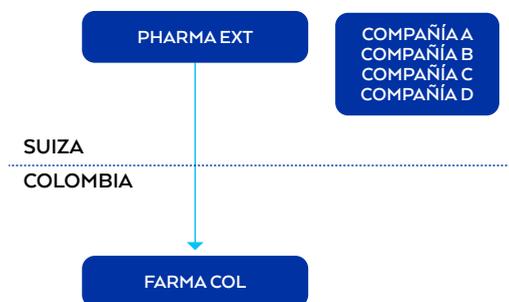


Fuente: Elaboración propia.

**Caso B. Comparable externo (Figura 10)**

- Farma Col es una compañía colombiana que compra productos farmacéuticos a su parte vinculada suiza, Pharma Ext (transacción controlada), y los comercializa en Colombia invirtiendo en promoción y publicidad
- Tiene como comparables externos a las compañías A, B, C y D, empresas independientes que se dedican a la comercialización de productos farmacéuticos que compran a terceros independientes (transacción no-controlada), y sobre las que se conoce su información financiera.
- Farma Col y las compañías A, B, C y D se dedican a la comercialización de productos farmacéuticos teniendo funciones, activos y riesgos similares.

**Figura 10.**  
*Caso B. Comparable externo*



Fuente: Elaboración propia.

**6.2.2. MÉTODO DE PARTICIÓN DE UTILIDADES (PU)**

Este método identifica las utilidades a ser repartidas entre vinculados por las operaciones en las que participan. Posteriormente les asigna estas utilidades sobre una base económica válida.

Si las partes vinculadas actuaron como partes independientes, se repartirán en las proporciones que hubieran sido asignadas de conformidad con el principio de plena competencia y considerando, entre otros, el volumen de activos, los costos y los gastos asumidos por cada una en las operaciones entre ellas.

Existen dos enfoques para distribuir los beneficios a los que, en ocasiones, se los identifica como dos métodos diferentes: análisis de contribución y análisis residual:

**Análisis de contribución:** los beneficios conjuntos se reparten entre las entidades asociadas teniendo en cuenta las funciones que desarrolla cada una de las empresas que participan en la operación vinculada. Luego, con esta información se verifican las operaciones de independientes con los datos del mercado suministrados por bases de datos fiables que muestren cómo hubieran repartido esta utilidad entidades independientes en circunstancias similares. Si lo que se está distribuyendo es el beneficio de explotación de la entidad multinacional, significa que a las empresas asociadas se les están distribuyendo de forma consistente tanto los ingresos como los gastos.

**Análisis residual:** distribuye la utilidad conjunta de las operaciones vinculadas en dos fases y se utiliza cuando en la primera de ellas puede aplicarse alguno de los métodos tradicionales referidos en el apartado anterior. En la primera fase, cada empresa asociada recibe los beneficios que le garantizan el rendimiento básico correspondiente a las funciones que realiza (como la aplicación del precio de reventa o costa adicionado en los que se espera un margen de utilidad por las labores realizadas). Por lo general, este rendimiento básico no tendrá en cuenta la utilidad derivada de activos únicos y de gran valor que posean las entidades vinculadas (intangibles). En la segunda fase se distribuye el beneficio residual (lo que reste después de la distribución realizada en la primera fase) entre las empresas asociadas en función de un análisis de los hechos y circunstancias que indiquen el modo en el que se habría repartido ese beneficio entre empresas independientes, esto es, mediante un análisis de aportaciones específicas de acuerdo con una variable significativa que tenga en cuenta la contribución relativa de cada entidad en la obtención de ese beneficio.

#### Caso práctico PU (Figura 11)

- Alco US es una compañía estadounidense que desarrolla secretos industriales (ej., mezclas) para la producción de licores. El licor que produce lo vende a granel a su parte vinculada Al Col, una compañía colombiana.
- Al Col, además de envasar el licor comprado a Alco US, posee y desarrolla marcas y canales de distribución para su comercialización en Latinoamérica.

Las dos empresas tienen intangibles valiosos en la operación intercompañía: Alco US desarrolla y posee el *know how* y los secretos industriales de producción; **Al Col desarrolla y posee las marcas y los canales de distribución.**



Fuente: elaboración propia.

Después de haber aplicado el principio de plena competencia en las operaciones con vinculados frente a operaciones con independientes y utilizando la metodología anteriormente descrita, se puede evidenciar que se deben hacer ajustes, ya sea desde la administración tributaria en proceso de fiscalización o porque el mismo contribuyente los realice de manera voluntaria. De igual forma, para que se respete el principio de plena competencia, la legislación colombiana debe ajustar la declaración de renta y complementarios gravando la renta imponible en la jurisdicción competente.

De tal manera las Administraciones Tributarias aplican este primer ajuste, según las Directrices de la OCDE 2017, el ajuste primario es:

“Ajuste de los beneficios imponibles de una sociedad realizado por una administración tributaria de una primera jurisdicción, en virtud de la aplicación del principio de plena competencia, a operaciones en las que participa una empresa asociada de una segunda jurisdicción tributaria”<sup>291</sup>.

Después de que la administración tributaria haya aplicado el ajuste primario se puede presentar una doble imposición económica. Para eliminar este tipo de situaciones la administración tributaria del país de residencia de la otra empresa vinculada podrá aplicar un ajuste correlativo:

“Ajuste de la deuda tributaria de la empresa asociada establecida en una segunda jurisdicción fiscal, practicado por la administración tributaria de esa jurisdicción fiscal tras el ajuste primario realizado por la administración tributaria de la primera jurisdicción, con el fin de distribuir coherentemente los beneficios entre los dos países.”<sup>292</sup>

## 7. ACUERDOS ANTICIPADOS DE PRECIOS

La administración tributaria tendrá la facultad de celebrar acuerdos con contribuyentes del impuesto sobre la renta, nacionales o extranjeros, para determinar el precio o margen de utilidad de las diferentes operaciones que realicen con sus vinculados en los términos que establezca el reglamento, según el artículo 260-10 del estatuto tributario:

291 OCDE, Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias, Instituto de Estudios Fiscales (Trad.), París, 2017, p. 28.

292 OCDE, *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, Instituto de Estudios Fiscales (Trad.), París, 2017, p. 28.

La determinación de los precios mediante acuerdo se hará con base en los métodos y criterios de que trata este capítulo y podrá surtir efectos en el año en que se suscriba el acuerdo, el año inmediatamente anterior, y hasta por los tres (3) períodos gravables siguientes a la suscripción del acuerdo.

Los contribuyentes deberán solicitar por escrito la celebración del acuerdo. La Administración Tributaria, tendrá un plazo máximo de nueve (9) meses contados a partir de la presentación de la solicitud de acuerdos unilaterales, para efectuar los análisis pertinentes, solicitar y recibir modificaciones y aclaraciones y aceptar o rechazar la solicitud para iniciar el proceso. Para acuerdos bilaterales o multilaterales, el tiempo será el que se determine conjuntamente entre las autoridades competentes de dos o más estados.<sup>293</sup>

## 8. ACCIONES BEPS EN REFERENCIA A COLOMBIA

El plan de Acciones BEPS por sus siglas en inglés (base erosion and profit Shifting), Erosión de la base imponible y traslado de utilidades son medidas en el marco de la OCDE y el G20, el cual considero que el principal objetivo de este paquete de acciones es garantizar que se tribute en el lugar en el que se generara valor. Es alrededor de este principio que se han ido construyendo las diferentes acciones del proyecto. La organización reconoció que en el pasado los problemas de fiscalidad de las operaciones transnacionales se habían abordado desde la perspectiva de los convenios para evitar la doble imposición y desde los precios de transferencia. Para contrarrestar esta situación era importante que los países armonizaran sus normas tributarias y se situaran a las multinacionales en condiciones de normalidad económica, de tal manera que tributaran partiendo de la determinación del valor. De esta forma se consideraría el aporte que cada parte hace al total de la actividad de un grupo y, a partir de ahí, se fijaría su tributación.<sup>294</sup>

Para Colombia es de vital importancia combatir planeaciones tributarias agresivas estructuradas por grupos multinacionales que conllevan a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios a jurisdicciones de baja o nula tributación sin tener mecanismos efectivos para enfrentarlo. Por esto, es importante citar las acciones BEPS, las cuales han tenido influencia en los cambios normativos a partir de la Ley 1819 de 2016 que incorporó las siguientes:

- 1) Acción 3. Normativa de compañías foráneas controladas (CFC) y transparencia fiscal internacional (TFI) (entidades controladas del exterior).
- 2) Acción 4. Norma de subcapitalización o capitalización delgada.
- 3) Acción 6. Normativa que busca impedir el uso abusivo de los convenios internacionales para evitar la doble imposición (CDI) en relación con la norma antiabuso del estatuto tributario.
- 4) Acción 8, 9 y 10. Valoración de transacciones de *commodities*.
- 5) Acción 13. Documentación comprobatoria sobre precios de transferencia.

293 Decreto 624 de 1989. Artículo 260-10.

294 Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (OCDE, 2013) [www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf](http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf)

Las tres acciones que se exponen a continuación son la espina dorsal del proyecto BEPS. Aunque ellas solas no pueden conseguir el objetivo marcado, son la condición necesaria para la correcta implementación de todo el proyecto.

- **Acción 8:** trata los aspectos fiscales relativos a transacciones que involucren activos intangibles.
- **Acción 9:** relativa a la atribución “artificial” contractual de riesgos, así como a los beneficios atribuibles a las entidades que conceden fondos en el ámbito del grupo.
- **Acción 10:** afronta otras áreas de riesgo como aquellas transacciones que carecen de razón de negocio y, por tanto, son susceptibles de recharacterización por parte de las autoridades fiscales, situaciones en las que se produce una aplicación inapropiada de los métodos de valoración y la neutralización de determinados cargos intragrupo (como son los “*management fees*” y los gastos de estructura).<sup>295</sup>

Como se puede concluir de todo lo tratado en este capítulo, el Gobierno colombiano ha tomado conciencia del impacto que los distintos grupos económicos tienen en la contribución del país. También, que es necesario entender, auditar y controlar las estructuras tributarias que son creadas para erosionar la base gravable y trasladar, de manera artificial, las utilidades a otras jurisdicciones de baja o nula imposición, lo que en el país genera pérdidas fiscales y saldos a favor, afectando el desarrollo y el crecimiento económico, y generando inequidad en la capacidad contributiva por las alianzas estratégicas entre conglomerados.

## REFERENCIAS

### LIBROS Y REVISTAS

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Garantizar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, Acciones 8 a 10-Informes finales 2015. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, OCDE, París, 2016.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias*, Instituto de Estudios Fiscales (Trad.), París, 2017.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio (versión abreviada)*, 2017, Instituto de Estudios Fiscales (Trad.), París, 2017.

Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (OCDE, 2013) [www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf](http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf)

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.5 en línea].

295 OECD, *Garantizar que los resultados*. Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (OCDE, 2013) [www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf](http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf) p. 24

## JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. (Agosto 12 de 2003). Sentencia C-690. [MP. Jaime Araujo Rentería].

## NORMATIVIDAD

Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.

Decreto 1625 de 2016. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario en materia tributaria. Octubre 11 de 2016. DO. N.º 50023.

Decreto 2120 de 2017. Por el cual se modifican los artículos 1.2.2.1.2. y 1.2.2.1.3. del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 1; se sustituyen los Capítulos 2, 3 Y 4 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 1 y el Capítulo 1 del Título 3 de la Parte 6 del Libro 1 y se modifica el epígrafe del Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 1 del Decreto 1625 de 2016, Único Reglamentario en Materia Tributaria. Diciembre 15 de 2017. DO. N.º 50448.

Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO. N.º 51945.

# PANORAMA ACTUAL DE LA CONSOLIDACIÓN FISCAL DE LOS CONGLOMERADOS EN COLOMBIA

CARLOS ANDRÉS CAÑÓN<sup>296</sup>  
CAROLINA CAÑÓN<sup>297</sup>  
SEBASTIÁN BOHÓRQUEZ<sup>298</sup>



La legislación colombiana no plantea una homogeneidad conceptual para denominar aquellos grupos de empresas organizadas bajo estructuras plurales. Es así como el término “conglomerado” no se encuentra regulado de manera general para todo el sistema jurídico aplicable en Colombia, excepto para el sector financiero<sup>299</sup>. No obstante, desde la perspectiva jurídica actual resultan familiares expresiones como “grupo empresarial”, “grupo económico” o “vinculados económicos”. Estas expresiones han sido acogidas en diferentes sectores, en donde cada una ha jugado un papel importante de cara a los actos o negocios jurídicos en los que se ven involucradas.

296 Socio de Cañón & Cañón Abogados. Abogado de la Universidad del Rosario con experiencia en el área de derecho tributario y corporativo. Magíster en Derecho (LLM) de la Universidad de Leiden (Holanda); especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario; contador Público de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Tributario y de la Asociación Fiscal Internacional (IFA). Con experiencia en Lewin & Wills y Reyes Abogados Asociados.

297 Socia de Cañón & Cañón Abogados. Abogada de la Universidad de los Andes con experiencia en derecho tributario y corporativo. Magíster en Derecho de los Negocios e Impuestos en la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne (Francia); especialista en Derecho Comercial de la Universidad París II Panthéon-Assas (Francia) y en Derecho Tributario en la Universidad del Rosario (Colombia). Cuenta con certificación en Estudios sobre el Sistema Jurídico Americano de la Academy of American and International Law (Dallas, USA). Diplomada en Impuestos de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Tributario y de la IFA. Experiencia como directora General de Carrefour (París, Francia); en Bernardo Escallón & Asociados y en Brigard & Urrutia Abogados.

298 Abogado de impuestos de Cañón & Cañón Abogados. Abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y especialista en Derecho Tributario de la misma universidad.

299 El artículo 2 de la Ley 1870 de 2017 introduce el término “conglomerados financieros” como un conjunto de entidades con un controlante común que incluye dos o más entidades nacionales o extranjeras que ejerzan una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia. (Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras. Septiembre 21 de 2017. DO. N.º 50363).

Para empezar, el Código de Comercio regula dentro del capítulo de Matrices, Subsidiarias y Sucursales los términos de “subordinadas”<sup>300</sup> y “grupo empresarial”. Este último, por ejemplo, se configura cuando además de existir situación de control o subordinación, se verifica una unidad de propósito y dirección entre las entidades vinculadas<sup>301</sup>.

Por otro lado, a lo largo del estatuto tributario se encuentra el término de “vinculados económicos”, que tiene su aplicación basado en el artículo 260-1 del Código de Comercio al definir los criterios de vinculación para efectos del impuesto sobre la renta, y en el artículo 450, para el caso del impuesto sobre las ventas (IVA)<sup>302</sup>.

Adicionalmente, el estatuto tributario menciona el grupo económico, término que aunque no ha sido regulado por el legislador, sí ha sido utilizado para identificar un conjunto de personas naturales o jurídicas que conservan cierta unidad de criterio en la administración, principalmente, en lo que tiene que ver con el control de negocios<sup>303</sup>. En efecto, el artículo 631-1 de la norma crea la obligación de informar los estados financieros consolidados a “los grupos económicos y/o empresariales” como si fuesen los de un solo ente<sup>304</sup>.

Los principios esenciales para esta consolidación son que un ente económico no puede poseerse ni deberse a sí mismo, ni tampoco realizar utilidades o pérdidas por operaciones efectuadas consigo mismo<sup>305</sup>. Todo esto permite mostrar la situación financiera y los resultados reales del grupo empresarial. Al eliminar las cuentas recíprocas, como las de inversiones de la matriz y patrimonio de la subordinada, las cuentas por cobrar y pagar, y las cuentas de resultado<sup>306</sup> se refleja la realidad económica del grupo.

Los grupos empresariales inscritos en el Registro Público Mercantil deben remitir a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en medios magnéticos, los estados financieros consolidados. Esta es una obligación que no deben cumplir los grupos económicos porque la legislación comercial no ha previsto que se encuentren obligados a inscribirse en dicho registro.

A pesar de ese reconocimiento financiero, Colombia no ha acogido la consolidación fiscal como mecanismo de tributación de los grupos económicos. Incluso se evidencia, en la gran

300 Artículo 260. “Una entidad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas o entidades que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial, o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”. (Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339).

301 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156, artículo 28.

302 Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.

303 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de mayo de 2007. Expediente 15309. [CP. María Inés Ortiz Barbosa].

304 Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.

305 Corredor Alejo, Jesús Orlando, “La consolidación como base de determinación del impuesto sobre la renta de los grupos económicos”, en Gómez Sjöberg, Luis Miguel (Dir.), en *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado. Reflexiones para Colombia. Homenaje al Dr. Juan Rafael Bravo Arteaga*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2008, p. 311.

306 Abella Mancera, María del Pilar, “Aspectos tributarios de la vinculación económica y de los grupos empresariales”, en *XXIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario 16, 17 y 18 de febrero de 2005 Cartagena de Indias. Memorias*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2005, p. 289.

mayoría de las disposiciones que rigen el sistema tributario actual, la prevalencia a gravar de manera independiente cada unidad “formal” del grupo y no a la totalidad como unidad económica. Además, se observan limitaciones y restricciones aplicables a aquellos contribuyentes que deciden estructurar sus empresas o negocios bajo estos esquemas asociativos.

Afortunadamente, en aras de limitar la erosión de la base fiscal, disminuir el diferimiento de impuestos y luchar contra la evasión tributaria, el abuso del derecho y las planeaciones fiscales agresivas, en los últimos años se han introducido algunas normas que se acercan a la filosofía de la consolidación fiscal, lo cual no significa que se esté en proceso de un reconocimiento tributario de los grupos económicos para gravarlos como una unidad de negocio.

En este contexto, se analizarán (1) las principales razones por las cuales se propende a la consolidación fiscal, (2) la situación actual en Colombia frente al reconocimiento de este mecanismo, (3) la observación de la actual situación internacional sobre la consolidación fiscal y (4) las recomendaciones de los autores al respecto.

## 1. PRINCIPALES RAZONES PARA LA CONSOLIDACIÓN FISCAL

Como ya se comentó, el país aún no reconoce la consolidación de la base imponible como alternativa de tributación de los grupos económicos o conglomerados. Sin embargo, no existen razones suficientes para desconocer el reconocimiento y adopción de este mecanismo como nueva forma de establecer los tributos a cargo de los actores del mercado.

Aunado a esto, es evidente que el reconocimiento de los grupos o conglomerados y de su tributación consolidada, además de generar una fiscalidad equitativa y más simple, traería también multiplicidad de beneficios que no solo representan una ventaja para los contribuyentes, sino también para las administraciones de impuestos porque hacen menos engorroso el recaudo de los tributos.

Parte de estos beneficios se concentran en la aplicación de principios y la observancia de una filosofía constitucional tributaria, en los aspectos tributarios que rigen las operaciones celebradas por los grupos y en los aspectos de seguridad y crecimiento económico, temas que son de análisis fundamental en el contexto global actual y que se expondrán a continuación.

### 1.1. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS Y LA OBSERVANCIA DE UNA FILOSOFÍA CONSTITUCIONAL TRIBUTARIA

- **Prevalencia de la realidad económica de las operaciones celebradas por el grupo o conglomerado como una unidad de economía:** la adopción de los conglomerados y su tributación consolidada llevaría a reconocer que las diferentes operaciones que celebran tienen origen en un solo sujeto pasivo (conglomerado) y no en contribuyentes independientes (partes del grupo económico o conglomerado).

- **Observancia de la capacidad contributiva**<sup>307</sup>: se tendría en cuenta la situación económica y la capacidad de contribución fiscal del grupo como un todo, no la capacidad individual de cada una de sus partes. Sin duda, se evitaría que se tenga en cuenta una capacidad aparente tomada de forma aislada del contexto económico real de un grupo, pretendiendo analizar el estatus financiero individual de vehículos que dependen económica y políticamente de su matriz.
- **Respeto por la libertad de empresa**: el reconocimiento y la regulación de la consolidación de la base tributaria de los grupos económicos o conglomerados involucraría el respeto del papel del individuo en la economía. Individuo que podría incursionar en ella usando formas empresariales distintas que pueden ajustarse mejor a sus necesidades puntuales.

Además, fomentaría la posibilidad de que al escoger ellos la forma de organización empresarial que más les convenga, no se genere un trato desigual o inequitativo frente a quienes actúan a través de estructuras empresariales ya reguladas. De lo contrario, es decir, en caso de no reconocerse la posibilidad de actuar en el mercado y de tributar de forma consolidada bajo estas formas asociativas, se haría nugatorio este derecho<sup>308</sup>.

- **Respeto por la libertad de asociación**: del principio anterior se deriva el respeto a la libertad con la que cuentan los individuos para unirse y formar empresas, fomentando, además, la constitución y operación de negocios bajo esquemas o estructuras asociativas que le permiten a un grupo económico asociarse con terceros independientes solo en una parte de su negocio, por ejemplo, con la escisión y creación de nuevos vehículos corporativos.
- **Observancia de la neutralidad tributaria como principio económico**: con la adopción de la tributación consolidada de los grupos económicos se eliminaría cualquier manera de favorecer o desfavorecer la integración empresarial, de forma que no haya lugar a una inequidad injustificada o a un trato preferencial respecto del contribuyente que constituye una empresa individual e independiente.

Asimismo, se evitaría que la tributación sea el criterio principal que defina la forma de organización empresarial que se pretenda, pues dicha decisión no debe estar basada únicamente en este, sino también en fundamentos financieros y comerciales que, incluso, pueden tener mayor importancia a la hora de tomar esta decisión.

## 1.2. ASPECTOS TRIBUTARIOS QUE RIGEN LAS OPERACIONES CELEBRADAS POR LOS GRUPOS

- **Existencia de un solo sujeto pasivo tributario**<sup>309</sup>: reconocer la existencia de un grupo económico que tribute bajo una base fiscal consolidada implica el reconocimiento correlativo de un solo sujeto pasivo que deba cumplir con las obligaciones de carácter sustancial y formal ante la administración de impuestos.

Es claro que la existencia de un solo sujeto pasivo, además de simplificar los procesos de determinación de impuestos a cargo del grupo (matriz y demás miembros del grupo),

307 Uckmar, Victor, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Temis, Bogotá, 2002, pp. 66 y 67.

308 Según lo expuso la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C-524 del 16 de noviembre de 1995, “el legislador tiene atribución constitucional para establecer ciertas limitaciones a la libre empresa con los fines a que se hizo alusión en párrafos anteriores, **siempre y cuando dichas restricciones no sean de tal magnitud que hagan nugatorio el derecho** (subrayado y negrilla fuera de texto)”. (Corte Constitucional. (Noviembre 16 de 1995). Sentencia C-524. Expediente D-920. [MP. Carlos Gaviria Díaz]).

309 García Restrepo, Javier, *Estados financieros. Consolidación y método de participación*, Tercera edición, Ecoe ediciones, Bogotá, 2013, p. 221.

disminuye la cantidad de procedimientos que puedan suscitarse en el marco de la discusión de los tributos.

- **No tributación de operaciones intragrupo**<sup>310</sup>: es, sin duda, una de las más importantes ventajas del reconocimiento de la consolidación tributaria. La “ausencia de tributación”, si se quiere, puede evidenciarse en dos tipos de operaciones comunes y ampliamente reguladas en la legislación local para los contribuyentes que actúan en forma independiente, a saber:
  - Distribución de dividendos: no se genera la tributación de los dividendos que sean distribuidos entre compañías de un grupo económico, pues realmente el aprovechamiento y circulación de los recursos se mantiene dentro de la misma unidad económica.
  - Operaciones de venta de activos y prestación de servicios: se elimina la tributación de las rentas obtenidas en la enajenación de activos a título oneroso, partiendo del supuesto de que cuando esta se da entre miembros del conglomerado no se genera, o no tendría por qué generarse, un enriquecimiento en estricto sentido. En esa medida, la renta de la enajenación de los activos se causa una vez estos se enajenan a un tercero que no hace parte del grupo económico, hecho que sí da origen a un ingreso gravable<sup>311</sup>.
- **No contravención del régimen de precios de transferencia**: si bien las operaciones intragrupo podrían no ser objeto de tributación, es claro que seguirían sometidas al régimen de precios de transferencia, siempre que se cumplan los supuestos de vinculación y demás condiciones previstas en las normas legales<sup>312</sup>.

Lo anterior, en la medida en que aunque uno de los fines de este régimen es evitar la celebración de operaciones a precios inferiores a los de mercado para reducir la tributación, no es el único. También pretende evitar la contravención al principio de plena competencia, que se traduce en la celebración de actos u operaciones comerciales tomando como referencia los precios que se hubiesen pactado por partes independientes.

En este sentido, es claro que a pesar de que las operaciones intragrupo no generarían impuesto a cargo, sí tendrían que celebrarse a precios de mercado para respetar el principio antes citado y, con ello, evitar el desarrollo de negocios enmarcados dentro de una competencia desleal.

- **Compensación de pérdidas a nivel del grupo**: la consolidación fiscal de las pérdidas en los conglomerados es uno de los componentes más importantes de este mecanismo. Esta medida permite la compensación de las utilidades consolidadas contra las pérdidas del grupo y, en consecuencia, disminuir su carga tributaria al reconocer la realidad económica del mismo.
- **No causación de IVA en venta de bienes y servicios entre compañías del grupo**: el IVA debe ser un gravamen neutro frente a la integración empresarial. Si bien, en principio, el IVA descontable puede ser imputado contra el IVA generado, sin importar la forma de asociación empresarial que haya sido adoptada, cuando en la cadena no se cumple alguno

310 “La consolidación fiscal genera una ficción legal según la cual las operaciones que tengan lugar entre sociedades pertenecientes a un mismo régimen consolidado se reputarán como operaciones que han sido realizadas entre divisiones de una misma compañía, y por ende serán ignoradas fiscalmente por la Administración de Impuestos”. (Sanín Bernal, Ignacio y Sanín Gómez, Juan Esteban, “La consolidación fiscal en los grupos empresariales como alternativa de tributación en Colombia”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 2010, (62), p. 105).

311 Para tener una referencia de la aplicación de este criterio a nivel internacional se recomienda ver: Roza Gutiérrez, Carolina, “Tributación corporativa a la luz de las legislaciones de Estados Unidos, México, Perú y Holanda”, en *Memorias 2013 37 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2013, pp. 240-241.

312 Así lo sostiene también Corredor Alejo, “La consolidación como base”.

de los requisitos de ley para generar esta neutralidad, el impuesto se convierte en un mayor valor del costo del activo.

Esto, sin duda, afecta la unidad económica del conglomerado, que probablemente escogió un esquema horizontal por diversas razones de negocio, generándose un impacto fiscal que no ocurriría si la forma asociativa escogida dentro de un mismo sujeto hubiera sido vertical.

### 1.3. ASPECTOS DE SEGURIDAD Y CRECIMIENTO ECONÓMICO

- **Seguridad económica para los grupos económicos:** permitir la consolidación de una base fiscal en cabeza de un conglomerado les representa una mayor seguridad económica. Esto, teniendo en cuenta que cuando actúen como un todo y tributen como tal tendrán mayores posibilidades de control y planeación financiera por parte de su matriz, lo cual lleva a un mejor desempeño y seguridad para su economía interna.
- **Atracción de la inversión extranjera:** una legislación tributaria amigable con este tipo de estructuras de integración empresarial, en la cual se reconozca la unidad económica en uno de los principales aspectos que impactan el negocio, como lo es el tema fiscal, hace a esa jurisdicción más atractiva para los inversionistas extranjeros.

Vistos los múltiples beneficios que genera la consolidación de la base imponible en los conglomerados, vale la pena revisar el estado actual de la legislación fiscal colombiana de cara a dicho mecanismo de tributación.

## 2. SITUACIÓN ACTUAL EN COLOMBIA FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA CONSOLIDACIÓN FISCAL

Colombia, además de no incorporar dentro de su legislación el régimen de consolidación fiscal de los conglomerados, tiene como filosofía general del sistema tributario nacional (i) dar prevalencia, de manera general, a la independencia jurídica de las diferentes partes que conforman un grupo económico, convirtiéndolos en contribuyentes individualizados, y (ii) no reconocer la realidad económica de dichos grupos, consistente en ser en esencia un solo ente.

En este contexto, la normativa fiscal no solo se ha desarrollado sobre este fundamento, sino que también es ilustrativo un fallo de la Sección Cuarta del Consejo de Estado<sup>313</sup> en el que, por ejemplo, se discutió la causación del ingreso entre una sociedad y su filial. El actor alegaba que la causación del ingreso tenía lugar con la venta de los bienes a terceros. Sin embargo, el alto tribunal confirmó la posición de la administración de impuestos y adicionó ingresos a la compañía nacional. El fundamento del fallo señaló que entre la sociedad y su filial se efectuó formalmente una compraventa y que se trataba de dos personas jurídicas independientes, dando así prevalencia a la forma asociativa.

313 Consejo de Estado. Sección Cuarta. (Septiembre 7 de 2001). Sentencia. Expediente 12179. [CP. María Inés Ortiz Barbosa].

Bajo esta línea se analizará cómo en Colombia la carga tributaria de los conglomerados se distorsiona frente al reconocimiento de una filosofía de unidad económica, de cara a algunos aspectos puntuales:

**i) No procedencia en la compensación de pérdidas**

El principal beneficio de la consolidación fiscal de los grupos económicos es la compensación de pérdidas fiscales intragrupo. A pesar de esto, en la legislación colombiana dicho beneficio no tiene aplicación. Ello puede evidenciarse en lo dispuesto en el artículo 147 del estatuto tributario colombiano, el cual establece que los socios no pueden deducir ni compensar las pérdidas de las sociedades contra sus propias rentas líquidas<sup>314</sup>.

No obstante, esta limitación no se predica de la misma sociedad que genera las pérdidas, pues se permite la compensación de las pérdidas fiscales con la renta líquida ordinaria que se obtenga dentro de los doce períodos fiscales siguientes. En este contexto, el legislador reconoce que con este mecanismo se imprime equidad y justicia al sistema impositivo de renta a partir de la premisa de que la tributación de los sujetos debe medirse de acuerdo con su capacidad económica global, es decir, durante toda su existencia y no solamente en composición anual<sup>315</sup>. Esto fue señalado, en los siguientes términos, por la Corte Constitucional en la sentencia que declaraba exequible un aparte del citado artículo 147:

En cuanto al deber de la persona y del ciudadano de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, éste debe hacerse dentro de conceptos de justicia y equidad tal como lo dispone el numeral 9 del artículo 95 Superior, quedando claro que dicha carga deber ser impuesta consultando las posibilidades económicas de los contribuyentes (subrayado fuera de texto) dado que esta exigencia constitucional tiene por objeto lograr un mayor grado de redistribución de la riqueza existente en nuestro país.<sup>316</sup>

Analizando este argumento resulta paradójico cómo el criterio de equidad no se aplica cuando dentro de un mismo grupo económico se gravan las utilidades fiscales de cada sociedad, dando lugar al pago de un considerable impuesto, y no se reconoce la compensación de las pérdidas fiscales generadas en otras compañías del mismo grupo empresarial. La consecuencia es el impacto de la economía general del “ente” que dispuso desarrollar su actividad mediante una estructura horizontal, la cual solo genera una división formal del negocio.

Por otro lado, cabe resaltar cómo el legislador dispone una especie de excepción a la restricción del traslado de pérdidas, correspondiente al evento en que se presenten procesos de fusión de compañías. Consiste en permitirle a la compañía absorbente reconocer las pérdidas fiscales por las sociedades absorbidas hasta un límite equivalente al porcentaje de participación de sus patrimonios dentro del patrimonio de la sociedad absorbente o fusionada.

Así las cosas, resulta incongruente que el legislador permita la compensación de las pérdidas bajo procesos de reestructuración de las empresas que conforman un grupo económico, aunque sea parcial, llevando a los contribuyentes a incurrir en fusiones que no

314 Decreto 624 de 1989. Artículo 147.

315 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Oficio No. 006327 del 17 de marzo de 2017.

316 Corte Constitucional. (Abril 16 de 2002). Sentencia C-261. Expediente D-3705. [MP. Clara Inés Vargas Hernández], artículo 147.

necesariamente tienen un objetivo comercial o de negocio, sino solo para equilibrar parcialmente las pérdidas y ganancias generadas dentro de las empresas del grupo, corriendo, además, el riesgo de configurar un fraude fiscal.

En este contexto, en las estructuras de negocio horizontales es inexplicable la no aplicación del argumento esgrimido en la misma sentencia sobre “tener en cuenta de manera específica la situación en que se encuentran quienes están llamados a contribuir y su capacidad de pago, con lo cual adquieren connotación los conceptos de equidad horizontal y equidad vertical” 317, salvo cuando hay procesos de fusión o escisión.

## ii) Enajenación de activos a vinculados económicos

Otros de los beneficios más relevantes en la consolidación fiscal se presentan en la enajenación de activos entre vinculados económicos. Algo que Colombia todavía se encuentra lejos de aplicar.

En primer lugar, el artículo 90 del estatuto tributario establece la determinación de la renta bruta en la enajenación de activos; norma aplicable a los grupos económicos. Se estipula que el precio de enajenación es el valor comercial, que debe corresponder al precio comercial promedio para bienes de la misma especie y servicios en la fecha de su enajenación. Asimismo, se permite, de manera válida, que el precio difiera solo en un 15% con relación de los precios establecidos en el comercio, teniendo en cuenta la naturaleza, condiciones y estado de los activos y servicios que se enajenan<sup>318</sup>.

Por otro lado, el artículo 151 de la norma establece como no deducibles las pérdidas que se generan en la enajenación de activos fijos o movibles cuando la transacción se da entre partes vinculadas<sup>319</sup>. Esta disposición pareciera tener una clara intención: evitar la distribución de utilidades mediante operaciones de venta, a favor de sus accionistas, de los activos por un costo sustancialmente inferior al valor comercial.

Ambas normas desconocen la realidad de los grupos económicos en la transferencia de activos o en la prestación de servicios para el desarrollo de sus negocios; contrario a si estuviesen estructurados en una sola persona jurídica y la transferencia se diera entre departamentos o áreas de la misma.

## iii) Reglas sobre reconocimiento de intereses

Uno de los objetivos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>320</sup>, que busca luchar contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS por sus siglas en inglés), tiene como fin limitar las deducciones en los intereses por concepto de préstamos y otros pagos financieros.

En esta línea, la Ley 1607 de 2012 introdujo el concepto de subcapitalización, indicando que para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios solo pueden deducir los intereses

317 Continúa: “La primera hace relación a aquellos contribuyentes que se hallen bajo una misma situación fáctica, los cuales deben contribuir de manera equivalente; y la segunda se refiere a que el mayor peso en cuanto al deber de contribuir debe recaer sobre aquellos que tienen más capacidad económica”. Corte Constitucional, Sentencia C-261.

318 Decreto 624 de 1989. Artículo 90.

319 Decreto 624 de 1989. Artículo 151.

320 Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), ver en <https://www.oecd.org/ctp/abordando-la-erosion-de-la-base-imponible-y-la-deslocalizacion-de-beneficios-9789264201224-es.htm>

generados con ocasión de deudas. El monto total promedio, durante el correspondiente año gravable, no debe exceder el resultado de multiplicar por dos el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior<sup>321</sup>.

Bajo esta normatividad no se planteó ninguna diferencia si el pago de los intereses se predicaba respecto de un vinculado económico o de una entidad financiera. Sin embargo, con la modificación introducida por la Ley 1943 de 2018, adicional a la variación de la relación deuda-patrimonio, se estableció la restricción solo respecto de vinculados económicos, sin limitarlo a los extranjeros<sup>322</sup>.

Si bien esta limitación podría resultar conveniente desde una perspectiva de política fiscal, pues el pago de intereses a vinculados económicos del exterior podría conllevar implícitamente la distribución de utilidades hacia fuera del territorio nacional, limitándose la tributación a favor de Colombia, esto no sucedería en el caso del pago de intereses a vinculados económicos ubicados dentro del país, toda vez que mientras exista un gasto (deducible o no) existirá también un ingreso correlativo para otro contribuyente.

Por otro lado, se debe tener en cuenta la presunción de ingresos por préstamos efectuados entre las sociedades y los socios (intereses presuntivos). Al respecto, se establece que para efectos del impuesto sobre la renta se presume de derecho que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas o estos a la sociedad, genera un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión, equivalente a la tasa para DTF vigente a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable<sup>323</sup>.

Al analizar en conjunto las normas de subcapitalización y la presunción de intereses vuelve a confirmarse cómo se pretende dar prioridad a un fin recaudatorio y fiscalista, pues mientras se limita la deducción de los intereses con base en una relación ingreso-patrimonio, no se aplica este mismo criterio en favor del contribuyente al gravar los intereses bajo un esquema de presunción sin tener en cuenta la misma relación.

#### **iv) Limitación en la deducibilidad de ciertos gastos en consideración de la aplicación de precios de transferencia**

Conforme se ha indicado, la legislación colombiana establece una limitación a la deducibilidad de ciertos gastos y costos respecto de vinculados económicos. Este sería el caso de (i) la configuración de intereses presuntivos por préstamos entre las sociedades y sus socios<sup>324</sup>, ya descrito; (ii) las limitaciones a la deducibilidad de los intereses y gastos financieros por préstamos efectuados por compañías colombianas para con sus casas matrices o vinculadas del exterior<sup>325</sup>; (iii) la no deducibilidad de las pérdidas por la enajenación de activos a vinculados económicos<sup>326</sup>; (iv) la no deducibilidad de las pérdidas por la

321 Ley 1607 de 2012. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones. Diciembre 26 de 2012. DO. N.º 48655, artículo 118-1, parágrafo 2.

322 Zarama Martínez, Camilo y Galeano Daza, Laura, *Reforma tributaria comentada. Ley de financiamiento* (L. 1943/2018), Legis, Bogotá, 2019, p. 12.

323 Decreto 624 de 1989. Artículo 35.

324 Decreto 624 de 1989. Artículo 35.

325 Decreto 624 de 1989. Artículo 124-1.

326 Decreto 624 de 1989. Artículo 151.

enajenación de activos de sociedades a los socios<sup>327</sup>, y (v) la no aceptación de las pérdidas para la determinación de la ganancia ocasional en operaciones puntuales<sup>328</sup>, entre otros.

Frente a las limitaciones en la deducibilidad de gastos anteriormente señaladas, incurridos entre sociedades colombianas y sus vinculados del exterior, se deben considerar las disposiciones de precios de transferencia. Al respecto, el artículo 260-8 del estatuto tributario señala que estas no se aplicarán a los contribuyentes que estén dentro del régimen de precios de transferencia determinado en los artículos 260-1, 260-2 y 260-7 de la norma, y que demuestren que la operación cumple el principio de plena competencia<sup>329</sup>.

Este principio de plena competencia, se reitera, se basa en el hecho de que las operaciones entre vinculados deben cumplirse bajo las mismas condiciones que se hubieran utilizado en operaciones comparables con entidades que no son sus vinculadas económicas.

Conforme esto, surge una clara diferencia entre el tratamiento fiscal aplicable a la limitación de la deducibilidad cuando se predica respecto de operaciones efectuadas entre vinculadas del exterior versus cuando corresponde a sociedades vinculadas nacionales, las cuales, por demás, no están sometidas al régimen de precios.

No pareciera ajustado a un criterio de equidad fiscal permitir esta deducibilidad respecto de vinculados en el exterior al encontrarse sometidos a precios de transferencia, en comparación con una limitación plena cuando se trata de vinculados nacionales. En todo caso, esta disparidad de criterios y de efectos económicos puede verse resuelta si desde la perspectiva legal colombiana se pudiese predicar una unificación de las bases fiscales de las empresas pertenecientes a un grupo económico que se encontrasen en el territorio colombiano.

#### **v) Otras limitaciones en la deducibilidad de gastos entre vinculados económicos**

En la legislación colombiana se establecen criterios que limitan la deducibilidad de ciertos gastos cuando la operación se realiza con vinculados económicos sin hacer una evaluación cualitativa que justifique dicha limitación. Este sería el caso contemplado en el artículo 85<sup>330</sup> del estatuto tributario. En él se establece que “no serán deducibles los costos y gastos de los contribuyentes, cuando correspondan a pagos o abonos en cuenta a favor de sus vinculados económicos que tengan el carácter de no contribuyentes del impuesto sobre la renta”<sup>331</sup>.

Este mismo criterio se predicaría sobre lo señalado en el artículo 145 de la norma, que plantea, inicialmente, que los contribuyentes obligados a llevar contabilidad podrán deducir las cantidades razonables como deterioro de cartera de dudoso o difícil cobro, siempre que estas deudas se hayan originado en operaciones productoras de renta, correspondan a cartera vencida y se cumplan los demás requisitos legales. A pesar de esto, se elimina de tajo una limitación en el cual las deudas contraídas entre sí por empresas o personas económicamente vinculadas, o por los socios para con la sociedad o viceversa, no se reconocerán como deducibles.

327 Decreto 624 de 1989. Artículo 152.

328 Decreto 624 de 1989. Artículo 312.

329 Decreto 624 de 1989. Artículo 260-8.

330 Decreto 624 de 1989. Artículo 85.

331 No son contribuyentes del impuesto de renta las mencionadas expresamente en los artículos 18, 18-1, 22, 23, 23-1, 23-2 del estatuto tributario.

De nuevo se evidencia cómo las normas fiscales, en vez de propender por la integración de las bases fiscales de las empresas de un grupo, generan todo tipo de restricciones a la deducibilidad de operaciones entre ellas, estableciendo un criterio limitativo sin realizar un valoración o cuantificación de circunstancias que justifiquen su limitación de deducibilidad.

De acuerdo con lo anterior, es evidente cómo el sistema tributario colombiano desconoce la realidad económica de los conglomerados o grupos económicos, y, por ende, la consolidación de la base imponible de estos. Sin embargo, en los últimos años Colombia ha dado algunos pasos para reconocer ciertos efectos predicables de una unidad económica y no las diferentes partes que conforman una estructura formal, los cuales vale la pena analizar.

En todo caso, es importante aclarar que los avances mencionados han tenido como objetivo principal la lucha contra la evasión fiscal, la implementación de planeaciones agresivas, el abuso de las formas, la erosión de la base fiscal y el diferimiento de los impuestos por el uso de estructuras artificiosas, no precisamente reconocer a los conglomerados como un solo ente económico.

Así las cosas, a continuación se analizarán los principales avances realizados por Colombia conforme lo indicado previamente:

#### vi) Impuestos a los dividendos

La Ley 1819 de 2016 introdujo la causación del impuesto sobre la renta a los dividendos, la cual gravaba la distribución de utilidades a favor de personas naturales residentes, de sucesiones ilíquidas de causantes residentes y de inversionistas extranjeros, pero no la distribución a sociedades nacionales<sup>332</sup>.

Así las cosas, bajo esta disposición normativa no existía la configuración del impuesto a los dividendos por la distribución de este entre compañías nacionales que pudiesen ser vinculadas. Esto permitía el diferimiento indeterminado en el tiempo de la causación del impuesto hasta que se realizara la distribución de la utilidad a favor de una persona natural o de una sociedad extranjera. Como resultado, esta práctica facilitó que, a efectos de la no configuración del impuesto, se llevase a cabo la constitución de sociedades intermedias, de tal manera que se lograra el diferimiento del impuesto por parte del inversionista final.

Ahora, en aras de combatir esas nuevas estructuras creadas solo con fines fiscales y sin ningún propósito comercial o de negocio, la Ley 1943 de 2018 dispuso gravar los dividendos o participaciones recibidos por sociedades nacionales a través del mecanismo único de retención en la fuente por parte de la sociedad nacional que distribuya por primera vez los dividendos. Además, permitió reconocer como crédito la retención practicada hasta el beneficiario final, ya sea persona natural residente o inversionista extranjero<sup>333</sup>.

Hasta este punto, con la implementación del impuesto a los dividendos entre sociedades nacionales se eliminaría la posibilidad de diferir el impuesto a través de sociedades intermedias. No obstante, si la distribución se realiza entre grupos empresariales o sociedades en situación de control<sup>334</sup> registradas ante la cámara de comercio, no se causa la re-

332 Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO. N.º 51945.

333 Ley 1943 de 2018. Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones. Diciembre 28 de 2018. DO. N.º 50820.

334 Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad. Mayo 25 de 2019. DO. N.º 50964, artículo 65.

tención en la fuente del impuesto siempre y cuando no se trate de una entidad intermedia dispuesta para su diferimiento.

Resulta entonces visible cómo se plantea un tratamiento preferencial y más beneficioso frente a la causación de este tributo en las distribuciones de utilidades que se hacen entre empresas calificadas como grupos empresariales versus el tratamiento generado por la distribución de utilidades efectuado a socios minoristas.

### **vii) Régimen de entidades controladas del exterior (ECE)**

El régimen ECE, adoptado dentro de la legislación colombiana mediante la Ley 1819 de 2016, tiene como propósito evitar la erosión de la base imponible en Colombia y propender por la transparencia fiscal. Busca, además, gravar a un beneficiario final residente fiscal sobre las rentas pasivas<sup>335</sup> originadas a través de una estructura internacional<sup>336</sup>.

De esta manera, la normatividad pretende evitar el diferimiento del pago de impuestos en el país de residencia del beneficiario efectivo de las rentas con la incorporación de vehículos intermedios en una jurisdicción distinta, usualmente de nula o baja imposición, utilizados como receptores primarios de las rentas pasivas. Estas estructuras lograban el diferimiento del impuesto hasta tanto no se efectuase la distribución de las utilidades retenidas a favor del beneficiario efectivo de dichas rentas en Colombia.

Para la aplicación del régimen ECE se tuvieron en cuenta las recomendaciones de la OCDE. Por ejemplo, hacer un análisis relativo a la existencia de control legal y económico, de modo que se pueda establecer si las rentas pasivas generadas en el exterior deben ser reconocidas en el territorio colombiano aunque no se distribuyan a favor del beneficiario de estas.

De tal manera, señala que se consideran entidades controladas del exterior aquellos vehículos sin residencia fiscal en Colombia y respecto de los cuales exista una subordinación en los términos del artículo 260-1 del estatuto tributario. El citado régimen dispone, además, que los ingresos obtenidos por una ECE se entienden realizados en cabeza del residente fiscal colombiano que directa o indirectamente (estructuras multinivel) controle la ECE en el año o período gravable en que esta los realizó<sup>337</sup>.

Si bien las disposiciones normativas del régimen ECE tienen por objetivo principal luchar contra el diferimiento en el pago de impuestos, sus consecuencias fiscales también conllevan al reconocimiento de un régimen fiscal integrado, de manera tal que los ingresos pasivos originados en el exterior ingresan dentro de las bases fiscales de los controlados beneficiarios.

Esta consideración trae efectos tributarios importantes a la hora de determinar la tarifa aplicable en el impuesto sobre la renta para el residente fiscal colombiano:

335 Según el artículo 884 del estatuto tributario (Decreto 624 de 1989), por rentas pasivas, se entienden 1) Dividendos, 2) Intereses o rendimientos financieros, 3) Ingresos derivados de la cesión del uso, goce, o explotación de activos intangibles, 4) Ingresos provenientes de la enajenación o cesión de derechos sobre activos que generen rentas pasivas, 5) Ingresos provenientes de la enajenación o arrendamiento de bienes inmuebles, 6) Ingresos provenientes de la compra o venta de bienes que sean adquiridos o enajenados de, para, o en nombre de, una persona relacionada y sean producidos, manufacturados, contruidos, cultivados o extraídos en una jurisdicción distinta a la de la residencia o ubicación de la ECE; e 7) Ingresos provenientes de la prestación de servicios técnicos, de asistencia técnica, administrativos, ingeniería, arquitectura, científicos, calificados, industriales y comerciales, para o en nombre de partes relacionadas en una jurisdicción distinta a la de la residencia o ubicación de la ECE.

336 Esto conforme las recomendaciones establecidas por la OCDE en la implementación del Plan de Acción número 3 de BEPS.

337 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Concepto 0386. Concepto General Unificado Régimen de Entidades Controladas del Exterior "ECE". Radicado 000080. (Abril 10 de 2018).

- Debido a la transparencia fiscal se aumenta la tarifa del impuesto sobre la renta al incrementarse la renta líquida de la persona natural. En efecto, al incorporar como propios los ingresos pasivos que obtiene la compañía calificada como ECE, la tarifa puede aumentar toda vez que las personas naturales residentes fiscales en Colombia están gravadas con una tarifa progresiva. Este efecto no se predica de personas jurídicas residentes fiscales colombianas, pues al aumentarse la base gravable con las nuevas rentas pasivas, su tarifa del impuesto sobre la renta se mantiene (tarifa única).
- Por otro lado, en algunos casos se disminuye la tarifa del impuesto sobre la renta y complementarios, pues en ciertos eventos se le puede dar el tratamiento de ganancia ocasional a la renta pasiva en cabeza del contribuyente colombiano, cuya tarifa es solo del 10% (verbigracia, enajenación o cesión de derechos sobre activos fijos poseídos por un término superior de dos años).
- Teniendo en cuenta que en este régimen el legislador colombiano buscó aplicar una transparencia fiscal completa, el tratamiento fiscal aplicable a esa renta pasiva es el mismo que tendría si el vehículo calificado como ECE tributara directamente en Colombia<sup>338</sup>.
- Además, este régimen dispone expresamente que los dividendos y beneficios distribuidos por la ECE, así como los remanentes distribuidos al momento de su liquidación o la enajenación de las acciones o participación en las ECE, originados en utilidades que estuvieron sometidas a tributación conforme a las reglas del régimen, son considerados ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional.

Conforme lo anterior, se podría predicar una clara diferencia entre la enajenación de activos poseídos por más de dos años por parte de una sociedad del exterior calificada como régimen ECE y la enajenación por parte de un vehículo que no califique como tal.

En el primer caso, la tributación de la sociedad controlante sería del 10% al gravar la renta pasiva como ganancia ocasional; luego las utilidades serían consideradas como ingreso no constitutivo de renta o ganancia ocasional. En el segundo evento, la no transparencia fiscal implicaría que se difiera el impuesto, pero al momento de distribuir los dividendos de la sociedad del exterior a favor del residente fiscal colombiano este estaría obligado a tributar a una tarifa de hasta un 39% (o del 33% si es persona jurídica).

Es importante resaltar que la transparencia fiscal también conlleva a que los costos asociados a los ingresos pasivos obtenidos por una ECE se entiendan realizados en cabeza de los residentes fiscales colombianos en el mismo año o período gravable en el que la ECE los realizó, en consideración a su participación en el capital de la misma. Igual criterio se aplica al reconocimiento de las deducciones, solo que este está supeditado a que dichas erogaciones tengan procedencia conforme las disposiciones del estatuto tributario. Asimismo, esta integración de las rentas originadas en el exterior por una sociedad ECE incorpora la posibilidad de descuento de los impuestos pagados en el exterior<sup>339</sup>.

Hasta este punto es claro considerar que la aplicación del régimen ECE tendría como objetivo la integración de las rentas pasivas generadas por un grupo de empresas contro-

338 Esta posición fue reconocida expresamente por la DIAN en el Concepto 0386 al señalar que: "Asimismo, apelando a una interpretación sistemática y teleológica, es posible determinar con base en la exposición de motivos que las ganancias ocasionales y la renta líquida se reconocen de acuerdo con su naturaleza".

339 Decreto 624 de 1989. Artículo 892.

ladas por una sociedad colombiana con sus filiales del exterior para demostrar que existe una transparencia fiscal entre las empresas del grupo, y dando reconocimiento al objetivo de los conglomerados empresariales de agrupar los efectos fiscales de un grupo económico como si fuesen un solo ente.

No obstante, el régimen tiene una limitación en el reconocimiento de las pérdidas que se pueden presentar en las operaciones correspondiente a rentas pasivas. Esta restricción iría en perjuicio de la realidad comercial de los negocios en donde es tan probable obtener ganancias como pérdidas. En este sentido, la DIAN, en el concepto unificado del régimen ECE, indicó que “en aquellos eventos en que se obtengan pérdidas originadas en una ECE, éstas no podrán ser computables o compensadas con los ingresos pasivos sujetos a este Régimen, provenientes de otra entidad del exterior”<sup>340</sup>.

Así las cosas, sobre este aspecto se evidencia un claro y estricto sentido recaudatorio asumido por el legislador, en el cual desconoce la realidad económica de un grupo al establecer que solo se predicen los efectos del régimen ECE cuando las transacciones originadas den un resultado positivo para el reconocimiento del respectivo impuesto. Sin duda, esto resulta contrario a los objetivos planteados para dar alcance al reconocimiento de la consolidación fiscal de los grupos económicos.

De acuerdo con lo anterior, aunque la introducción del régimen ECE a la legislación colombiana haya tenido como objetivo la lucha contra la erosión de la base fiscal, su aplicación con una transparencia fiscal implica, en cierta medida, un acercamiento a reconocer “la unidad económica” sobre las formas al consolidar las rentas pasivas de una ECE extranjera con las de una sociedad residente fiscal colombiana, sin perjuicio de las limitaciones nombradas previamente.

#### viii) Compañías *holding* colombianas (CHC)

Dentro de la exposición de motivos de la Ley 1943 de 2018 se evidenció que uno de los objetivos es poner al país como centro para el desarrollo de inversiones con la atracción de capitales y buscando el incremento de la inversión extranjera directa. Como resultado, se introdujo el denominado régimen de compañías *holding* colombianas del cual hacen parte las sociedades nacionales cuyo objetivo es la tenencia de valores, la inversión o la participación en sociedades colombianas y/o del exterior, y/o la administración de estas inversiones, siempre que se acrediten las demás exigencias previstas en la norma<sup>341</sup>.

Este régimen dispone que los dividendos y participaciones distribuidos a una CHC por entidades no residentes en Colombia estarán exentos del impuesto sobre la renta<sup>342</sup>. Así mismo, que cuando la CHC distribuya los dividendos a una persona natural o jurídica no

340 DIAN. Concepto 0386.

341 Decreto 624 de 1989. Artículo 894. Podrán acogerse a este régimen las sociedades nacionales siempre que cumplan las siguientes condiciones:

1. Participación directa o indirecta en al menos el 10% del capital de dos o más sociedades o entidades colombianas y/o extranjeras por un periodo mínimo de 12 meses.
2. Contar con los recursos humanos y materiales para la plena realización del objeto social. Se entenderá que se cumple con los recursos humanos y materiales necesarios para una actividad de holding cuando la compañía cuente con al menos tres (3) empleados, una dirección propia en Colombia y pueda demostrar que la toma de decisiones estratégicas respecto de las inversiones y los activos de la CHC se realiza en Colombia, para lo cual la simple formalidad de la Asamblea Anual de Accionistas, no será suficiente.

342 Decreto 624 de 1989. Artículo 895.

residente en territorio colombiano se entenderán como rentas de fuente extranjera, de manera que para ese accionista extranjero no estarían gravados en Colombia<sup>343</sup>.

Sin embargo, si la CHC distribuye dividendos a residentes personas naturales en Colombia, estos estarán gravados con la tarifa general de impuesto sobre la renta, permitiendo el descuento por los impuestos pagados en el exterior sobre las rentas gravadas en cabeza de la entidad extranjera.

En lo que respecta a la distribución de utilidades por parte de una sociedad colombiana a favor de otra sociedad colombiana, sujeta esta última al régimen CHC, no existiría la aplicación de retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos por esta sociedad<sup>344</sup>.

Con la inclusión del régimen CHC se visualiza parcialmente la intención de reconocer los efectos fiscales en lo que respecta a la consolidación de los beneficios económicos originados por las utilidades obtenidas por un grupo empresarial, ya sea que corresponda a dividendos distribuidos por parte de sociedades extranjeras o nacionales.

Así las cosas, la distribución de las utilidades entre dos sociedades colombianas que pertenecen al régimen CHC tiene una notable ventaja fiscal versus aquellas que no hacen parte:

- En el primer caso, la distribución de las utilidades que no fueron gravadas en cabeza de la sociedad que distribuye los dividendos, ya sea que correspondan a rentas exentas (verbigracia, rentas exentas correspondientes a ingresos calificados de economía naranja) o a incentivos tributarios (verbigracia, inversión de proyectos de fuentes no convencionales de energía), estaría gravada en cabeza de la sociedad accionista. Esto implicaría tributar las utilidades no gravadas a una tarifa del 33% (aplicable al año gravable 2019) más el impuesto a los dividendos distribuido entre sociedades nacionales, sujetos a una tarifa de retención en la fuente del 7,5%.
- Por el contrario, si la distribución de los dividendos se hace a favor de una sociedad CHC, estos no están sujetos a retención en la fuente por parte de la sociedad que los distribuye. En todo caso, se aclara que este beneficio no aplica cuando se trate de la distribución en estructuras multinivel.

Otro de los beneficios establecido en este régimen corresponde al tratamiento fiscal por las rentas que se generan de la venta de acciones<sup>345</sup> que posea una CHC en entidades no residentes en Colombia, al ser consideradas como rentas exentas para efectos del impuesto sobre la renta y las ganancias ocasionales. También son exentas las utilidades originadas en la venta de acciones de una CHC, salvo las que provengan de actividades hechas por la CHC en Colombia.

Así las cosas, la incorporación del régimen CHC es una aproximación a uno de los principales objetivos de la consolidación fiscal, que no es la causación de impuestos en la celebración de operaciones intragrupo (distribución de dividendos y venta de acciones). Sin embargo, la adopción de este régimen no responde realmente a una lógica de consoli-

343 Rozo Gutiérrez, Carolina, "Algunos aspectos de derecho tributario internacional en la Ley de Financiamiento", en Ruiz Hurtado, José Guillermo (Dir.), en *Comentarios a la Ley de Financiamiento. Ley 1943 de 2018*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario e Instituto Colombiano de Derecho Aduanero Bogotá, 2019, pp. 76 y 77.

344 Decreto 624 de 1989. Artículo 242, parágrafo segundo.

345 Rozo Gutiérrez, "Algunos aspectos de derecho tributario internacional", p. 78.

dación fiscal del grupo económico, sino que su propósito principal es desgravar las utilidades extraterritoriales para que Colombia sea más competitiva con sus multinacionales.

#### **ix) Transparencia fiscal de entidades extranjeras**

La promulgación de la Ley 1739 de 2014 planteó un cambio importante en el tratamiento fiscal que debe darse a ciertas estructuras fiscales internacionales como las fundaciones de interés privado, los *trust* o cualquier negocio fiduciario del exterior. El cambio consistió en aplicarles el principio de transparencia fiscal plena con el uso de las reglas tributarias propias de la fiducia mercantil.

La anterior trae como consecuencia el reconocimiento de la transparencia fiscal por las rentas generadas en vehículos del exterior, que hasta la expedición de esta ley no tenían ningún reconocimiento fiscal en la legislación colombiana.

En cierto modo, esta regla que involucra a las entidades del exterior es un paso hacia la consolidación de la carga tributaria en una sola persona natural o jurídica, en el mismo año fiscal en el que se presente el incremento del patrimonio por parte del ente del exterior.

Esta adopción se basa en la lucha contra la evasión tributaria y el diferimiento del pago de impuestos en Colombia, aunque por su aplicación puedan verse favorecidos los objetivos relativos a la consolidación fiscal de los conglomerados.

En línea con lo anterior, se reitera que el régimen de entidades controladas del exterior, el régimen de CHC y la aplicación de la transparencia fiscal de entes del exterior no son completamente armónicos e integrales para afirmar que con ellos Colombia logra reconocer una sola base fiscal para los conglomerados. Pero sí son una aproximación al tema.

No obstante, si se toman en consideración regímenes fiscales comparativos resulta evidente que la legislación colombiana se encuentra limitada frente a la consideración fiscal de los conglomerados económicos. Para el efecto, se pueden tomar como puntos comparativos a países de la Comunidad Económica Europea (CEE) y algunos del continente americano.

### **3. OBSERVACIÓN DE LA ACTUAL SITUACIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA CONSOLIDACIÓN FISCAL**

A nivel internacional, la consolidación fiscal de los conglomerados es un tema que ha sido implementado en varios países y ha sido considerado para ser desarrollado como una práctica regional e incluso mundial.

Dentro de los países de la Unión Europea (UE) el caso de España es especial por su cercanía al sistema colombiano y porque puede considerarse como un ejemplo de la tendencia de las naciones que conforman dicha unión.

En España, la Ley 27 de 2014 introdujo un notable cambio del régimen de consolidación fiscal en este país, como consecuencia de las diferentes sentencias del Tribunal Superior de Jus-

ticia de la Unión Europea<sup>346</sup>. Con este cambio normativo se le permite a una entidad residente en territorio español, bien sea la dominante de un grupo o una designada (cuando no exista ninguna que cumpla los requisitos para tener la condición de dominante), representar al conglomerado para ser el sujeto encargado de realizar la consolidación fiscal.

Los requisitos para su aplicación son básicamente dos: (i) que las sociedades que consolidan sean residentes en territorio español y ii) que se tenga una participación, directa o indirecta, al menos del 75% del capital social y se posea la mayoría de los derechos de voto de otra u otras entidades que tengan la consideración de dependiente (el 70% respecto de las acciones sujetas al mercado regulado o de entidades participadas).

La principal ventaja del régimen es que todas las empresas de un mismo grupo tributan como si se tratase de una sola, de manera que, dentro del mismo ejercicio, las pérdidas de unas sociedades pueden ser compensadas de forma “automática” con los beneficios de otras. Otras ventajas del régimen español son:

- i) La renta imponible del grupo está constituida por la suma de las rentas imponibles de cada una de las empresas que forman el grupo.
- ii) Para el cálculo de la base imponible consolidada, las ganancias (o pérdidas) fiscales generadas por las transacciones realizadas entre empresas del grupo se eliminan y solo se incluyen en la base imponible consolidada cuando se realizan con terceros.
- iii) Las pérdidas fiscales de cualquiera de las compañías que forman el grupo pueden compensarse con las ganancias fiscales de cualquiera de las otras compañías.
- iv) No se hace retención en la fuente por los pagos realizados entre empresas del grupo fiscal, como serían el pago de intereses y dividendos.

Este sistema adoptado se pudiese considerar como el pleno reconocimiento de un sistema de consolidación fiscal, el cual responde a una unidad fiscal de las empresas que conforman un grupo.

Otras jurisdicciones de la UE siguen la línea de reconocer la consolidación fiscal, pero, en algunos casos, planteando diferentes criterios. En Francia y Holanda se permite que una empresa matriz y sus subsidiarias nacionales soliciten el régimen de consolidación. Para esto, la primera deberá contar con una participación en las subsidiarias, por lo menos, del 95%. En Italia, las corporaciones vinculadas, basadas en, mínimo, el 50% de la propiedad accionaria, pueden calcular el impuesto de renta de manera consolidada. Por su parte, Portugal exige, al menos, el 75% o más de la participación en el capital de las otras filiales y la propiedad de más del 50% de los derechos de votos.

En el caso de Austria, el sistema de impuestos grupales permite asignar a la matriz las ganancias o pérdidas de los miembros nacionales del grupo, que sería la única contribuyente del impuesto a la renta de las sociedades.

.....  
346 Luxemburgo. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sala Segunda. Sentencia del 12 de junio de 2014. Asunto C39/13. [Ponente: J. C. Bonichot].

Por otro lado, en el Reino Unido se puede establecer un acuerdo de pago grupal. Con él, una empresa se hace responsable de administrar el impuesto de todas las sociedades del grupo. Sin embargo, cada una debe presentar la declaración de impuestos y calcular sus respectivas obligaciones por separado, y seguir siendo responsables de su propio impuesto de sociedades<sup>347</sup>.

En cuanto a los países del continente americano no se puede decir que existe un notable desarrollo del concepto de consolidación fiscal, salvo casos puntuales como el de Estados Unidos y México. En el primero, un grupo de sociedades vinculadas permite que una matriz y sus subsidiarias, con participación directa o indirecta, por lo menos, del 80%, generalmente pueda compensar las utilidades de una filial contra las pérdidas de otra dentro del grupo. Es habitual que las ventas, dividendos y otras transacciones entre corporaciones del mismo grupo se difieran o eliminan hasta que se presenta una transacción con una sociedad que no es miembro del grupo.

En el caso mexicano, una empresa tenedora puede optar por calcular el impuesto a la renta de manera consolidada (denominado, a partir de 2014, régimen de integración), pero cada compañía del grupo es responsable de presentar y pagar el impuesto individualmente<sup>348</sup>.

De acuerdo con esto, si bien no se puede generalizar que el reconocimiento de la consolidación fiscal se predica de manera globalizada, se evidencia que en países de economías desarrolladas o en desarrollo se ha planteado el reconocimiento en la integración fiscal para empresas, a efectos de entender que debe prevalecer una unidad económica frente a una simple jurídica.

#### 4. RECOMENDACIONES

- 1) La diversa terminología para definir a los conglomerados en Colombia, a saber, “grupo empresarial”, “grupo económico”, “vinculados económicos”, “conglomerado financiero”, cada uno con características y/o obligaciones sustanciales y formales diferentes, hace imperioso que el legislador establezca una definición general para dar mayor seguridad jurídica sobre su aplicación y efectos.
- 2) De igual forma, si bien resulta importante estipular una definición propia para efectos fiscales, esta debería ser una especie del término general y, en la medida de lo posible, convertirse en la base para todo el sistema tributario, en lugar de tener una definición por cada impuesto o régimen.
- 3) Colombia debería diseñar un régimen de consolidación fiscal con el que reconozca la prevalencia de la “unidad económica” de los grupos empresariales en aras de respetar la libertad de empresa, la libertad de asociación y la neutralidad tributaria. Algo que le permitiría reconocer la capacidad contributiva del grupo como un solo ente y calificar como una jurisdicción atractiva para la inversión extranjera.
- 4) Antes de incorporar esta consolidación fiscal al ordenamiento colombiano es, necesario que el legislador regule aspectos básicos de la misma, entre otros, el sujeto pasivo; las re-

347 DLA Piper Global Law Firm. “Tax”, en DLA Piper, England, s. f., en <https://www.dlapiperintelligence.com/goingglobal/tax/index.html?t=07-consolidation> (última modificación 29 junio 2021), consulta mayo/16/2022.

348 Rangel Vargas, Minerva, Confalonieri Herrero, Jorge Luis y Bernache Calderón, Moisés, “Muera el régimen de consolidación fiscal, ¿viva el régimen de integración fiscal?”, en Thomson Reuters, México, 2013, <https://1library.co/document/y9djlwq-muerta-regimen-consolidacion-fiscal-viva-regimen-integracion-fiscal.htm>, consulta mayo/16/2022.

glas de tributación de aspectos como la compensación de pérdidas, la asunción de costos y gastos, la tributación de operaciones intragrupo, etcétera, y las medidas antiabuso de estas formas jurídico-tributarias.

- 5) Los avances relativos a la incorporación de la consolidación fiscal como mecanismo de tributación en Colombia deberían estar inspirados en el reconocimiento de la realidad económica de los conglomerados o grupos económicos y no solo en las normas y directrices que buscan evitar la evasión tributaria, la erosión de la base imponible y/o el diferimiento de los impuestos.
- 6) En el marco de la adopción de la tributación consolidada de los conglomerados, el Estado deberá delimitar el ámbito de aplicación de este mecanismo de tributación, circunscribiéndolo, por ahora, a los esquemas asociativos de carácter nacional.
- 7) Una vez adoptada la consolidación fiscal en los grupos económicos deberá ser potestad de los actores del mercado su adopción como mecanismo de tributación. En este sentido, sería facultativo optar por el régimen consolidado u ordinario de tributación, dependiendo de los intereses y necesidades económicas de cada uno.
- 8) Para evitar el uso de la consolidación de la base imponible con propósitos diferentes al reconocimiento de la realidad económica y financiera de los conglomerados, será necesario fortalecer las reglas antiabuso existentes en la legislación local, de manera que se eviten prácticas de elusión o evasión fiscal.

## REFERENCIAS

- Abella Mancera, María del Pilar, “Aspectos tributarios de la vinculación económica y de los grupos empresariales”, en *XXIX Jornadas Colombianas de Derecho Tributario 16, 17 y 18 de febrero de 2005. Cartagena de Indias. Memorias*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2005, p. 213.
- Cabré Nuria, “Consolidación fiscal retroactiva”, España, 2019, ver en [https://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/consolidacion-fiscal-retroactiva](https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/consolidacion-fiscal-retroactiva). Consulta mayo 16 de 2022.
- Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Consejo de Estado. Sección Cuarta. (Septiembre 7 de 2001). Sentencia. Expediente 12179. [CP. María Inés Ortiz Barbosa].
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de mayo de 2007. Expediente 15309. [CP. María Inés Ortiz Barbosa].
- Corredor Alejo Jesús Orlando, “La consolidación como base de determinación del impuesto sobre la renta de los grupos económicos”, en Gómez Sjöberg, Luis Miguel (Dir.), en *El impuesto sobre la renta en el derecho comparado. Reflexiones para Colombia. Homenaje al Dr. Juan Rafael Bravo Arteaga*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2008, pp. 309 y 311.
- Corte Constitucional. (Abril 16 de 2002). Sentencia C-261. Expediente D-3705. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional. (Noviembre 16 de 1995). Sentencia C-524. Expediente D-920. [MP. Carlos Gaviria Díaz].
- Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.

- De la Torre María José, “Luces y sombras de la consolidación fiscal”, España, 2017, en <https://www.auren.com/es-ES/blog/abogados-y-asesores-fiscales/2017/02/24/luces-y-sombras-de-la-consolidacion-fiscal>, Consulta mayo 16 de 2022.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Concepto 0386. Concepto General Unificado Régimen de Entidades Controladas del Exterior “ECE”. Radicado 000080. (Abril 10 de 2018).
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Oficio 006237 (Marzo 17 de 2017).
- DLA Piper Global Law Firm. “Tax”, en DLA Piper, England, s. f., en <https://www.dlapiperintelligence.com/goingglobal/tax/index.html?t=07-consolidation>, consulta de MES DÍA AÑO.
- España. Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. Boletín oficial del estado, 27 de noviembre 2014, núm. 288.
- García Restrepo, Javier, *Estados financieros. Consolidación y método de participación*, Tercera edición, Ecoe ediciones, Bogotá, 2013.
- Gisbert Víctor, “La consolidación fiscal retroactiva, último tren”, España, 2018, en <https://www.bdo.es/es-es/blogs-es/blog-coordenadas-bdo/julio-2018/la-consolidacion-fiscal-retroactiva>, consulta mayo 16 de 2022.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1819 de 2016. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. Diciembre 29 de 2016. DO. N.º 51945.
- Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras. Septiembre 21 de 2017. DO. N.º 50363.
- Ley 1943 de 2018. Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones. Diciembre 28 de 2018. DO. N.º 50820.
- Ley 1955 de 2019. Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad. Mayo 25 de 2019. DO. N.º 50964.
- Luxemburgo. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Sala Segunda. Sentencia del 12 de junio de 2014. Asunto C39/13. [Ponente: J. C. Bonichot].
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Acción No. 3 del Plan de Acción BEPS, en <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3/>
- PriceWaterhouseCoopers (PWC), “Tax groupings for CIT purposes”, España, 2019, ver en <http://taxsummaries.pwc.com/ID/Spain-Corporate-Group-taxation>, consulta mayo 16 de 2022.
- Rangel Vargas, Minerva, Confalonieri Herrero, Jorge Luis y Bernache Calderón, Moisés, “Muera el régimen de consolidación fiscal. ¿viva el régimen de integración fiscal?”, en Thomson Reuters, México, 2013, <https://1library.co/document/y9djljwq-muerta-regimen-consolidacion-fiscal-viva-regimen-integracion-fiscal.htm> consulta mayo/16/2022.
- Rozo Gutiérrez, Carolina, “Algunos aspectos de derecho tributario internacional en la Ley de Financiamiento”, en Ruiz Hurtado, José Guillermo (Dir.), en Comentarios a la Ley de Financiamiento. Ley 1943 de 2018, Instituto Colombiano de Derecho Tributario e Instituto Colombiano de Derecho Aduanero Bogotá, 2019, pp. 66-81.
- Rozo Gutiérrez Carolina, “Tributación corporativa a la luz de las legislaciones de Estados Unidos, México, Perú y Holanda”, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, *Memorias 2013 37 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario*, Bogotá, 2013, pp. 240 y 241.

Sanín Bernal, Ignacio y Sanín Gómez. Juan Esteban, “La consolidación fiscal en los grupos empresariales como alternativa de tributación en Colombia”, *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, 2010, (62), pp. 67-114.

Uckmar, Víctor, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Temis, Bogotá, 2002.

Zarama Martínez, Camilo y Galeano Daza, Laura, *Reforma tributaria comentada. Ley de financiamiento (L. 1943/2018)*, Legis, Bogotá, 2019.



# PROBLEMAS LABORALES EN LOS CONGLOMERADOS EMPRESARIALES

DIANA CAMILA GAITÁN HEMELBERG<sup>349</sup>

## INTRODUCCIÓN

En Colombia, como en el resto del mundo, una parte importante de la actividad empresarial se desarrolla a través de conglomerados; es decir, por medio de varias entidades vinculadas entre sí de diversas formas, con el fin de hacer más eficientes los procesos productivos o, simplemente, con el propósito de invertir unas en otras.

Según Rafael Manóvil, “la actividad empresarial no es ya realizada en forma separada e individual por cada unidad productiva – ni por cada compañía-, sino que ello ocurre a través de toda suerte de combinaciones de varias de ellas, lo que responde a necesidades técnicas, productivas, de dimensionamiento, de mercado, y no menos a la concentración de riquezas y de poder”<sup>350</sup>.

En el país, un ejemplo que ilustra la importancia de los conglomerados es la Organización Ardila Lülle que “cuenta con más de 80 empresas, que generan más de 40.000 empleos, y dentro de las que se encuentran, principalmente, Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón), Incauca S.A., Ingenio Providencia S.A., [y] RCN Televisión”<sup>351</sup>. Asimismo, existen otros conglomerados igual

349 Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, grado con honores. Asociada de Godoy Córdoba Agobados

350 Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades en el Derecho comparado: Empresas y concentración empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 16.

351 León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, “Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia”, en Galgano, Francisco; Roitman, Horacio; León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, en *Los grupos societarios, dirección y coordinación de sociedades*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 312.

de importantes como la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo, el Grupo Empresarial Antioqueño, el Grupo Bancolombia, el Grupo Helm y el Grupo Colpatria.

En este sentido, debido a la importancia que tienen los conglomerados empresariales y todos los trabajadores que se encuentran vinculados a sus diferentes compañías, a lo largo de este escrito se expondrán y analizarán dos grandes núcleos de problemas laborales que se presentan al interior de ellos para evaluar sus implicaciones legales y proponer alternativas de solución.

En la primera parte, por la estrecha relación que tiene con los conglomerados, analizaremos la figura de la unidad de empresa y expondremos dos problemas que se presentan al armonizar los supuestos que contempla la ley laboral para su declaración con la legislación mercantil. Específicamente se hace referencia al requisito de predominio económico del Código Sustantivo del Trabajo y a las presunciones de control del artículo 261 del Código de Comercio (estatuto mercantil), así como al problema que se presenta con la figura del control conjunto aplicado a la unidad de empresa. De igual forma, para ilustrar la utilidad del planteamiento en la práctica, expondremos casos reales de conglomerados y trabajadores que se ven afectados por la falta de armonización normativa y, al final del capítulo, se proponen algunas soluciones a los problemas enunciados.

En la segunda parte del escrito expondremos el problema que surge con el cobro de acreencias laborales cuando una sociedad de un conglomerado entra en proceso de liquidación. En este sentido, se explicarán las diferentes alternativas que tienen los trabajadores para reconstruir el patrimonio de la sociedad en liquidación o, en caso de que el patrimonio de la primera no sea suficiente para cubrir la totalidad de las deudas, para perseguir el patrimonio de otras sociedades pertenecientes al conglomerado. Se plantearán, además, casos de los diferentes tipos de liquidación (voluntaria y judicial) para identificar las alternativas de solución que encajan en cada una.

## 1. LOS CONGLOMERADOS EMPRESARIALES

Antes de exponer los problemas laborales que se presentan en los conglomerados empresariales es necesario explicar este concepto que está intrínsecamente ligado al de control societario, en la medida en que el conglomerado es un conjunto de entidades sometidas al control de una o unas mismas personas naturales y/o jurídicas<sup>352</sup>. Para estos efectos es fundamental traer a colación los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por la Ley 222 de 1995, toda vez que consagran las presunciones de control y la subordinación societaria, esta última definida en el artículo 260 del código de la siguiente forma:

Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas [subrayado fuera del texto] que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria<sup>353</sup>.

352 Esta es la definición de conglomerado sobre la que se desarrollará este escrito.

353 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339, artículo 260.

Esta norma es fundamental porque, según Andrés Gaitán Rozo, establece que “el poder de decisión de una sociedad sometido a la voluntad de otra u otras personas es el criterio determinante de la situación de control o subordinación. Si bien el artículo 261 del estatuto mercantil consagra unas presunciones de control, lo fundamental es determinar si alguien tiene esa capacidad de imponer sus decisiones en los máximos órganos sociales o en la dirección de la empresa”<sup>354</sup>.

Asimismo, la disposición establece que el control puede ser ejercido tanto por personas naturales como por personas jurídicas, y que puede ser individual o conjunto. De esta forma, la norma expone los siguientes tipos de control:

- a. Control directo e indirecto: a partir de esta clasificación se pueden explicar los conceptos de matriz, filial y subsidiaria en la medida en que la primera es la sociedad que ejerce un tipo de control, que, en caso de ser directo, la sociedad subordinada se llama filial; si es indirecto (si el control se ejerce a través de la filial), se denomina subsidiaria.
- b. Control individual y conjunto: “el control individual es la estructura tradicional de control en donde se reconoce una sola persona como matriz o controlante de una o varias subordinadas. Por el contrario, en el control conjunto se ubican dos o más personas en la condición de controlantes”<sup>355</sup>. Es importante tener en cuenta esta clasificación, ya que será un punto de debate en el siguiente capítulo.

Por su parte, el artículo 261 el Código de Comercio establece las presunciones de control, que se refieren a tres situaciones diferentes por las cuales se entiende que una persona o personas son controlantes de una sociedad:

- 1) Control por predominio económico: este supuesto de control es el que más se configura en la práctica. Se da cuando la persona natural o jurídica posee más del 50% del capital de la subordinada. Este control puede ejercerse directamente o con el concurso o la intermediación de las subordinadas.
- 2) Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: de acuerdo con el numeral 2 del artículo 261 del Código de Comercio “se presume el control cuando se tiene el poder de voto en las juntas de socios o en las asambleas de accionistas, o por tener el número de votos necesario para elegir la mayoría de los miembros de la junta directiva, si la hubiere”<sup>356</sup>.

En oficio de 1998, la Superintendencia de Sociedades se refirió a este tipo de control:

También se considera la posibilidad de configurar el control por el ejercicio de los derechos de voto en los órganos de la sociedad, sin que para tal efecto se requiera tener participación en el capital de la subordinada. Tal es el caso del acreedor prendario a quien se le han conferido los derechos de voto inherentes a la calidad de accionistas mediante estipulación o pacto expreso. (Cfr. Art. 411 C. de Co.), respecto de las acciones pignoradas, quien sin tener participación en el capital de la sociedad está fa-

354 Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, p. 47.

355 Gaitán Rozo, *Grupos empresariales*, p. 49.

356 Gaitán Rozo, *Grupos empresariales*, p. 60.

cultado para ejercer los derechos de voto correspondientes y de esta manera poder llegar a imponer y someter a su control la sociedad subordinada. Esta circunstancia, que determina el ejercicio del control interno societario sin participación está contemplada en el supuesto descrito en el numeral 2 del artículo 161 del Código de Comercio.<sup>357</sup>

- 3) Control externo: este tipo de control “se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o sus socios”<sup>358</sup>. Como se explicará más adelante, un ejemplo de esto es TEAM S.A., que fue declarado grupo empresarial porque se encontró que existía control externo o subordinación contractual por un contrato de agencia mercantil que las sociedades subordinadas celebraron con la mencionada matriz y que, en la práctica, le otorgaba el poder de decisión sobre las demás.

Luego de estas consideraciones, explicaremos otro concepto fundamental: el de grupo empresarial. El artículo 28 de la Ley 222 de 1995 establece que un grupo empresarial se configura cuando se cumplen dos requisitos. El primero de ellos es que haya una relación de subordinación, es decir, que se cumpla lo estipulado en el artículo 260 del Código de Comercio, o con alguno de los supuestos de control establecidos en el artículo 261. El segundo requisito es, que además de lo anterior, entre las entidades exista unidad de propósito y dirección, que según la ley se da cuando todas persiguen un mismo objetivo señalado por la controlante<sup>359</sup>.

De esta forma, se puede afirmar que todos los grupos empresariales suponen una situación de control, pero no todas las situaciones de control constituyen un grupo empresarial. En todo caso, los problemas laborales que analizaremos aplican para ambas figuras.

## 2. LA UNIDAD DE EMPRESA

### 2.1. CONCEPTO Y REQUISITOS

A diferencia de los conceptos mencionados en el anterior apartado, la unidad de empresa es una figura propia del derecho laboral; sin embargo, está relacionada con los conglomerados porque, según la ley, uno de los supuestos para su declaración es que exista control por predominio económico. Esta figura está consagrada en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo<sup>360</sup> (CST), que en los primeros dos numerales señala:

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

357 Superintendencia de Sociedades. (Abril 13 de 1998). Oficio 220-15430. [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/24437.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24437.pdf)

358 Gaitán Rozo, *Grupos empresariales*, p. 62.

359 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156

360 Código Sustantivo del Trabajo. Decreto 2663 de 1950. Agosto 5 de 1950. DO. N.º 27407.

- 2) En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

Teniendo esto presente, a continuación señalaremos uno por uno, los supuestos que deben darse para que se pueda declarar la unidad de empresa:

- a. **Unidad de explotación económica:** según Santiago Martínez Méndez, como este concepto no tiene definición legal, debe entenderse en el sentido mercantil de acuerdo con el Código de Comercio, que establece que esta es una actividad económica organizada. Luego, por unidad de explotación económica debe entenderse el conjunto de actividades de la empresa<sup>361</sup>.
- b. **Dependencia económica y el predominio económico:** aunque este es un supuesto que ha sido objeto de un debate que será expuesto en un apartado posterior, es importante destacar que la norma laboral señala expresamente que la unidad de empresa se configura solo cuando se da una situación de control por el primer supuesto del artículo 261 del estatuto mercantil, es decir, cuando la controlante tiene una participación superior al 50% en sus subordinadas. A pesar de esto, hacer una lectura exegética del artículo tiene inconvenientes que se explicarán más adelante.
- c. **Intervinientes:** la unidad de empresa opera con respecto de la matriz y sus subordinadas, sean estas filiales o subsidiarias; en otras palabras, no interesa si el control es ejercido directa o indirectamente. Esto es de especial importancia porque la unidad de empresa no opera entre las filiales ni entre las subsidiarias, solo opera de forma vertical, esto es, entre matriz y subordinada.
- d. **Actividades similares, conexas o complementarias:** es necesario hacer énfasis en este supuesto, ya que no puede confundirse con la unidad de propósito y dirección que se requiere para que exista un grupo empresarial. Por actividades similares debe entenderse las realizadas por empresas que están integradas entre ellas de forma horizontal; a saber, que desempeñan actividades semejantes en la cadena de suministro. Por actividades conexas o complementarias debe entenderse aquellas que realizan empresas integradas verticalmente; es decir, que pertenecen a diferentes niveles de la cadena productiva<sup>362</sup>.

De acuerdo con esto, es evidente que el concepto de unidad de propósito y dirección es muy diferente, porque para que este se configure no es necesario que las actividades sean conexas ni similares. No obstante, cabe aclarar que grupo empresarial y unidad de empresa no son conceptos excluyentes, por lo que es posible que en un grupo se declare, además, la unidad de empresa.

361 Martínez Méndez, Santiago, “La unidad de empresa en las dinámicas empresariales actuales”, en Ana María Muñoz Segura (compiladora), en *Derecho laboral para el nuevo tiempo. Construcción Conjunta*, Temis, Bogotá, 2017, p. 225.

362 Martínez Méndez, “La unidad de empresa”, p. 230.

- e. **Zonas de condiciones económicas similares:** según este requisito, “se dará aplicación a la unidad de empresa cuando la filial o subsidiaria se encuentre ubicada en zonas de condiciones económicas similares a la principal, esto es, que a través de mediciones macroeconómicas [...] se comparen las regiones geográficamente para entender si el lugar donde la matriz opera tiene condiciones económicas similares a las de la subsidiaria o filial”<sup>363</sup>.

Si este requisito no se cumple, la subordinada solo estará obligada a igualar las condiciones salariales y prestacionales de la matriz, si así quedó establecido en la convención colectiva.

## 2.2. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN

Los efectos de la declaración de unidad de empresa son de carácter laboral y todos se derivan del hecho de que se entiende que aunque los trabajadores desempeñan funciones para personas diferentes, en realidad laboran para una misma empresa. A continuación explicaremos sus principales efectos:

- a. Igualdad de condiciones prestacionales y salariales: el principal efecto de la declaración de esta figura es que los trabajadores de las subordinadas deben tener las mismas condiciones salariales y prestacionales que los trabajadores de la matriz<sup>364</sup>.

La Corte Constitucional, en sentencia C-1185 de 2000, así lo reconoce: “La unidad de empresa es un instituto jurídico propio del derecho laboral que busca hacer realidad el principio de igualdad entre todos los trabajadores que laboran para un mismo patrón, entendiéndose que lo hacen cuando prestan sus servicios en una o varias empresas dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, siempre que desarrollen actividades similares conexas o complementarias. La igualdad se hace realidad reconociendo a todos los trabajadores un mismo sistema especial salarial y prestacional, con fundamento en la capacidad económica de quien se considera un único patrón”<sup>365</sup>.

- b. Efectos contractuales e indemnizatorios: según un estudio jurisprudencial hecho por Martínez Méndez<sup>366</sup>, además del efecto señalado, la declaración puede tener consecuencias de tipo contractual e indemnizatorio. De esta forma, de acuerdo con el autor, la declaración de esta figura puede ocasionar que si un trabajador tuvo un contrato de trabajo con una de las sociedades del conglomerado y posterior y consecutivamente tuvo otro con otra de las sociedades, estos se entenderán como un solo contrato. Así, en caso de terminación del último contrato, para el cálculo de la indemnización por despido o por vacaciones se tendrá como fecha de inicio de la relación la del primer contrato, no la del último.
- c. ¿Solidaridad?: es importante mencionar un efecto que ha sido objeto de debate; nos referimos a la responsabilidad solidaria de los empleadores por acreencias laborales debidas cuando se declara la unidad de empresa. Curiosamente, aunque con la unidad de empresa

363 Martínez Méndez, “La unidad de empresa”, p. 231.

364 El artículo 194 del CST no establece qué sucede cuando las subordinadas tienen mejores condiciones salariales y prestacionales que la matriz; por lo que en estricto sentido, haciendo una lectura exegética de la norma, la autora considera que si este supuesto de hecho se da, no se podrán desmejorar las condiciones de los trabajadores de las subordinadas para igualarlas a las de la matriz. Asimismo, que las condiciones de la matriz tampoco deberán igualarse a las de las subordinadas en caso de ser inferiores, ya que este no es el efecto contemplado por ley. Sin embargo, existe el riesgo de que los trabajadores de la matriz soliciten la declaración de unidad de empresa y exijan que se les igualen los salarios a los de los trabajadores de las subordinadas, argumentando discriminación y vulneración de su derecho a la igualdad. En todo caso, si el juez llegara a conceder las pretensiones, estaría excediendo sus facultades.

365 Corte Constitucional. (Septiembre 13 del 2000). Sentencia C-1185. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz].

366 Martínez Méndez, “La unidad de empresa”, p. 238.

se entiende que hay un solo empleador, esto no implica necesariamente que los trabajadores puedan cobrar sus acreencias de forma indiscriminada a cualquier sociedad o persona natural que haga parte del conglomerado. Como se expondrá a continuación, este ha sido un punto en el que se han encontrado posturas contrarias.

Autores como Martínez Méndez afirman que como la ley no contempla expresamente este efecto para la unidad de empresa, declarar la solidaridad implicaría un exceso de las facultades del juez, y que por esto solo cabría en aplicación del artículo 36 del CST, que establece que los codueños de una misma empresa son solidariamente responsables<sup>367</sup>.

Asimismo, Jorge Iván Cubillos Amaya explica que “puede existir ‘unidad de empresas’, sin que se configure solidaridad de las obligaciones entre los miembros que conforman ese grupo de empresas, pues es necesario cumplir con los parámetros señalados por la normatividad laboral frente a la responsabilidad solidaria, presupuestos que son independientes, es decir, la solidaridad no surge como consecuencia de la declaratoria de la unidad de empresas”<sup>368</sup>.

Ahora bien, contrario a la postura anterior, la Corte Suprema de Justicia en algunos pronunciamientos sí ha optado por utilizar la unidad de empresa como fundamento para la declaración de la responsabilidad solidaria. Así lo hace, por ejemplo, en el caso de McCann Erickson, que se analizará en apartados posteriores de este trabajo, en el que afirma que “es dable entrar a declarar administrativa o judicialmente la unidad de empresa, siendo una de las consecuencias jurídicas propias de esta figura, que se haga derivar responsabilidad laboral de dichas sociedades sobre las acreencias reconocidas o a reconocer a los trabajadores”<sup>369</sup>.

La autora considera que las tesis de Martínez Méndez y Cubillos Amaya son más adecuadas porque fundamentar la responsabilidad solidaria en la unidad de empresa implica gravar injustamente a las sociedades; además, es una vulneración al principio de separación patrimonial y responsabilidad limitada, base fundamental del derecho societario. Por tanto, en este artículo se acoge la tesis según la cual la responsabilidad solidaria solo se predica en las situaciones expresamente señaladas en la ley, como en la intermediación o tercerización.

En todo caso, es evidente que la falta de claridad del artículo 194 del CST, así como la cambiante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia generan confusión e inseguridad jurídica, sobre todo, porque no es fácil entender cómo puede declararse que un conjunto de personas son un solo empleador, pero, al mismo tiempo, solo son responsables por las acreencias de sus propios trabajadores. Este es un punto que exige unificación jurisprudencial.

- d. Declaración: adicional a lo anterior, es importante aclarar que la unidad de empresa puede ser declarada tanto por el juez laboral como por un inspector de trabajo. Sin embargo, si lo hace este último tendrá efectos para todos los trabajadores de la empresa, cosa que no ocurre si la declaración es de carácter judicial y, por lo tanto, solo tiene efectos *inter partes*.

Sin perjuicio de lo anterior, es fundamental tener presente que según el artículo 486 del CST, los inspectores de trabajo no pueden declarar derechos<sup>370</sup>. En este sentido, la re-

367 Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 36.

368 Cubillos Amaya, Jorge Iván, “Los efectos laborales de los grupos de empresas en Colombia”, *Ius Labor*, 2017, (3), p. 95.

369 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (Mayo 11 de 2016). Sentencia SL6228-2016. Radicación 43680. [MP. Gerardo Botero Zuluaga].

370 Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 486.

solución que declare la unidad de empresa no puede ordenarles a los empleadores igualar los salarios de sus trabajadores ni la declaración de contratos, algo que sí puede hacer un juez. Ahora bien, si los empleadores hacen caso omiso de la declaración administrativa de la unidad de empresa, los trabajadores podrán accionar para que un juez les declare los derechos que se derivan de la resolución.

### 2.3. UNIDAD DE EMPRESA Y GRUPO EMPRESARIAL

Como ya se ha mencionado, aunque los conceptos de unidad de empresa y de grupo empresarial están muy relacionados, son diferentes, como se puede ver en el siguiente cuadro comparativo:

| Factor diferenciador       | Unidad de empresa  | Grupo empresarial   |
|----------------------------|--|---|
| <b>Supuesto de control</b> | Se configura, según la ley, solo por predominio económico.     | Surge por cualquier tipo de control.  |
| <b>Efectos</b>             | Sus efectos son de naturaleza laboral.                         | Efectos de tipo societario.<br><ul style="list-style-type: none"> <li>– Obligación de inscripción en el Registro Público Mercantil.</li> <li>– Estados financieros consolidados.</li> <li>– Responsabilidad subsidiaria de la matriz.</li> <li>– Artículo 29 de la Ley 222 de 1995: los administradores deben presentar informe de las diferentes actividades entre las sociedades vinculadas.</li> </ul> |
| <b>Declaración</b>         | Debe ser declarada por un juez o por un inspector del trabajo. | Debe ser inscrito por el controlante en el Registro Público Mercantil, sin perjuicio de que pueda ser declarado por la Superintendencia de Sociedades.  |
| <b>Objeto social</b>       | Las sociedades deben realizar actividades similares o conexas. | Las sociedades pueden realizar cualquier actividad, siempre que tengan unidad de propósito y dirección.   |

### 2.4. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA FIGURA

#### 2.4.1. UNIDAD DE EMPRESA Y LOS SUPUESTOS DE CONTROL DEL ARTÍCULO 261 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

En apartados anteriores se expuso que el artículo 194 del CST establece expresamente que uno de los supuestos para que proceda la declaración de la unidad de empresa es que entre matriz y subordinada exista predominio económico. No obstante, como se enunció, aunque la Corte Suprema de Justicia apoya la lectura exegética de la norma, el Consejo de Estado expresó que era necesario hacer una interpretación más amplia, de forma tal que se debe entender que la unidad de empresa se puede declarar no solo por predominio económico, sino que caben también los otros supuestos de control que contempla el estatuto mercantil.

Aunque lo anterior no lo ha afirmado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones, es apropiado realizar un análisis sobre la conveniencia de su interpretación, toda vez que se han hecho declaraciones de control por los otros dos supuestos del artículo 261, que incluyen importantes compañías, y, por lo tanto, se ven involucrados varios trabajadores.

Adicionalmente, es importante mencionar que una situación de control puede incluso darse y llegarse a declarar así no encaje dentro de ninguna de las presunciones<sup>371</sup>; en este caso, la Superintendencia de Sociedades tendrá la carga de demostrar que el poder de decisión de la o las sociedades se encuentra sometido a otra sociedad. En este sentido, se considera que el fallo del Consejo de Estado se refiere a todas las declaratorias de control, incluyendo las que se salen de las presunciones.

Ahora bien, antes de realizar el análisis del caso, se expondrán las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que apoyan una de las dos posturas expuestas (Tabla 1 y Tabla 2):

**Tabla 1**

*Sentencias que apoyan que se tenga en cuenta solo el predominio económico*

|                                  |  |
|----------------------------------|--|
| <b>Corte Suprema de Justicia</b> | <b>Sala de Descongestión Laboral N.º 3. (Mayo 16 de 2018). Sentencia SL1690. Expediente 51613. [MP. Donald José Dix Ponnefz]</b>   |
|                                  | Sobre la declaración de unidad de empresa entre Famoc Depanel S.A. y Cinética S.A., la Corte expuso que: “con relación al elemento de preponderancia económica, consideró que del documento visible a folio 58, se infería que Famoc Depanel es la máxima accionista de la sociedad Cinética S.A. con una participación del 57.36%, equivalente a 57.358 acciones, por lo que concluyó que se daban los presupuestos del artículo 194 del CST, en tanto que existía una principal, Famoc Depanel S.A. con predominio económico sobre la otra su filial o subordinada Cinética S.A. y, además, también se presentó la similitud en las actividades desarrolladas y, en consecuencia la unidad de empresa era predicable” <sup>372</sup> .   |
|                                  | <b>Sala de Casación Laboral. Sentencia del 26 de octubre de 2016. MP. Clara Cecilia Dueñas</b>   |
|                                  | En esta sentencia el tema principal no es la unidad de empresa. Sin embargo, la Corte se pronuncia sobre ella porque la parte demandante la propuso como una de sus excepciones. Con respecto al predominio económico, la corporación contundentemente adujo que “tratándose de la existencia de varias personas jurídicas, como ocurre en el <i>sub lite</i> , para que se configure la denominada unidad de empresa, deben concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria. Ahora bien, <u>esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que, precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura</u> [subrayado fuera de texto]” <sup>373</sup> . |

371 La Superintendencia de Sociedades señala que las presunciones del artículo 261 del Código de Comercio no son de carácter taxativo y, en consecuencia, la entidad puede llegar a declarar situaciones de control por fuera de ellas. Superintendencia de Sociedades. (Enero 18 de 2016). Oficio 220-001946. Presunciones de subordinación.

372 Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral N.º 3. (Mayo 16 de 2018). Sentencia SL1690. Expediente 51613. [MP. Donald José Dix Ponnefz].

373 Incluir la cita completa.

|                                  |  |
|----------------------------------|--|
| <b>Corte Suprema de Justicia</b> | <p><b>Sala de Casación Laboral. Sala de Descongestión N.º 1. Sentencia del 17 de octubre de 2018. MP. Martín Emilio Beltrán Quintero</b></p> <p>Para resolver la procedencia de la responsabilidad solidaria en acreencias laborales de la matriz, la Corte examina la procedencia de la declaración de la unidad de empresa y afirma que “el operador judicial de segundo grado no se equivocó al colegir que durante la vigencia del contrato de trabajo del demandante con Colcarburo S.A., no se presentó la alegada unidad de empresa con Cementos Argos S.A. Ello porque del análisis de las pruebas reseñadas que se denunciaron como erróneamente apreciadas no se evidencia que hubiera existido predominio económico de la aquí demandada respecto de Colcarburo S.A., quien fue la empleadora del actor”<sup>374</sup>.</p> |
| <b>Consejo de Estado</b>         | <p><b>Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Sentencia del 28 de junio de 2012. Subsección A. CP. Alfonso Vargas Rincón</b></p> <p>Refiriéndose al requisito de predominio económico de la unidad de empresa, la sala afirma que “para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria, se requiere que aquélla posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1º del Código de Comercio puede suceder directamente, o por intermedio o por concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas”<sup>375</sup>.</p>  |

**Tabla 2**

*Sentencias que apoyan que se tengan en cuenta todos los supuestos de control*

|                          |  |
|--------------------------|--|
| <b>Consejo de Estado</b> | <p><b>Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B. Julio 25 de 1996. CP. Carlos Arturo Orjuela</b></p> <p>En esta sentencia, la Sala resuelve la acción de nulidad interpuesta contra la Resolución 3553 de 1988 del 21 de enero de 1989, expedida por el Ministerio del Trabajo, con la cual se declaraba la unidad de empresa entre Industrias de Acero S.A. y Colombiana de Aluminio Ltda. En este caso no se configuraba un predominio económico. Aún así, en virtud de los demás supuestos, el Ministerio determinó que sí se configuraba una situación de control y que por esto era procedente la declaratoria. Al respecto, el Consejo de Estado expuso<sup>376</sup>:</p>  |
| <b>Consejo de Estado</b> | <p>Como la misma norma mercantil de modo genérico autoriza considerar subordinadas las sociedades ‘cuando exista[n] intereses económicos, financieros o administrativos entre ellas comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia’ (artículo 261 <i>in fine</i>, C. de Comercio), la unidad empresarial para los efectos laborales se puede colegir específica o genéricamente mediante la utilización de esos derroteros, legales por lo demás anudados a las restantes exigencias del proceso económico como lo han entendido la doctrina y la jurisprudencia en nuestro medio.</p> <p>[...]</p> <p>En los actos acusados el Ministerio de Trabajo halló unidad de empresa pues aunque los elementos de subordinación de la demandante en la otra compañía por ligeras diferencias porcentuales no corresponden al señalado como ejemplo de subordinación societaria en el número 1 del artículo 261 del Código de Comercio, sin que así lo haya expresado, las circunstancias del control de tres personas jurídicas socias en la actora y la calidad de socios en la actora igualmente de las personas naturales socias en aquéllas les permite el control político y el económico de la[s] sociedad[es] involucradas (sic).</p> |

374 Incluir la cita completa.

375 Incluir la cita completa.

376 Incluir la cita completa.

De acuerdo con lo expuesto en las tablas 1 y 2, es claro que en la mayoría de los pronunciamientos las cortes han optado por acoger la postura exegética. Sin embargo, el análisis que hace el Consejo de Estado en la sentencia de 1996 resulta muy interesante porque no se encuentra una razón que justifique que los otros supuestos de control deban estar excluidos como requisitos de la unidad de empresa y, por tanto, no se incluyan a estos trabajadores dentro la protección que ofrece esta figura.

Esto tiene especial importancia, porque aunque no son muchos los casos de declaratoria de control por los numerales 2 y 3 del artículo 261 del Código de Comercio, los pocos que se han presentado involucran grandes conglomerados. Por ejemplo, los grupos empresariales que se describen a continuación:

### A. GRUPO EMPRESARIAL CONTROLADO POR TEAM S.A.<sup>377</sup>

**Tabla 3.**  
*Grupo empresarial controlado por TEAM S.A.*

| Sociedad  | Posición en el conglomerado | Objeto social  |
|---|-----------------------------|--|
| <b>Tecnología Empresarial de Alimentos S.A. (TEAM S.A.)</b> | Matriz                      | Fabricación, compra, venta, importación, exportación, distribución y explotación de toda clase de aceites y grasas comestibles y sus subproductos.                                       |
| <b>Aceites y Grasas Vegetales S.A. (Acegrasas S.A.)</b>     | Subordinada                 | Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal y animal.  |
| <b>Grasas S.A.</b>  | Subordinada                 | Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal y animal.  |
| <b>Grasyplast S.A.</b>                                      | Subordinada                 | Fabricación de productos plásticos.  |
| <b>Grasas y Aceites Andinos S.A. (EMA)</b>                  | Subordinada                 | Montaje, explotación, fabricación, compra, venta, importación, exportación y distribución en Colombia y en el exterior de toda clase de aceites y grasas comestibles y sus subproductos. |
| <b>Grasas Vegetales S.A. (Gravetal S.A.)</b>                | Subordinada                 | Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal.   |
| <b>Faggrave S.A.</b>  | Subordinada                 | Elaboración de aceites y grasas de origen vegetal y animal.  |

Con la Resolución 125-001944 del 26 de abril de 2005<sup>378</sup>, la Superintendencia de Sociedades declaró el grupo empresarial conformado por las sociedades mencionadas en la Tabla 3. Lo hizo por el tercer supuesto que contempla el estatuto mercantil, es decir, por el control externo también denominado subordinación contractual.

En el caso concreto, se encontró que la sociedad matriz del grupo celebró con las demás sociedades un contrato de agencia comercial en virtud del cual dicha sociedad “tiene la posibilidad de fijar los precios, convenir fechas de entrega, acordar términos de pago, exigir garantías, negociar y celebrar con las entidades financieras los créditos y documentos que fueren necesarios

377 Se hace referencia a las sociedades que constituían el grupo TEAM S.A. en 2005; algunas ya no existen.

378 Resolución 125-001944. [Superintendencia de Sociedades]. Abril 26 de 2005.

para la garantía y/o pago de las obligaciones contraídas con los proveedores, definir todo tipo de líneas de crédito, entre muchas otras facultades. [...] De conformidad con el contrato, la sociedad TEAM S.A. tiene la facultad de impartir órdenes a las otras compañías vinculadas, quienes están obligadas a cumplir dichas instrucciones”<sup>379</sup>.

## B. GRUPO DE MCCANN ERICKSON CORPORATION S.A.

Otro grupo empresarial importante que fue declarado por la Superintendencia de Sociedades es el integrado por McCann Erickson Corporation S.A. (matriz) y Época Publicidad S.A. (subordinada) en liquidación. El capital de esta última está conformado así: el 60% pertenece a Época McCann S.A. (sociedad panameña) y el resto a dos personas naturales.

De acuerdo con lo anterior, McCann Erickson Corporation S.A. no es accionista de su subordinada; a pesar de esto, se determina que sí se presenta una situación de control porque tres de sus representantes forman parte de la junta directiva de Época Publicidad S.A., quienes imparten instrucciones que provienen de la matriz extranjera Interpublic Group of Companies. Esta última sociedad no se declara parte del grupo porque es extranjera y no tiene participación directa en el grupo, estando fuera del ámbito de aplicación de la ley colombiana<sup>380</sup>.

Años después de que se hizo la declaración del grupo, algunos trabajadores de Época Publicidad S.A. solicitaron la declaración judicial de la unidad de empresa. Esta pretensión fue negada en primera instancia. Sin embargo, en segunda instancia el tribunal sí la declaró, argumentando que se cumplían los supuestos legales porque la unidad de propósito y dirección era un claro indicativo de que había predominio económico; además, los objetos sociales de las compañías eran muy similares.

Al respecto, resolviendo el recurso de casación, la Corte establece la diferencia que hay entre grupo empresarial y unidad de empresa, y aclara que la unidad de propósito y dirección es totalmente independiente del control por predominio económico, que evidentemente no se presenta en el grupo, por lo que no se puede declarar la unidad de empresa<sup>381</sup>.

## CONSIDERACIONES SOBRE LOS DOS CASOS

Se traen a colación estos casos porque las sociedades cumplen con los requisitos de la declaratoria de unidad de empresa, teniendo en cuenta que en cada grupo las sociedades desempeñan actividades similares o complementarias, bien sea en la industria de las grasas o en la publicidad.

Lo único que impediría la declaración es que no hay predominio económico de las matrices sobre sus subordinadas, aunque es evidente que el poder de decisión está en manos de ellas (en una por control contractual, y en la otra por el control interno porque tiene mayoría de miembros en la junta directiva).

379 Resolución 125-001944.

380 Resolución 125-001620. [Superintendencia de Sociedades]. Septiembre 17 del 2001.

381 Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL6228-2016.

Se considera que seguir esta interpretación va en contra del fin último del Código de Comercio. Además, no se evidencia una razón válida para excluir de la protección que ofrece el artículo 194 del CST a los trabajadores que pertenecen a este tipo de conglomerados. Por lo tanto, en estos casos la norma puede ser discriminatoria.

Ahora bien, a pesar de lo anterior también es claro que el Código establece expresamente que el requisito de la unidad de empresa es el predominio económico, por lo que en estricto sentido no cabe una interpretación más amplia. Aún así, se considera que en este caso es necesario hacer una interpretación teleológica, de manera que la norma pueda cumplir su fin constitucional (la protección a los trabajadores) y su fin en sí misma (evitar el abuso de los empleadores por medio de la creación de filiales y subsidiarias).

Es evidente que la disposición laboral no pretendía hacer una exclusión de los demás tipos de control, en especial, teniendo en cuenta que la norma se expidió antes de la Ley 222 de 1995 (que consagró las nuevas presunciones de control societario). Por esta razón, y aplicando el principio constitucional y laboral de igualdad, se considera que la Corte Suprema de Justicia debería acoger la postura que el Consejo de Estado expuso en 1996; de igual forma, es necesario que se presente un proyecto de ley que modifique el artículo 261 del Código de Comercio, de manera que en lugar de predominio económico, la norma disponga “situación de control o subordinación”.

#### 2.4.2. UNIDAD DE EMPRESA Y CONTROL CONJUNTO

Como se describió en el numeral segundo, de acuerdo con el artículo 261 del Código de Comercio, el control puede ser ejercido por una (control individual) o varias personas (control conjunto) naturales o jurídicas. Sin embargo, el artículo 194 del CST establece que la unidad de empresa se da solo cuando hay una persona controlante, es decir, que la figura solo aplica cuando hay control individual. Entonces, ¿cómo armonizar estas dos disposiciones teniendo en cuenta que el control conjunto es una figura ampliamente utilizada por los grupos?

Antes de analizar más a fondo el problema planteado se explicará brevemente este tipo de control. Según Gaitán Rozo, “si bien la ley no establece unos presupuestos taxativos que recojan todas las posibles hipótesis de ‘control conjunto’, es preciso que se verifiquen elementos que permitan establecer que una sociedad se encuentra sometida a voluntad de una determinada pluralidad de personas, las que deben manifestar ese control de manera que se pueda apreciar una *voluntad de actuar en común* distinta de la *affectio societatis*, propia de todas las sociedades”<sup>382</sup>.

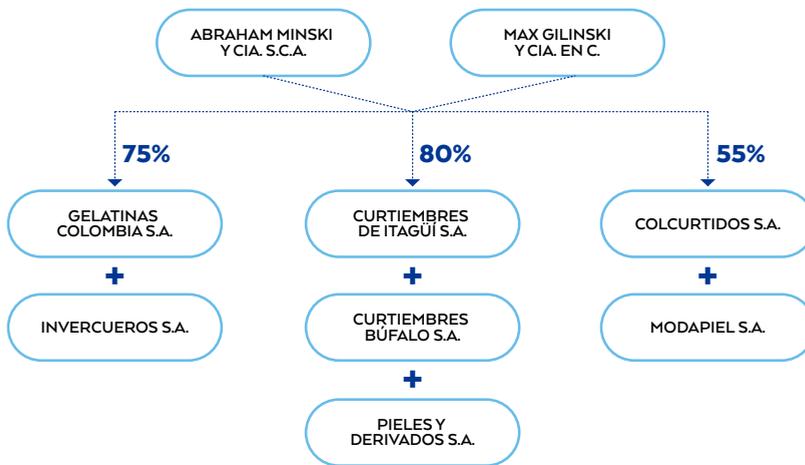
De esta forma, el control conjunto se configura cuando concurren tres supuestos: 1) que haya dos o más controlantes; 2) que ambas personas tengan una voluntad de actuar en común; 3) que en todo caso se presente una de las presunciones de control de los artículos 260 o 261.

Un ejemplo de un grupo empresarial declarado por este tipo de control es el de Minski Donskoy. La situación de control fue declarada por la Superintendencia de Sociedades y la resolución fue objeto de acción de nulidad ante el Consejo de Estado. En este caso, las sociedades Max

382 Gaitán Rozo, *Grupos empresariales*, p. 50.

Gilinski y Cía. S. en C., Abraham Minski y Cía. S.C.A. y Minski Donskpi y Cía. en C. fueron declaradas controlantes de las sociedades subordinadas Curtiembres Búfalo S.A., Curtiembres de Itagüí S.A., Gelatinas de Colombia S.A., C.I. Modapiel S.A., Invercueros S.A., Pieles y Derivados S.A. y Empresa Colombiana de Curtidos S.A. en liquidación.

La Superintendencia concluyó “que las sociedades Abraham Minski y Cia. S.C.A. y Max Gilinski y Cia. en C, aparecen directamente con una participación conjunta superior al 75% del capital social en las sociedades Gelatinas de Colombia S.A. e Invercueros S.A. Que así mismo tienen una participación indirecta conjunta superior al 80% en el capital de las sociedades Curtiembres Búfalo S.A., Curtiembres de Itagüí S.A., Pieles y Derivados S.A., y superior al 50% en el capital de las sociedades Colcultidos S.A., en liquidación obligatoria, y C.I. Modapiel S.A.”<sup>383</sup>. Lo que se puede ilustrar así:



Fuente: elaboración propia.

En este caso es claro que hay un predominio económico (por participación conjunta), una situación de control y una integración vertical totalmente organizada (actividades complementarias), debido a que las matrices direccionan la actividad de las subordinadas y estas se encargan de la compra, procesamiento y comercialización del cuero. Por lo tanto, en principio se cumplen los requisitos de la unidad de empresa.

Sin embargo, el grupo está controlado por dos matrices. En este sentido, si se declarara la unidad de empresa, ¿cómo se cumplirían los efectos de esta figura? Esta es una cuestión relevante, sobre todo para aplicar el principal efecto que es la igualdad de salarios y prestaciones entre la matriz y sus subordinadas, porque si hay dos matrices, cada una con el 50%, y ambas ejercen control conjuntamente, ¿a cuál de las dos sociedades deben igualarse los salarios y prestaciones de las subordinadas?

383 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (Mayo 17 de 2002). Sentencia 7342. [CP. Olga Inés Navarrete Barrero].

No hay doctrina ni jurisprudencia que dé respuesta a este interrogante. No obstante, es importante que se tenga en cuenta porque esta aparente falta de armonización entre ambas figuras puede ser perjudicial para los trabajadores, toda vez que tener varias matrices en el grupo puede usarse como una forma de evitar la declaratoria de la unidad de empresa. En todo caso, como solución se propone que de presentarse esta situación, lo adecuado sería que cada subordinada llegara a un acuerdo con sus trabajadores, a través de un pacto o convención colectiva, para lograr un consenso sobre cuál de las dos opciones seleccionar.

De todos modos, se considera que se debe seguir el principio de inescindibilidad en la medida en que si se escoge una u otra matriz deberán acogerse todas las condiciones salariales y prestacionales de esta, es decir, no se podrán elegir las condiciones salariales de una y las prestacionales de otra.

### 3. PROBLEMAS CON EL COBRO DE ACRENCIAS LABORALES DERIVADOS DE LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD

Una vez expuesto el planteamiento anterior, a lo largo de este capítulo se estudiarán las implicaciones laborales que se derivan de la liquidación de una sociedad. En especial, teniendo en cuenta que en este tipo de procesos los más perjudicados pueden ser los trabajadores en la medida en que se terminan automáticamente los contratos de trabajo y que, en algunos casos, las sociedades empleadoras no tienen activos suficientes para cubrir los pagos correspondientes. Por esta razón, se analizará la situación y se propondrán algunas alternativas de solución para los trabajadores.

#### 3.1. TIPOS DE PROCESOS DE LIQUIDACIÓN

Según el artículo 218 del Código de Comercio, existen varias causales de disolución de una sociedad. En este capítulo se hará referencia solo a dos de ellas: i) decisión de los asociados que conlleva a la llamada liquidación voluntaria y ii) por declaración de la liquidación judicial, que se da en el marco de la insolvencia regulada en la Ley 1116 de 2006.

La primera, regulada por el Código de Comercio a partir del artículo 218, se denomina voluntaria porque el punto de partida para poder realizarla es que los socios, en asamblea general o junta, decidan que quieren la disolución de la sociedad. Una vez se cumple este paso queda disuelta la sociedad y se procede a su inmediata liquidación. Según el artículo 222 del Código, uno de los efectos de esto es que la sociedad solo podrá realizar actos jurídicos relacionados con la liquidación. En otras palabras, su capacidad jurídica queda limitada y no podrá seguir desarrollando su objeto social.

Por su parte, para iniciar la liquidación judicial es necesario, según el artículo 47 de la Ley 1116 de 2006<sup>384</sup>, que se incumpla el acuerdo de reorganización o se cumpla una de las causales de la ley para que una sociedad entre a liquidación judicial inmediata. En estricto sentido tiene el mismo efecto que la liquidación voluntaria: la sociedad deudora no podrá seguir desarrollando su objeto social, por lo que su capacidad queda restringida a los actos necesarios para la liquidación.

384 Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.

Es importante destacar que la principal diferencia entre los dos procesos es que la liquidación judicial supone que el deudor esté en cesación de pagos y que se trata de una medida de *ultima ratio*, toda vez que el objetivo principal de la ley es lograr salvar las sociedades por medio del proceso de reorganización.

### 3.2. EFECTOS DE LA LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

Aunque el artículo 61 del CST establece como causal de terminación del contrato de trabajo la liquidación de la empresa, se debe resaltar que no está contemplada como una justa causa, por lo que el empleador estará obligado a pagar indemnización por despido. De igual forma, es necesario mencionar que si se trata de la liquidación voluntaria, el párrafo de la citada norma estipula que para que se pueda proceder con esta se debe pedir autorización al Ministerio del Trabajo. En el caso de la liquidación judicial, la Ley 1116 de 2006 en su artículo 50, numeral 5, contempla que los contratos de trabajo terminan automáticamente sin necesidad de autorización administrativa ni judicial, y sin perjuicio de la indemnización a la que se hizo referencia anteriormente.

### 3.3. EL CONCURSO DE ACREEDORES Y PREVALENCIA DE LAS ACREENCIAS LABORALES

El proceso de liquidación de una sociedad resulta complejo, toda vez que supone un concurso de acreedores sobre la masa de bienes. En esta medida, como todos los acreedores querrán que la obligación a su favor sea cumplida y muchas veces los activos que tiene la sociedad no son suficientes para cubrir todos los pasivos, la Ley 1116 de 2006 establece una prelación para elaborar la graduación y calificación de créditos y la adjudicación de los activos: “1. La totalidad de los bienes a adjudicar, incluyendo el dinero existente y el obtenido de las enajenaciones, será repartido con sujeción a la prelación legal de créditos”<sup>385</sup>.

Como se mencionó en el apartado 3.2., un efecto contractual de la liquidación de una sociedad es la terminación de los contratos de trabajo, lo que hace que inmediatamente se genere un crédito a favor de los trabajadores, quienes tendrán derecho a intervenir como acreedores del concurso. Teniendo esto presente, se analizará la prelación de las acreencias laborales según la legislación colombiana. Lo primero que hay que mencionar es que el artículo 2495 del Código Civil<sup>386</sup> establece como créditos de primera clase los siguientes:

- 1) Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.
- 2) Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.
- 3) Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor.  
Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia.
- 4) Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes del contrato de trabajo [subrayado fuera del texto].

385 Ley 1116 de 2006. Artículo 58, numeral primero.

386 Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.

- 5) Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses. El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.
- 6) Lo créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados.

De esta forma, si bien las acreencias laborales se encuentran dentro de la primera clase de créditos, según la legislación civil prevalecen sobre ellas las costas judiciales, expensas funerales y los gastos de enfermedad del fallecido.

A pesar de lo anterior, la Ley 50 de 1990 en su artículo 36 posteriormente dispuso que las acreencias laborales tienen prelación sobre todos los demás créditos, por lo que debe entenderse que están por encima de los enunciados en los tres primeros numerales del artículo 2495 Código Civil. Dicho artículo establece lo siguiente<sup>387</sup>:

**Prelación de crédito por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.**

Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás [subrayado fuera de texto].

El juez civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del patrono.

Cuando la quiebra imponga el despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos [subrayado fuera de texto].

En este mismo sentido, en 1995 entró en vigor el *Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador*<sup>388</sup> de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuyo artículo 5 dispone que “en caso de insolvencia del empleador, los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deberán quedar protegidos por un privilegio, de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponda”.

Aunque este convenio no esté ratificado por Colombia, es importante mencionarlo porque confirma lo establecido por la Ley 50 de 1990 y les da total prelación a los créditos laborales en el concurso de acreedores.

Con respecto a esto es necesario tener en cuenta unas excepciones a la regla descrita. La primera de ellas la establece la Corte Constitucional en Sentencia C-092 del 2002, en la que se

387 Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Diciembre 28 de 1990. DO. N.º 39618.

388 Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 173 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador*, Ginebra, 1992.

expone que los alimentos debidos a un menor de edad prevalecen sobre todos los créditos de primera clase<sup>389</sup>. La segunda excepción está contemplada en varios artículos de la Ley 1116 de 2006, y se refiere a la prevalencia que tienen los gastos de administración derivados del proceso concursal sobre todas las acreencias, incluso las laborales, salvo que sean acreencias por concepto de mesadas pensionales.

### 3.4. PROBLEMAS CON EL COBRO DE ACREENCIAS LABORALES (CASOS)

Aunque las acreencias laborales tienen prelación sobre la mayoría de los créditos, en muchos casos los activos con los que cuentan las sociedades ni siquiera alcanzan para satisfacer este tipo de deudas. A continuación se expondrán un par de casos de procesos de liquidación de sociedades pertenecientes a un conglomerado en los que se presentó esta situación.

#### 3.4.1. PROBLEMAS CON EL PAGO DE ACREENCIAS LABORALES A CARGO DE UNA SOCIEDAD SUBORDINADA QUE ESTÁ EN PROCESO DE LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA. CASO MCCANN ERICKSON.

En este apartado se hará referencia a McCann Erickson Corporation S.A., sociedad mencionada en el primer capítulo. Específicamente se analizará una sentencia de casación que se profirió años antes de que los trabajadores solicitaran la declaración de la unidad de empresa.

En 2009, la Corte Suprema de Justicia resuelve un recurso de casación interpuesto por Época Publicidad S.A. en liquidación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. Esta providencia resolvía una controversia en la que tres trabajadoras demandaron a la mencionada sociedad y a McCann Erickson Corporation S.A. para que respondieran solidariamente por un conjunto de acreencias laborales, teniendo en cuenta que su verdadero empleador (Época Publicidad S.A.) no tenía cómo pagarlas.

La pretensión de la responsabilidad solidaria de McCann Erickson la sustentan los trabajadores en el grupo empresarial que declaró la Superintendencia de Sociedades entre esta y Época Publicidad S.A., su subordinada. Con respecto a esta pretensión, en primera instancia el juez determinó que la existencia de una situación de control no implicaba una responsabilidad solidaria de la matriz, sino que, en virtud del entonces vigente artículo 148 de la Ley 222 de 1995, la responsabilidad que se debía declarar era la de tipo subsidiario, de manera que la matriz solo responde si la subordinada no puede pagar la totalidad de sus pasivos y si entró en proceso de insolvencia debido al control ejercido.

El anterior argumento fue reiterado en segunda instancia por el Tribunal. Sin embargo, la Corte, resolviendo el recurso de casación, determina que en el caso concreto tampoco es procedente la declaración de la responsabilidad subsidiaria de la matriz, toda vez que esta solo es

389 “Se hace necesario hacer efectiva la prevalencia otorgada a los derechos de los niños en el artículo 44 superior, entendiendo por éstos tanto a los infantes como a los adolescentes, esto es, a *todo menor de dieciocho (18) años*, de modo que sus créditos por concepto de alimentos prevalezcan sobre los créditos de los demás acreedores incluidos en la primera clase, con la advertencia de que dicho concepto incluye todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor”. Corte Constitucional. (Febrero 13 de 2002). Sentencia C-092. [MP. Jaime Araujo Rentería].

aplicable en el marco de la liquidación judicial, no en el de la liquidación voluntaria. De esta manera, la corporación casa la sentencia y libera a la matriz de toda responsabilidad en el pago de las acreencias laborales.

Este caso es preocupante porque la decisión que tomaron los socios de Época Publicidad al votar por su disolución y posterior liquidación voluntaria dejó a los trabajadores sin la posibilidad de cobrar las acreencias debidas. La situación se dio porque la sociedad no contaba con los activos suficientes para pagar y porque se utilizó la liquidación voluntaria como una estrategia para proteger a la matriz. A continuación, se exponen algunas alternativas de solución para los trabajadores.

### 3.4.2. SOLUCIONES

- a. Acción pauliana: en el marco de los procesos concursales contemplados en la Ley 1116 de 2006, los acreedores pueden interponer una acción denominada “acción revocatoria concursal”. De cualquier modo, como en este caso se trata de una liquidación voluntaria, la acción precedente sería la pauliana, figura que busca reconstruir el patrimonio del deudor en caso de que hubiese querido insolventarse haciendo fraude a los acreedores. Esta es una alternativa que tienen los trabajadores para satisfacer sus créditos cuando los socios, antes de la liquidación, enajenaron los bienes de forma fraudulenta para perjudicar a los acreedores.

Sobre esta acción, Yadira Alarcón Palacio aclara que “si bien la calidad de deudor no limita la facultad de disposición que tiene una persona sobre sus bienes, a través de la Acción Pauliana se permite que el acreedor perjudicado con determinados actos realizados por su deudor pueda impugnarlos y obtener la revocatoria de los mismos, con objeto de que restablezca el patrimonio que le sirve de garantía de su crédito. Pero tal facultad se le atribuye no en consideración a las limitaciones del deudor para disponer de sus bienes, sino porque este último ha actuado con la intención de sustraer sus bienes del alcance de sus acreedores”<sup>390</sup>.

Además de lo anterior, es importante tener en cuenta que según el artículo 2491 del Código Civil el término de caducidad de esta acción es de un año, contado desde la celebración del acto o contrato fraudulento.

- b. Acción de simulación: además de la acción pauliana, otra figura que les ofrece el ordenamiento a los acreedores como herramienta para lograr la reconstrucción del patrimonio del deudor es la acción de simulación. Según Sebastián Escobar Torres y Juan Diego Mojica Restrepo, “esta acción es el mecanismo jurisdiccional que busca la consecución de una providencia judicial que en su parte resolutive declare la situación real del negocio y abra la puerta al tratamiento jurídico que le corresponde”<sup>391</sup>.

De esta forma, por ejemplo, si una sociedad del conglomerado simula que le dona un activo a otra sociedad del grupo cuando en realidad jamás hubo intención de enajenarlo y el bien sigue siendo propiedad de la supuesta vendedora, los acreedores, como los trabajadores, podrán ejercer la acción de simulación con el fin de que se declare la inexistencia del negocio y poder perseguir el activo.

390 Alarcón Palacio, Yadira, “La acción pauliana”, *Revista de Derecho*, 1999, (12), p. 49.

391 Escobar Torres, Sebastián y Mojica Restrepo, Juan Diego, “Hacia una protección merecida: la legitimación en la causa por activa en la acción de simulación y la tutela a la buena fe del acreedor condicional”, *Universitas Estudiantes*, 2013, (10), p. 74.

- c. Desestimación de la personería jurídica: en apartados anteriores se hizo referencia al principio de separación patrimonial que rige en el derecho societario colombiano. Según este, se entiende que el patrimonio de la sociedad es independiente y diferente del de sus socios.

De este principio se desprende otro, conocido como principio de responsabilidad limitada, que establece que en las sociedades de capital<sup>392</sup>, como la S.A.S. y la sociedad anónima, los socios solo responden hasta por el monto de su aporte, por lo que los acreedores únicamente podrán perseguir el patrimonio de la sociedad.

Ahora bien, aunque los anteriores principios son la regla general que rige a las sociedades de capital y un pilar fundamental del derecho societario, el ordenamiento jurídico colombiano contempla taxativas excepciones que constituyen supuestos con los que los acreedores podrán perseguir el patrimonio de los socios.

En este apartado se hace referencia a la contemplada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 que consagra que “cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”<sup>393</sup>.

Se debe resaltar que aunque en un inicio esta disposición aplicaba solo a las S.A.S., el Código General del Proceso en su artículo 24, numeral 5, literal d, prácticamente transcribió este texto, estableciendo que la desestimación de la personería jurídica puede aplicar para cualquier sociedad vigilada por la Superintendencia de Sociedades<sup>394</sup>.

En esta medida, la autora considera que en caso de que los socios utilicen la sociedad realizando actos que perjudiquen su patrimonio, los trabajadores, como acreedores perjudicados, pueden pedir la desestimación de la personería jurídica de la sociedad empleadora y perseguir a los socios para el pago de las acreencias laborales.

- d. Petición de liquidación judicial: el artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 establece quiénes están legitimados para solicitar la liquidación judicial inmediata. Según esta norma, los acreedores podrán realizar una petición para que inicie este proceso siempre y cuando tengan créditos a su favor que representen, al menos, el 50% del pasivo externo del deudor y hagan la petición de forma conjunta con el deudor.

En este sentido, se considera que esta es una alternativa que pueden implementar los trabajadores cuando las acreencias debidas representen sumas significativas, lo que normalmente ocurre con aquellas empresas que deben mesadas pensionales, cesantías retroactivas o indemnizaciones por despido sin justa causa de contratos a término indefinido.

### 3.4.3. PROBLEMAS CON EL COBRO DE ACREENCIAS LABORALES A UNA SOCIEDAD QUE ESTÁ EN PROCESO DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL

Así como en los procesos de liquidación voluntaria ocurre que los trabajadores no pueden cobrar sus acreencias por la insuficiencia de activos de la sociedad, sucede también en los procesos de liqui-

392 No haremos referencia a las sociedades de personas, puesto que en estas no se presenta el problema del cobro de acreencias laborales, ya que en ellas los socios responden de forma subsidiaria e ilimitada. Tampoco mencionaremos la sociedad limitada, toda vez que aunque por regla general los socios solo responden hasta el monto de su aporte, en este tipo societario las acreencias laborales son una excepción, por lo que los socios responderán por ellas de forma subsidiaria.

393 Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.

394 Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.

dación judicial, siendo esta situación mucho más frecuente. Esto sucede porque es muy común que la sociedad deudora se encuentre no solo en cesación de pagos, sino que además esté en insolvencia. Por esta razón, existen varias alternativas de solución que pueden implementar los trabajadores:

### 3.4.4. SOLUCIONES

- a. Responsabilidad subsidiaria de la matriz: a diferencia del proceso de liquidación voluntaria, en el de liquidación judicial sí se puede implementar esta figura contemplada en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 que establece:

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 [subrayado fuera de texto], a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

Esta es una alternativa muy buena para los trabajadores porque la carga probatoria está en la matriz, la cual deberá acreditar que la insolvencia de la sociedad no fue producida por sus actuaciones como controlante.

Un caso muy representativo sobre la aplicación de esta figura es el de Industrial Hullera S.A.<sup>395</sup> en liquidación, sociedad controlada por Fabricato S.A., Coltejer S.A. y Cementos El Cairo S.A.<sup>396</sup> En 1997 inició el proceso de liquidación obligatoria de Industrial Hullera S.A., sociedad que tenía a cargo las mesadas pensionales de más de 300 personas. Ante la imposibilidad de cobrar sus acreencias, los pensionados decidieron interponer acciones de tutela, que en 2003<sup>397</sup> fueron revisadas por la Corte Constitucional.

En el fallo, la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales de los pensionados al encontrar que algunos de ellos, como el mínimo vital, la vida y la dignidad humana de esta población de la tercera edad, necesitaban protección inmediata y requerían una solución transitoria mientras la jurisdicción ordinaria resolvía la situación. En este sentido, aunque según la corporación el fallo no se pronunció sobre la responsabilidad de las matrices, sí les ordenó el pago de las mesadas pensionales.

Tal providencia fue objeto de mucha controversia, pues la Corte resolvió un asunto que era competencia de un juez ordinario, el único que podía determinar si efectivamente las sociedades controlantes eran las culpables de la situación de insolvencia de su subordinada y si era posible aplicar la figura de la responsabilidad subsidiaria de la matriz.

Algunos abogados afirman que el fallo de tutela es una clara extralimitación de la corporación en sus facultades, toda vez que no es el medio para conseguir el levantamiento del velo corporativo. Al respecto, Gaitán Rozo afirma:

395 En este caso se aplicó el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por ser previo a la expedición de la Ley 1116 de 2006, por lo que el proceso no es de liquidación judicial, sino de liquidación obligatoria; sin embargo, en ambas normas la figura de la responsabilidad subsidiaria de la matriz tiene los mismos efectos y supuestos.

396 Este grupo empresarial fue declarado por la Superintendencia de Sociedades en 1999. Resolución 661-1333. [Superintendencia de Valores y Superintendencia de Sociedades]. Septiembre 24 de 1999.

397 Corte Constitucional. (Julio 31 de 2003). Sentencia SU-636. [MP. Jaime Araujo Rentería].

En la práctica en este caso se ha producido en verdadero levantamiento del velo corporativo, pues tres de los accionistas reconocidos como matrices han tenido que asumir el pasivo pensional de la citada sociedad en liquidación obligatoria. Aunque la Corte enfatiza que no hace pronunciamiento sobre la responsabilidad, lo cierto es que las matrices han tenido que pagar y tendrán que hacerlo hasta la culminación de los procesos ordinarios en los que se resuelva el tema de la responsabilidad subsidiaria.<sup>398</sup>

A pesar de las críticas que se le hacen al pronunciamiento de la Corte, es importante resaltar que en 2004<sup>399</sup> la corporación revisó otra tutela interpuesta por trabajadores de la sociedad, quienes todavía tenían vigentes sus contratos de trabajo y, evidentemente, no eran pensionados, por lo que no se beneficiaron del fallo del año anterior.

En esta oportunidad no se concedió el amparo, ya que la Corte consideró que los trabajadores podían acudir a la jurisdicción ordinaria a reclamar los salarios adeudados porque no se encontraban en las mismas condiciones que los pensionados, quienes dependían de su pensión para subsistir, y que por lo tanto, no había una afectación a derechos fundamentales.

En 2018, esto es, 21 años después de iniciado el proceso de liquidación obligatoria, la jurisdicción ordinaria se pronunció<sup>400</sup> y determinó que Industrial Hullera S.A. había entrado en insolvencia por las actuaciones de sus controlantes, por lo que declaró su responsabilidad subsidiaria en el pago de las acreencias que su subordinada debía.

De esta manera, es evidente que aunque se criticó a la Corte Constitucional por el fallo de 2003, tuvo razón en tutelar los derechos de los pensionados; si no lo hubiera hecho, estas personas no habrían podido sobrevivir tanto tiempo sin ningún ingreso. En todo caso, se considera que en 2004 la Corte deja claro que lo hecho el año anterior fue una medida totalmente excepcional.

No obstante, más allá de las consideraciones sobre las supuestas extralimitaciones de la Corte Constitucional, la providencia de 2018 de la Corte Suprema de Justicia es una muestra de la aplicación de la responsabilidad subsidiaria de la matriz en la práctica, de manera que tanto los pensionados como los trabajadores de Industrial Hullera S.A. encontraron en esta figura una alternativa para poder cobrar sus acreencias.

Cabe mencionar que con respecto al tiempo que se demoró la jurisdicción ordinaria en resolver la responsabilidad de las matrices, en teoría este problema no debería presentarse actualmente porque, en virtud de la Ley 1116 de 2006, la competencia de los procesos de liquidación judicial ahora es de la Superintendencia de Sociedades, en ese sentido, se espera que sean muchísimo más eficientes.

- b. Acción revocatoria concursal: la Ley 1116 de 2006, en sus artículos 74 y 75, regula esta figura que solo puede ser ejercida en el marco de un proceso de reorganización o de liquidación judicial y cuyo fin es reconstruir el patrimonio del deudor.

La acción revocatoria concursal tiene algunas características especiales. Lo primero que hay que mencionar es que puede ser ejercida por los acreedores, por el liquidador o por el

398 Gaitán Rozo, Andrés, “La responsabilidad subsidiaria de la matriz”, en Anzola Gil, Marcela; Arrubla Paucar, Alberto; Calderón Gutiérrez, Alfredo, et al., en *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p.189.

399 Corte Constitucional. (Julio 1 de 2004). Sentencia T-627-04. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].

400 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (Julio 25 de 2018). Sentencia SC2837-2018. Radicación 05001310301320010011501. [MP. Margarita Cabello Blanco].

promotor del concurso contra actos onerosos o gratuitos que durante el periodo de sospecha el deudor hubiera celebrado con un tercero de mala fe<sup>401</sup>. Es decir, durante los 6, 18 o 24 meses anteriores al inicio del proceso de reorganización o liquidación judicial, dependiendo del tipo de acto demandado. La figura solo se podrá ejercer hasta 6 meses después de que quede en firme la calificación y graduación de créditos. Otra característica especial es que si la acción prospera, al acreedor demandante se le otorgará una recompensa equivalente al 40% del valor comercial del bien recuperado<sup>402</sup>.

Además de lo anterior, la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades ha establecido otro requisito adicional a los contemplados en la ley. Consiste en que para que un acreedor pueda ejercer esta acción, su crédito debe ser anterior al acto que se demanda. Un ejemplo es la Sentencia 400-000055 del 20 de mayo de 2015, en la que resuelve un caso en el que un grupo de trabajadores pretende que se revoque un contrato de compra-venta sobre un inmueble que realizó Plásticos Vandux S.A. en liquidación judicial<sup>403</sup>.

Lo interesante es que la Superintendencia de Sociedades no confiere la acción revocatoria porque, según ella, la prueba de la legitimación en la causa está a cargo de los demandantes y, en el caso concreto, no obraba en el expediente prueba alguna que demostrara que los créditos laborales eran anteriores a la compraventa. De esta forma, no cabe duda de que en esta providencia se estipula la anterioridad como requisito necesario.

De acuerdo con lo anterior, aunque la figura representa una buena alternativa de solución para los trabajadores porque les permite reconstruir el patrimonio del empleador en caso de que haya mala fe y les otorga una recompensa adicional, se considera que el último requisito jurisprudencial los perjudica, toda vez que, al ser el contrato de trabajo un contrato de ejecución sucesiva, es natural que se generen acreencias posteriores al acto demandado. Por esta razón, se considera que la entidad debe cambiar la línea jurisprudencial con respecto a este requisito, sobre todo, teniendo en cuenta que la ley no condiciona la procedencia de esta acción a la anterioridad del crédito.

- c. Acción de simulación: en el marco de un proceso de reorganización o de liquidación judicial la acción de simulación es diferente a aquella que se mencionó en el literal b del numeral 3.4.1. en la medida en que esta debe seguir las reglas contempladas en los artículos que hablan sobre la acción revocatoria concursal. En otras palabras, los acreedores que quieran interponerla deberán acreditar que hubo un daño que los afectó (perjudicó el patrimonio del deudor o la prelación de créditos), así como que el negocio jurídico se celebró en el periodo de sospecha. A pesar de estas diferencias, persigue el mismo objetivo que la acción pauliana y la acción revocatoria concursal, que es reconstruir el patrimonio del deudor.

401 En la acción revocatoria concursal se presume que el tercero actúa de mala fe, esto es, que celebró el negocio conociendo el mal estado financiero del deudor. Esta presunción admite prueba en contrario.

402 Esta recompensa es propia de la acción revocatoria concursal y no se otorga si se ejerce una acción pauliana.

403 Superintendencia de Sociedades. (mayo 20 de 2015). Sentencia 400-000055. [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_insolvencia/reorganizacion\\_empresarial/Documents/jurisprudencia\\_concursal.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/reorganizacion_empresarial/Documents/jurisprudencia_concursal.pdf)

## 4. CONCLUSIONES

De acuerdo con todos los planteamientos propuestos a lo largo de este escrito, se puede concluir que:

- En el ordenamiento colombiano la unidad de empresa es una figura útil que garantiza el derecho a la igualdad de los trabajadores. Empero, los supuestos que la regulan en el CST, específicamente el referido al predominio económico de la matriz sobre la subordinada, es una disposición que choca con la realidad porque en la práctica hay muchos grupos y situaciones de control que se dan por predominio contractual o por mayoría en la junta directiva.

En este sentido, con la interpretación exegética del artículo se están dejando por fuera grupos empresariales que contratan a cientos de trabajadores que podrían ser beneficiarios de la mencionada figura. Así las cosas, se hace necesario un cambio doctrinal en las cortes y una posterior modificación del artículo.

- Según el estudio jurisprudencial realizado, se encontró que no hay total claridad sobre los efectos que tiene la declaratoria de unidad de empresa, pues en casos como el de McCann Erickson los trabajadores demandaban con el fin de que se declarara la responsabilidad solidaria de las sociedades, no para lograr la igualdad salarial y prestacional.

Se considera que la Corte Suprema de Justicia ha planteado posiciones contrarias con respecto a este tema, por lo que se hace necesario que en posteriores pronunciamientos se enfatice aún más en que la unidad de empresa no implica la responsabilidad solidaria.

- Cuando una sociedad entra en proceso de liquidación y no cuenta con los activos suficientes para cubrir sus acreencias laborales, las soluciones que tienen los trabajadores se rigen por normas societarias, mas no laborales. Sin embargo, se considera que estas son herramientas suficientes que les permiten perseguir a los socios de las compañías empleadoras y reconstruir el patrimonio del deudor en caso de que se intente estructurar algún tipo de estrategia fraudulenta para insolventarse y no pagar sus obligaciones.
- La autorización que otorga el Ministerio del Trabajo para realizar una liquidación voluntaria es un requisito que no tiene la fuerza que debería, toda vez que en la práctica la ausencia de esta no detiene un proceso de liquidación. El ordenamiento colombiano protege la autonomía privada, por lo que es complicado que el Ministerio pueda obligar a los accionistas a permanecer asociados. Por esta razón, se considera que debería crearse un instrumento más eficaz que permita verificar que la liquidación voluntaria no solo responda al capricho de los socios, sino que hay una razón objetiva de fondo.
- La demora en la administración de justicia aumenta el riesgo de que una sentencia a favor de un trabajador no sea efectivamente ejecutable, en el sentido de que es posible que durante el tiempo de espera la sociedad entre en proceso de liquidación voluntaria o judicial. Si esto sucede, aunque el trabajador tenga declarado un derecho a su favor, puede que no exista un patrimonio al cual cobrarle.

## REFERENCIAS

### LIBROS Y REVISTAS

- Alarcón Palacio, Yadira, “La acción pauliana”, *Revista de Derecho*, 1999, (12), pp. 41-50.
- Cubillos Amaya, Jorge Iván, “Los efectos laborales de los grupos de empresas en Colombia”, *Ius Labor*, 2017, (3), pp. 93-103.
- Escobar Torres, Sebastián y Mojica Restrepo, Juan Diego, “Hacia una protección merecida: la legitimación en la causa por activa en la acción de simulación y la tutela a la buena fe del acreedor condicional”, *Universitas Estudiantes*, 2013, (10), pp. 73-106.
- Gaitán Rozo, Andrés, “La responsabilidad subsidiaria de la matriz”, en Anzola Gil, Marcela; Arrubla Paucar, Alberto; Calderón Gutiérrez, Alfredo, et al., en *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.
- León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, “Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia”, en Galgano, Francisco; Roitman, Horacio; León Robayo, Edgar Iván y López-Castro, Yira, en *Los grupos societarios, Dirección y coordinación de sociedades. Colección Textos de Jurisprudencia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades en el derecho comparado: Empresas y concentración empresarial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Martínez Méndez, Santiago, “La unidad de empresa en las dinámicas empresariales actuales”, en Ana María Muñoz Segura (compiladora), en *Derecho laboral para el nuevo tiempo. Construcción Conjunta*, Temis, Bogotá, 2017.
- Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 173 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador*, Ginebra, 1992.

### JURISPRUDENCIA

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (Mayo 17 de 2002). Sentencia 7342. [CP. Olga Inés Navarrete Barrero].
- Corte Constitucional. (Septiembre 13 de 2000). Sentencia C-1185. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa y Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. (Febrero 13 del 2002). Sentencia C-092. [MP. Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (Julio 31 del 2003). Sentencia SU-636. [MP. Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional. (Julio 1 de 2004). Sentencia T-627-04. [MP. Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (Mayo 11 de 2016). Sentencia SL6228-2016. Radicación 43680. [MP. Gerardo Botero Zuluaga].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Descongestión Laboral N.º3. (Mayo 16 de 2018). Sentencia SL1690. Expediente 51613. [MP. Donald José Dix Ponnepfz].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (Julio 25 de 2018). Sentencia SC2837-2018. Radicación 05001310301320010011501. [MP. Margarita Cabello Blanco].
- Sala de Casación Laboral. Sentencia del 26 de octubre de 2016. MP. Clara Cecilia Dueñas.

Sala de Casación Laboral. Sala de Descongestión N.º 1. Sentencia del 17 de octubre de 2018. MP. Martín Emilio Beltrán Quintero.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Sentencia del 28 de junio de 2012. Subsección A. CP. Alfonso Vargas Rincón.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda, subsección B. Julio 25 de 1996. CP. Carlos Arturo Orjuela.

Resolución 661-1333. [Superintendencia de Valores y Superintendencia de Sociedades]. Septiembre 24 de 1999.

Resolución 125-001620. [Superintendencia de Sociedades]. Septiembre 17 del 2001.

Resolución 125-001944. [Superintendencia de Sociedades]. Abril 26 de 2005.

Superintendencia de Sociedades. (Abril 13 de 1998). Oficio 220-15430. [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/24437.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24437.pdf)

Superintendencia de Sociedades. (Mayo 20 de 2015). Sentencia 400-000055. [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_insolvencia/reorganizacion\\_empresarial/Documents/jurisprudencia\\_concursal.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_insolvencia/reorganizacion_empresarial/Documents/jurisprudencia_concursal.pdf)

Superintendencia de Sociedades. (Enero 18 de 2016). Oficio 220-001946. Presunciones de subordinación.

## NORMATIVIDAD

Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.

Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.

Código Sustantivo del Trabajo. Decreto 2663 de 1950. Agosto 5 de 1950. DO. N.º 27407.

Ley 50 de 1990. Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones. Diciembre 28 de 1990. DO. N.º 39618.

Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.

Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.

Ley 1564 de 2012. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO. N.º 48489.

# ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO COMO MATRICES DE GRUPOS EMPRESARIALES

CAMILO ENRIQUE GÓMEZ LÓPEZ<sup>404</sup>



## INTRODUCCIÓN

La noción de grupo empresarial encuentra asidero en el ámbito económico, especialmente, en las economías de mercado con el surgimiento de las denominadas economías de escala. Ese es su origen y justificación como realidad empresarial<sup>405</sup>.

Así, la búsqueda del empresario por aumentar los niveles de producción, su preferencia por la mano de obra especializada y una mejor distribución y coordinación de los factores productivos, disminuyendo los costos e incrementando los rendimientos, traen como consecuencia el fraccionamiento o especialización de la actividad productiva empresarial o su escalonamiento con la

404 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre de Colombia y en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Candidato a magíster en Derecho Económico de la misma universidad. Ha laborado en la Superintendencia de Sociedades, en Posse Herrera Ruíz S.A. S. y en la Fundación Grupo Social. Ha ejercido como profesor de pregrado y posgrado en cátedras sobre derecho comercial, sociedades y contratos. Actualmente es socio director en Gómez Guerrero Abogados S.A. S., y encargado del área de práctica en Derecho Corporativo y Comercial. Correo: camilo.gomez@gomezguerrero.com.co

405 “La obtención de economías de escala son ejemplos frecuentes de las múltiples sinergias productivas que generalmente se atribuyen a las grandes empresas. La reducción de los costos unitarios por el aumento del tamaño, la capacidad de emprender proyectos más amplios de investigación y desarrollo, la mayor eficiencia por la utilización común de las redes comerciales, el aprovechamiento común de experiencias de producción o de gestión, suelen ser factores que se consideran decisivos para explicar las diversas características de los grupos de empresas”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-5007. (Febrero 4 de 1997).

constitución o integración de varias empresas como agentes económicos “especializados” pertenecientes, en más de las veces, a un mismo agente, controlante o matriz<sup>406</sup>.

Lo anterior hace más probable, entre otros beneficios, no solo el aumento de la producción bajo parámetros de eficiencia económica, sino también la generación de una mayor riqueza o ingreso que permita, además del pago o coste de los factores de producción y de los gastos asociados a la actividad productiva, la distribución de la utilidad o beneficio económico generado u obtenido entre los propios agentes económicos o empresas integrantes del conglomerado y, en especial, entre y hacia sus respectivos dueños o inversionistas.

Bajo ese contexto económico, y teniendo en cuenta la vocación connatural de los inversionistas de percibir las utilidades de su inversión, la utilización de entes de naturaleza societaria se presenta desde antaño como el vehículo idóneo en y para la conformación, control y dirección de grupos empresariales.

Sin embargo, la cuestión fundamental para los efectos del presente escrito no es analizar los entes de naturaleza societaria dentro del mentado contexto, sino, por el contrario, disertar sobre las entidades sin ánimo de lucro (ESAL) de derecho privado en dicho escenario. Así pues, se advierte que la pregunta relevante no va a ser si las ESAL pueden o no fungir como matrices de grupos empresariales, o si pueden o no pertenecer a un grupo empresarial en calidad de subordinada —filial o subsidiaria—. A pesar de esto, tales inquietudes serán, así mismo, abordadas. Tema esencial es cuestionar a la propia ESAL y, a partir de ahí, interrogar sobre cuál es o sería la relevancia para un grupo empresarial de que su matriz sea una ESAL. ¿Qué cambia o qué impacto tendría tal supuesto dentro del contexto económico dado y para el mismo grupo empresarial e inversionistas? Esto es lo que el presente documento se propone contestar o describir, siquiera, en líneas generales y conforme con lo que la propia naturaleza de la cuestión permita.

Para tal efecto, se seguirá este orden: (i) aproximación al concepto legal de ESAL; (ii) precisión del concepto “ánimo de lucro” para entender el concepto de “sin ánimo de lucro”, sus alcances mercantiles y los tipos de ESAL; (iii) concepto de grupo empresarial; (iv) naturaleza jurídica de la matriz o controlante y subordinadas; (v) unidad de propósito y dirección, y (vi) relevancia para un grupo empresarial de que su matriz sea una ESAL (a modo de conclusión).

---

406 Al respecto, Gregory Mankiw escribe: “Las economías de escala suelen surgir porque cuando los niveles de producción son más altos, los trabajadores pueden especializarse, lo cual permite a cada uno realizar mejor las tareas encomendadas”. Ver: Mankiw, N. Gregory, *Principios de economía*, tercera edición, McGraw Hill, Madrid, 2004, p. 174.

Por su parte, Paul Krugman Robin Wells expresa: “¿Qué es lo que explica la existencia de estos efectos escala en la producción? La respuesta subyace en última instancia en la tecnología de producción de la empresa. Las economías de escala surgen a menudo por un aumento en la especialización permitido por niveles altos de producción: una mayor escala de operaciones significa que cada trabajador puede limitarse a tareas más específicas, convirtiéndose en un operario más hábil y eficiente en su trabajo. [...] las economías de escala tienen implicaciones muy importantes sobre el comportamiento y la interacción de las empresas y las industrias”. Ver: Krugman, Paul y Wells, Robin, *Introducción a la Economía. Microeconomía*, Editorial Reverté S.A., España, 2012, p. 201.

## 1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO LEGAL DE ESAL

Desde el punto de vista legal, las ESAL son entes que ostentan pleno reconocimiento jurídico<sup>407</sup>, siempre que cumplan con los requisitos dispuestos en la ley para su constitución y funcionamiento<sup>408</sup>, los cuales varían según el tipo de ESAL y el objeto económico a desarrollar. Las ESAL son personas jurídicas que gozan de aceptación y regulación legal para su existencia y ejercicio, y, una vez constituidas y autorizadas, quedan bajo la supervisión del Estado<sup>409</sup>.

Como personas jurídicas de legal reconocimiento por parte del Estado, adquieren las características o atributos asignados a este tipo de personas<sup>410</sup>, tales como la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones y ser representadas judicial y extrajudicialmente, todo, con sujeción a las disposiciones legales y a sus propios estatutos<sup>411</sup>. Así mismo, se les atribuye personería jurídica entendida como la “cualidad jurídica que adquieren los entes originados en el espíritu de asociación y en la voluntad de los particulares, con miras a la realización de fines altruistas sin áni-

- 407 “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad”. Ver: Constitución Política de Colombia. Artículo 38. (1991).  
“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.  
Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.  
Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”. Ver: Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- 408 Al respecto, en sentencia C-395 del 22 de agosto de 1996, la Corte Constitucional, en relación con los requisitos para la existencia de las ESAL, manifiesta: “El artículo 40 del Decreto 2150 de 1995, el principal de los acusados, tiene dos partes: en la primera se suprime el acto de reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y las demás entidades privadas sin ánimo de lucro; en la segunda se dispone, como mecanismo para sustituir dicho reconocimiento con miras a establecer cuándo y cómo nacen las respectivas personas jurídicas, la constitución de las mismas por escritura pública o documento privado y su registro ante la cámara de comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la entidad constituida”. Así mismo, en cuanto a su funcionamiento, dispuso: “Se enmarca también dentro de las facultades la disposición del artículo 41 acusado, según la cual, cuando para el ejercicio o finalidad de su objeto la ley exija obtener licencia de funcionamiento, o reconocimiento de carácter oficial, autorización o permiso de iniciación de labores, las personas jurídicas aludidas están obligadas a cumplir con los correspondientes requisitos legales para ejercer los actos propios de su actividad principal. En efecto, ya que la facultad extraordinaria conferida permita al Presidente de la República determinar cuáles eran los trámites y requisitos no necesarios dentro de las actuaciones administrativas, es lógico que pudiera -como en este artículo se hizo- reiterar también cuáles de dichas exigencias deben seguir rigiendo por estimarlas indispensables con miras a realizar los fines propios del Estado, en este caso los de vigilancia oficial sobre las personas jurídicas”. Ver: Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 22 de 1996). Sentencia C-395. Expediente D-1225. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].
- 409 El artículo 12 del Decreto 427 de 1996, establece: Vigilancia y control. “Las personas jurídicas a que se refiere el presente decreto continuarán sujetas a la inspección, vigilancia y control de las autoridades que venían cumpliendo tal función”. Ver: Decreto 427 de 1996. Por el cual se reglamentan el Capítulo II del Título I y el Capítulo XV del Título II del Decreto 2150 de 1995. Marzo 5 de 1996. DO. N.º 42.736. Por su parte, la Constitución Política, en artículo 189 numeral 26, determina, como competencia del presidente de la República “ejercer la inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conservan y sean debidamente aplicadas y para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores”. El parágrafo de la Sentencia C-395 establece: “Para efectos de lo previsto en el presente artículo y en el artículo 18 de este decreto, las personas jurídicas sin ánimo de lucro deberán presentar ante la autoridad que le compete la inspección, vigilancia y control, el certificado de registro respectivo expedido por la correspondiente cámara de comercio, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha de la inscripción, más el término de la distancia cuando el domicilio de la persona jurídica sin ánimo de lucro que se registra es diferente al de la cámara de comercio que le corresponde. En el caso de reformas estatutarias además se allegará copia de los estatutos. Las entidades de vigilancia y control desarrollarán mecanismos para que las obligaciones se puedan cumplir por correo”.
- 410 “Desde el momento en que surge a la vida del derecho una persona jurídica de derecho privado, tiene capacidad de goce, es decir, puede ser titular de derechos. Pero el ámbito jurídico de una persona física es mucho más amplio [*sic*] que el de una persona jurídica. Las físicas son titulares de los derechos de la *personalidad* (derecho a la vida, al honor, a la integridad corporal, etc.), de los derechos de familia y de los patrimoniales. Las jurídicas, en cambio, carecen de la mayor parte de los derechos de la *personalidad*, hasta el extremo de que el único que cabe reconocerles es el derecho a la *firma social* (o nombre) y el relativo al honor. Carecen totalmente de los derechos familiares, pues estos solo son posibles en la personalidad atribuida a los seres humanos. Por tanto, el campo de acción de las personas jurídicas se extiende en forma preponderante en relación con los derechos patrimoniales”. Ver: Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Alvaro, *Derecho Civil. Parte General y Personas*, Tomo I, Reimpresión de la decimoquinta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2002, p. 435.
- 411 Manual de entidades sin ánimo de lucro —ESAL—, Dirección Jurídica Distrital, Superpersonas jurídicas, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., 2013, p. 19.

mo de lucro, merced al reconocimiento que el Estado hace de su existencia, facultándolos así para que ejerzan derechos y contraigan obligaciones dentro del marco de la Ley y de sus estatutos”<sup>412</sup>.

Ahora bien, como personas jurídicas regladas, las ESAL no solo deben atender, para su nacimiento y legal existencia y funcionamiento, lo que las normas aplicables disponen, sino también seguir, en su propósito u objeto social y económico, fines especiales de legal reconocimiento e imposición<sup>413</sup>, siendo estos, fines altruistas, de beneficio comunitario o de utilidad común. Se debe precisar que las ESAL, en cuanto a su capacidad —vislumbrada en su objeto social, que hacer económico o razón de existencia— deben, forzosamente, atender a objetivos de impacto y beneficio social. Prima, entonces, en estas organizaciones un principio social antes que uno individual; uno de beneficio o utilidad común antes que uno de utilidad individual. Tal filosofía —y lógica jurídica— hace parte integrante de la categorización legal de entidad “sin ánimo de lucro”, mas no es la totalidad de dicha descripción.

Al respecto, Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve precisan la calificación contenida en el artículo 633 del Código Civil<sup>414</sup> sobre las ESAL en el ámbito del derecho privado<sup>415</sup>, y hacen alusión a su objeto o finalidad de interés social o común:

El Código Civil las clasifica en dos grupos: ‘corporaciones’ o ‘asociaciones’ y ‘fundaciones de beneficencia pública’ (art. 633, párr.2º). [...]

I. *La corporación o asociación* consiste esencialmente en una agrupación de personas humanas que la establecen para la realización de un objeto común, ‘y cuya voluntad es decisiva para su ulterior existencia y actividad’.

[...]

II. Cosa diferente sucede con la ‘fundación’ o ‘institución de utilidad común’. Aquí se trata de la destinación de un capital hecha por el fundador a un fin de interés general [subrayado fuera de texto]. La fundación existe independientemente de todo grupo de personas físicas, en el sentido de que las personas encargadas de dirigir una fundación no son las que la crearon, ni los beneficios que se obtengan van a ser repartidos entre ellas [subrayado fuera de texto]. Los beneficios que produzca la fundación o institución de utilidad común, pertenecen a personas indeterminadas -los *beneficiarios*-, que en todo caso son distintas de los administradores.

412 Decreto Distrital 059 de 1991. Alcaldía Mayor de Bogotá. Por el cual se dictan normas sobre trámites y actuaciones relacionados con la personería jurídica de entidades sin ánimo de lucro y con el cumplimiento de las funciones de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común. Febrero 21 de 1991. Registro Distrital 618 del 8 de marzo de 1991, artículo 3, literal a.

413 Puede consultarse el artículo 359 del estatuto tributario, norma que hace referencia al objeto social de las entidades sin ánimo de lucro que hace procedente su admisión al Régimen Tributario Especial (RTE). Ver: Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.

414 Sobre el tema, Marco Monroy Cabra comenta: “La teoría que inspira el artículo 633 del Código Civil es la de la ficción que tiene a Savigny como su principal representante. Savigny advierte que su sistema se refiere exclusivamente al derecho privado y de ahí que su definición de las personas jurídicas como ‘seres creados artificialmente, capaces de tener un *patrimonio*’”. Ver: Monroy Cabra, Marco, *Introducción al derecho*, duodécima edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2001, p. 275.

415 “No habla el C.C. de las personas jurídicas resultantes de las sociedades civiles o comerciales con fines de lucro, porque ellas obedecen a reglas distintas de las establecidas en el art. 633 y siguientes. Por eso las referidas disposiciones únicamente contemplan las corporaciones y las fundaciones” (C.E., S. de Negocios Generales, Sent. ago. 21/40).

III. Todas las personas jurídicas pueden distribuirse en estas dos clases de personas: corporaciones y fundaciones.

[...]

IV. *Clasificación de las corporaciones.* - Es necesario distinguir las corporaciones o asociaciones que persiguen esencialmente fines lucrativos, es decir, ganancias apreciables en dinero para repartirse entre los asociados, de las que no persiguen directamente lucro, sino otros fines distintos, como el perfeccionamiento intelectual o moral de los miembros, la defensa de sus derechos, la asociación profesional, etc. [subrayado fuera de texto].

1) Toda corporación que persigue esencialmente ganancias apreciables en dinero o ventajas patrimoniales para repartir entre los miembros que la forman, se denomina *sociedad* [...].

2) En cambio, las demás corporaciones que no buscan lucro apreciable en dinero para repartirse entre los asociados, no son sociedades; generalmente se las denomina ‘asociaciones’.<sup>416</sup>

Por su parte, la otrora Corte Suprema de Justicia, en providencia de antaño y bajo análisis del artículo 633 citado, dando claridad al concepto de “corporaciones” y “fundaciones” como ESAL, disertó:

La corporación está formada por una reunión de individuos y tiene por objeto el bienestar de los asociados, sea físico, intelectual y moral. No persigue fines de lucro [subrayado fuera de texto].

La fundación se distingue de la corporación en que es un establecimiento que persigue un fin especial de beneficencia o de educación pública [subrayado fuera de texto], para lo cual se destinan bienes determinados. En la fundación no hay personas asociadas sino un conjunto de bienes dotados de personería jurídica. Las personas que por ella actúan son secundarias en contraste con las que actúan en la corporación.

En suma, en la corporación hay asociación de personas, en la fundación predestinación de bienes a fines sociales.<sup>417</sup>

De esto resalta, siquiera en la superficie, que, en efecto, hace parte del concepto de “sin ánimo de lucro”, inherente a estas entidades, la dirección de su actividad económica en aras de desarrollar fines altruistas, morales, intelectuales, de bienestar común o de impacto social, entre otros de similar contenido, siendo este su objeto y razón de existencia.

Así lo ha consignado la normatividad colombiana, en especial, el Decreto Distrital 059 de 1991, vigente en algunos de sus apartados. Esta norma que se atrevió a entregar definiciones legales de asociación o corporación, fundación e institución de utilidad común, siendo redactadas así:

416 Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho Civil*, pp. 422-424.

417 Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de agosto 21 de 1940. [MP. Arturo Tapias Pilonieta]. También citada en Monroy Cabra, *Introducción al derecho*, p. 277.

a. Asociación o Corporación. Es el ente jurídico que surge del acuerdo de una pluralidad de voluntades vinculadas mediante aportes en dinero, especie o actividad, en orden a la realización de un fin de beneficio social extraeconómico [subrayado fuera de texto], que puede contraerse a los asociados, a un gremio o grupo social en particular. Su régimen estatutario y decisiones fundamentales, se derivan de la voluntad de sus miembros según el mecanismo del sistema mayoritario. Por ello, el derecho de asociación no sólo [sic] consiste en la posibilidad de organizar personas morales, sino también en la libertad de abstenerse de hacerlo, siendo contrario a la Constitución todo sistema o procedimiento para compeler a las personas a que ingresen o se retiren como componentes de dichas entidades, o que los obliguen a prestarles servicios, a apoyarlas económicamente o a favorecerlas en sus intereses institucionales.

b. Fundación. Es el ente jurídico surgido de la voluntad de una persona o del querer unitario de varias acerca de su constitución, organización, fines y medios para alcanzarlos. Esa voluntad original se torna irrevocable en sus aspectos esenciales una vez se ha obtenido el reconocimiento como persona jurídica por parte del Estado. El substrato de la fundación es la afectación de unos fondos preexistentes a la realización efectiva de un fin de beneficencia pública, de utilidad común o de interés social (fines educativos, científicos, tecnológicos, culturales, deportivos o recreativos) [subrayado fuera de texto]. La irrevocabilidad del querer original no obsta para que el fundador en el acto de constitución se reserve atributos que le permitan interpretar el alcance de su propia voluntad o que lo invistan de categoría orgánica en la administración de la fundación, pero siempre con subordinación al poder constituyente de la voluntad contenida en el acto fundacional y sin que ello implique la existencia de miembros de la institución a cualquier título.

c. Institución de Utilidad Común. Es el ente jurídico sin ánimo de lucro que se propone la prestación de una actividad o servicio de utilidad pública o de interés social [subrayado fuera de texto].<sup>418</sup>

Con lo mencionado hasta ahora se tiene, sin lugar a equívocos, que el elemento integrante y esencial de las ESAL, en cuanto a su carácter o calificación de entidades “sin ánimo de lucro”, no es, *per se*, ser personas jurídicas o el reconocimiento de su personería jurídica, ni los derechos y obligaciones derivados. Sino el ánimo de dirigir su actividad económica u objeto social para fines altruistas, de beneficio comunitario, de impacto social o de utilidad común, lo cual, por una parte, es la razón de la supervisión y regulación legal que les hace el Estado, y, por otra, la propia razón de su existencia y funcionamiento y lo que las hace diferentes de otro tipo de asociaciones o personas jurídicas.

En efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado afirmó:

En general las entidades sin ánimo de lucro —corporaciones, asociaciones o fundaciones—, tienen un reconocimiento legal en la medida en que su existencia se justifica para la atención de determinados sectores de la población y para la satisfacción de necesidades diversas como salud, educación, deporte, etc. [subrayado fuera de texto], y se han convertido en importantes colaboradoras del Estado Social de Derecho en su afán de atender cualitativa y cuantitativamente los requerimientos de la sociedad.

418 Decreto Distrital 059 de 1991. Artículo 3.

Dichas entidades son personas jurídicas que nacen en virtud del derecho de asociación (C.P., art. 38) o de la libertad que tienen las personas para disponer de sus bienes en orden a realizar fines altruistas o de beneficio comunitario [subrayado fuera de texto], que tienen como característica principal el hecho de que no haya reparto de utilidades o de remanentes generados en el desarrollo de sus objetivos.<sup>419</sup>

Lo anterior se hace tangible, por ejemplo, al momento de consultar los objetos sociales de algunas de las ESAL relacionadas con grupos empresariales o económicos o con conglomerados en el país. Es el caso de la Fundación Grupo Social, que tiene por objeto social “contribuir a superar las causas estructurales de la pobreza para **construir una sociedad justa, solidaria, productiva y en paz**”<sup>420</sup>. La Fundación Bavaria estipula: “la Fundación se dedicará a ejecutar y promover programas de desarrollo social de todo tipo, en Colombia”<sup>421</sup>. A su turno, la Fundación Grupo Aval consigna: “LA FUNDACIÓN tendrá como objetivo principal procurar el desarrollo y bienestar de la población, realizando todas las gestiones, actos y actividades posibles para buscar el mejoramiento de la calidad de vida y el desarrollo social de la comunidad en general en las ciudades y regiones en donde LA FUNDACIÓN decida desarrollar su objeto social”<sup>422</sup>.

## 2. PRECISIÓN DEL CONCEPTO “ÁNIMO DE LUCRO” PARA ENTENDER EL CONCEPTO DE “SIN ÁNIMO DE LUCRO” Y SUS ALCANCES MERCANTILES

### 2.1. ÁNIMO DE LUCRO Y ENTIDAD CON ÁNIMO DE LUCRO

Resulta obligatorio analizar si el hecho de que el carácter de una ESAL sea ser “sin ánimo de lucro”, conforme los términos atrás definidos para su objeto social y actividad económica, se contrapone o la inhabilita para ejercer el comercio o actos de naturaleza mercantil. Necesariamente habrá que estudiar el concepto de “*ánimo de lucro*” y su relación con la actividad mercantil y con aquellos que la ejercen, y examinar si el concepto de “sin ánimo de lucro” les impide realizar actos mercantiles o si, por el contrario, se encuentra algún otro elemento característico que les permita ejercer el comercio.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en concepto emitido el 16 de febrero de 2016, se refiere a la posibilidad de clasificar a las personas jurídicas de derecho privado en función del ánimo de lucro:

También es posible establecer entre las personas jurídicas una división en función del ánimo de lucro, de acuerdo con la cual, en las personas jurídicas con ánimo de lucro, como es el caso de las sociedades mercantiles, quienes las crean e invierten en ellas, esperan obtener un incremento de su patrimonio pro-

419 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de julio 26 de 2016. Radicación 2286. Número único 11001-03-06-000-2016-00033-00. [CP. Germán Alberto Bula Escobar (E)].

420 Fundación Grupo Social, “Nuestra misión”, Colombia, s. f., en <https://www.fundaciongruposocial.co/public/quienes-somos> consulta de mayo 11 de 2022.

421 Conforme el certificado de existencia y representación legal publicado en la página web de la Fundación Bavaria, se tiene que el objeto social es “ejecutar y promover programas de desarrollo social de todo tipo, en Colombia”. Ver <https://www.bavaria.co/fundacion/conoce-fundacion-bavaria>, consulta de mayo 11 de 2022.

422 Fundación Grupo Aval, el acta de constitución y estatutos pueden consultarse en <https://www.fundaciongrupoaval.org/home>, consulta de mayo 11 de 2022.

pio como resultado de la actividad social de la persona jurídica que crearon. Por el contrario, las personas jurídicas sin ánimo de lucro se caracterizan porque las personas naturales o jurídicas que participan en su creación y que aportan bienes para su capital, no pretenden lucrarse en su patrimonio personal de las actividades que realiza la persona jurídica que constituyen, tal y como ocurre en las asociaciones y fundaciones [subrayado fuera de texto].<sup>423</sup>

El 26 de julio de 2016, la misma Sección Cuarta, en Concepto 2286, se pronuncia nuevamente sobre el elemento ánimo de lucro: “El ánimo de lucro se da con base en una de dos circunstancias: que la entidad reciba rentas susceptibles de ser objeto de distribución de utilidades durante la existencia de la entidad o que las utilidades y el capital se repartan entre los asociados al momento de su disolución”<sup>424</sup>.

“El criterio de lucro o las finalidades de lucro no se relacionan, no pueden relacionarse con las utilidades obtenidas, sino a la destinación que se les dé. La estipulación o norma que elimina los fines de lucro, es la que tiene como consecuencia, que los rendimientos o utilidades obtenidas no sean objeto de distribución o reparto entre sus socios o integrantes de la persona moral que los genera”<sup>425</sup>.

De lo anterior se extrae que conforme con la disertación de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el concepto de “ánimo de lucro” se encuentra ligado, no tanto a la circunstancia de crear, generar u obtener utilidad, situación que se da como implícita en el propio concepto, como sí al “destino” que se le da a dicho rendimiento. Por consiguiente, habrá ánimo de lucro siempre que, además de la voluntad o interés de generar utilidad —bien sea con el aprovechamiento de los aportes dados y la posterior ejecución de actividad la económica—, persista el deseo de destinar o distribuir las rentas logradas entre los asociados, socios o accionistas, como en el caso de las sociedades comerciales<sup>426</sup>, donde su carácter esencial es repartir utilidades entre estos<sup>427</sup>.

Francisco Reyes Villamizar en su libro *Derecho Societario*, Tomo I, refiriéndose a las utilidades como elemento esencial del contrato social, y en relación con lo mencionado en el párrafo precedente, menciona:

La finalidad misma del contrato, según los términos del citado artículo 98, consiste en el reparto de las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La vocación que cada socio o accionista tiene para recibir las utilidades sociales, constituye la contrapartida necesaria del riesgo que los asociados asumen por su vinculación a la sociedad. Este beneficio económico configura el denominado *ánimo de lucro*

423 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de febrero 16 de 2016. Radicación interna 2259. Número único 11001-03-06-000-2015-00110-00. [CP: Álvaro Namén Vargas].

424 Sentencias del 6 de febrero de 1987 y del 10 de octubre de 1982, citadas en Consejo de Estado. Concepto de julio 26 de 2016. Radicación 2286.

425 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de julio 26 de 2016. Radicación 2286. Número único 11001-03-06-000-2016-00033-00. [CP: Germán Alberto Bula Escobar (E)].

426 El artículo 98 del Código de Comercio dispone: “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”. Ver: Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.

427 Al respecto, Reyes Villamizar, expresa: “A partir de la norma transcrita -art. 98 C.Co.- pueden establecerse los siguientes elementos esenciales del contrato de sociedad: [...] 3) que exista una finalidad lucrativa expresada en la participación efectiva en los beneficios sociales (utilidades)”. Ver: Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, segunda edición, Temis S.A., 2006, p. 109.

*subjetivo*, que se refleja en primer lugar en el incremento patrimonial que acaece en la sociedad y, en segundo término, en la efectiva distribución que se efectúa entre los asociados, conforme a los balances de fin de ejercicio que son aprobados por el máximo órgano social. Este elemento, además de caracterizar a las sociedades civiles y comerciales, sirve de diferencia específica con otras organizaciones empresariales en las que los beneficios económicos obtenidos no están destinados a su efectiva repartición entre sus integrantes. Este es el caso de las asociaciones de derecho privado reguladas en el Código Civil, tales como corporaciones, fundaciones y otras personas jurídicas caracterizadas por la afectación no lucrativa que tienen los réditos obtenidos como consecuencia de la explotación económica acometida.<sup>428</sup>

Por consiguiente, resulta cada vez más claro, como se precisa, que el concepto “ánimo de lucro” contiene o involucra dos situaciones de orden subjetivo: (i) la espera o *ánimo* de la obtención de un incremento patrimonial en el propio ente diferenciado de sus asociados en razón y con ocasión, bien sea del aporte dado y/o por la ejecución de la actividad económica dispuesta, es decir, la obtención de un beneficio económico o utilidad como resultado del ejercicio e inversión, y (ii) el *ánimo* de destinar o repartir ese beneficio económico o utilidad obtenida exclusivamente entre los asociados para recuperar su inversión en un mayor valor, lo cual afecta o tiene vocación de afectar el patrimonio individual de cada asociado.

En materia mercantil, régimen al que pertenecen las sociedades comerciales, es extenso el debate que busca determinar o conceptualizar si el ánimo de lucro es básico, esencial o inherente a la actividad comercial. Sin embargo, dado que el objeto de este escrito no es discurrir sobre el ánimo de lucro como elemento esencial en las relaciones mercantiles, basta con referirse al mismo para comprobar si los elementos precisados en el párrafo anterior tienen rigor suficiente para ser aceptados como integrantes del “ánimo de lucro” aquí analizado.

Al momento de estudiar los factores básicos que sobresalen en los actos de comercio, autores clásicos en materia de derecho comercial<sup>429</sup> ponen de relieve dos aspectos: (i) la intermediación y (ii) el ánimo de lucro<sup>430</sup>. Frente al primero no se hará referencia porque no aporta al propósito del presente texto.

El maestro José Ignacio Narváez García<sup>431</sup>, en su libro *Introducción al Derecho Mercantil*, hace distinción entre los conceptos ánimo de lucro y especulación. Según el autor, el lucro implica la obtención de un provecho económico o de una utilidad material susceptible de valorarse pecuniariamente y derivada del desarrollo o ejecución del comercio. Por su parte, ánimo de lucro o *animus lucrandi* es la intención de obtener un provecho económico, pero no es necesario que

428 Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo I, p. 119.

429 Como Ramón E. Madriñán de la Torre en su libro *Principios de Derecho Comercial*, novena edición; José Ignacio Narváez García en *Introducción al derecho mercantil*, décima edición, y José Ignacio Narváez García, Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet en *Derecho de la empresa*, primera edición.

430 Al respecto, Madriñán de la Torre escribe: “Hamel, conciliando estas definiciones, estima que en el acto de comercio se conjugan los elementos *interposición* y *ánimo de lucro*, los cuales, en algunas enumeraciones de la ley, requieren de una realización a través de la empresa. La posición del autor francés concuerda con la expuesta en Colombia por el profesor Gabino Pinzón, quien, al comentar el artículo 20 del antiguo Código de Comercio, subraya los elementos *intermediación* y *ánimo de lucro*, posición que, en términos generales, sigue siendo válida en el nuevo ordenamiento”. Ver. Madriñán de la Torre, Ramón, *Principios de derecho comercial*, novena edición, Temis S.A., Bogotá, 2004, p. 73.

431 Narváez García, José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*, décima edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2008, p. 56.

se obtenga siempre, pues basta el ánimo o propósito de lucrarse. Mientras que la especulación es un elemento intrínseco de las actividades mercantiles<sup>432</sup>.

En un libro posterior, Narváez García junto a Jorge Eduardo Narváez Bonnet y Olga Stella Narváez Bonnet precisan el concepto de lucro y manifiestan a cuáles entidades les aplica o es visible y a cuáles no. Para los autores, el lucro, *strictu sensu*, se concreta en la percepción de rendimientos pecuniarios y, *lato sensu*, puede traducirse en precaver pérdidas o reducir gastos. No obstante, son claros en manifestar que la línea que separa y distingue las formas asociativas societarias de las no asociativas no es el fin de lucro. Ello, toda vez que “unas y otras desarrollan actividades que normalmente generan ganancias o pérdidas”. De manera que:

Lo relevante es que las utilidades obtenidas por una asociación no se reparten entre en sus miembros sino que se destinan para desarrollar sus objetivos primordiales, al paso que en las sociedades los asociados perciben participaciones o dividendos cuando el órgano máximo reparte utilidades.

[...]

En verdad el móvil determinante del empresario siempre ha sido obtener ganancias como compensación de los riesgos que permanentemente asume; y basta la intención de percibir utilidad o ganancia, aunque eventualmente reporte pérdidas. Tal propósito de lucro sigue siendo connatural a toda actividad económica; pero abundan organización que operan como cualquier empresa en las que no se reparten utilidades a sus creadores o promotores porque su objetivo consiste en prestar un servicio a la comunidad o aun sector del agregado humano [subrayado fuera de texto].<sup>433</sup>

Queda claro, con base en lo anteriormente analizado, que el concepto de “ánimo de lucro” en efecto involucra dos elementos subjetivos. Subjetivos porque bajo parámetros objetivos pueden o no darse, y fuera de estos pertenecen al fuero interno, intención o vocación del sujeto que los persigue. Son, entonces, (i) el ánimo de generar u obtener una ganancia pecuniaria o incremento patrimonial como consecuencia de la realización de un aporte para la ejecución de una actividad económica o comercial, y (ii) el ánimo de destinar o repartir ese beneficio económico o utilidad exclusivamente entre los asociados o personas que realizaron el aporte o entre aquellas que asumen los riesgos en la actividad económica o comercial.

432 “Siempre se ha creído que el lucro es el elemento subyacente del comercio, o sea la intención de obtener provecho económico, una utilidad material susceptible de valorarse pecuniariamente. El simple beneficio moral o inmaterial, no apreciable en dinero, puede reportar satisfacción íntima o nombradía, secuelas ajenas o extrañas a la noción de lucro. Quien compra para revender tiene en la mira la ganancia de mediación, consistente en la diferencia entre el costo del bien y el valor de enajenación. Y no es necesario que siempre se obtenga, pues basta el ánimo o propósito de lucrarse. A veces los mercaderes por los vaivenes y coyunturas circunstanciales se ven forzados a vender con pérdida, pero casi nunca se limitan a una justa ganancia sino que siempre buscan el enriquecimiento acelerado en las oscilaciones de los precios. Cuando éstos muestran tendencia ascendente se hace patente la especulación *al alza*, y cuando es descendente, la especulación *a la baja*. Se compra con la intención de vender luego recargando el precio, y se vende con el propósito de comprar después más barato. Y como la finalidad lucrativa ha sido en todo el tiempo el resorte impulsor del *hombre de negocios*, cuando realiza operaciones de intermediación sobre mercancías o valores, financieras o bursátiles, con la finalidad de obtener beneficios generados en las variaciones de los precios o de los cambios, se ve en altorrelieve la *especulación*, elemento intrínseco de las actividades mercantiles”. Ver: Narváez García, *Introducción al derecho*, pp. 56-57.

433 Narváez García, José Ignacio, Narváez Bonnet, Jorge Eduardo y Narváez Bonnet, Olga Stella, *Derecho de la empresa*, primera edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2008, p. 73.

El primero de los elementos contiene en sí mismo la definición de lucro, esto es, la obtención de una ganancia pecuniaria o de un incremento patrimonial como resultado del desarrollo de una actividad económica, comercial o empresarial, o como consecuencia del aporte realizado para la ejecución de estas. El segundo resulta más afín con la concepción de “ánimo de lucro” porque representa el interés de apropiarse de las ganancias o utilidades, así como de las pérdidas, a través del destino o repartición exclusiva de las mismas entre los asociados o aportantes. Este ánimo no se elimina o desconoce en caso de que no se genere beneficio o utilidad económica a repartir, pues está presente en la intención o vocación de generar utilidad y de ser apropiada o repartida.

De manera que si se hace referencia a entidades “con ánimo de lucro”, como las sociedades comerciales —de derecho privado—, efectivamente se evidencia que lo que les da ese carácter no es la intención o generación de utilidades o beneficios económicos, situación connatural de toda actividad económica, sino el *ánimo, vocación o intención* de apropiarse de dicho lucro, sea que se genere o no, mediante la repartición exclusiva para y entre los socios o accionistas.

En concordancia con esto, escribe la Superintendencia de Sociedades:

En otros términos lo que supone el ánimo de lucro, es la potencialidad de las personas que se asocian para beneficiarse de las posibles o eventuales utilidades que genere la actividad económica desarrollada, indistintamente de que esos beneficios se obtengan al cabo de determinados períodos o a la finalización de la actividad...

Esa vocación a participar en la utilidades, que como se dijo es lo que a una entidad le da la connotación del ánimo de lucro, en el caso de las sociedades y particularmente de la sociedad mercantil, existe por la estipulación según la cual, deben repartirse entre los asociados las utilidades líquidas que se obtengan al fin de cada ejercicio social y principalmente, por la regla que consagra como derecho básico de todo socio el de recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación de la sociedad y una vez pagado el pasivo externo de la misma, lo que supone que en ese tipo de entidades las utilidades repartibles, cuando éstas se den, y en todo caso, el mayor valor de los aportes que resulte al final de la existencia de la sociedad, debe tener como destinación final esencialmente el beneficio económico de los socios.<sup>434</sup>

## 2.2. SIN ÁNIMO DE LUCRO, ESAL Y ALCANCES MERCANTILES

Ahora bien, resulta preciso y necesario demarcar el significado de “sin ánimo de lucro” para interpretar con mayor rigor el concepto de ESAL y analizar el alcance de este tipo de entidades en relación con la posibilidad o no de ejecutar actos de naturaleza mercantil o comercial.

*Contrario sensu*, si por el calificativo “con ánimo de lucro”, aplicable a ciertas entidades de derecho privado como lo son las sociedades mercantiles, se define como factor preponderante no tanto la obtención o generación de beneficios o utilidades económicas, sino la *intención o vocación* de ser *destinadas o repartidas* exclusivamente entre los socios o accionistas, entonces,

434 Superintendencia de Sociedades. (Marzo 30 de 1999). Oficio 220-20113. Sociedades entre Entidades Públicas.

por “sin ánimo de lucro” habrá de interpretarse la ausencia, exclusión o negación de la *intención*, *vocación* o *ánimo* de destinar, apropiarse o repartir los beneficios o utilidades económicas entre los asociados, lo que evidentemente supone la preexistencia de un beneficio o utilidad económica. En efecto, escribe Álvaro Tafur Galvis:

No cabe duda entonces de que las entidades sin ánimo de lucro deben excluir todo mecanismo que directa o indirectamente signifique para los asociados o fundadores la vocación de participar en los excedentes o beneficios obtenidos en el desarrollo del objeto. Sin embargo la ausencia de una finalidad lucrativa no significa que la persona jurídica deba consumir su patrimonio o empobrecerse, pues la consecución de sus metas impone al menos una conducta de conservación cuando no de mejora e incremento de sus bienes y rentas, para lo cual bien pueden llevar a cabo actividades per se lucrativas, como las mercantiles.<sup>435</sup>

En igual sentido, la Corte Constitucional, en Sentencia C-287 de 2012, refiriéndose al no ánimo de lucro de las ESAL, expresó:

Sin embargo, el hecho que no persigan una finalidad lucrativa, no significa que no desarrollen actividades que generen utilidades, lo que pasa es que a diferencia de las sociedades, el lucro o ganancia obtenida no se reparte entre sus miembros sino que se integra al patrimonio de la asociación para la obtención del fin deseado. Así, el elemento característico de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro radica, precisamente, en la determinación de sus miembros de desarrollar una actividad de interés general sin esperar a cambio repartición de utilidades en proporción a su aporte, ni la recuperación del mismo en el momento de su disolución o liquidación.<sup>436</sup>

La misma institución, en Sentencia C-051 de 1995 manifiesta que “no hay que olvidar, por otra parte, que la ausencia del ánimo de lucro se predica de las personas que son miembros de una asociación o corporación, pero no de ésta [*sic*] en sí misma considerada. Algunas de ellas están dedicadas a actividades de alta rentabilidad, que les permiten acumular riquezas”<sup>437</sup>.

De lo anterior se puede concluir que el “sin ánimo de lucro”, como elemento esencial y característico de las ESAL, no significa ni debe entenderse como la prohibición o exclusión de, por una parte, desarrollar actividades que generen utilidades o beneficios económicos, y, por otra, generar u obtener beneficios o utilidades económicas de las actividades que realizan. Por consiguiente, es claro que las ESAL sí pueden generar “lucro”, situación connatural a toda actividad económica, interpretado como (i) la posibilidad de realizar actividades que generen beneficios pecuniarios, incluidas las actividades mercantiles, y (ii) generar u obtener utilidades de su actividad.

La restricción inherente a estas organizaciones se materializa en la ausencia o exclusión de cualquier tipo de vocación o intención de repartir, destinar o apropiarse de dicho lucro por sus asociados o miembros. Situación que guarda estricta coherencia con el objeto mencionado arriba como fin inherente y razón de ser de este tipo de entes en los cuales prima un principio social

435 Tafur Galvis, Álvaro. *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1990, p. 8.

436 Corte Constitucional. Sala Plena. (Abril 18 de 2012). Sentencia C-287. Expediente D-8642. [MP. María Victoria Calle Correa].

437 Corte Constitucional. Sala Plena. (Febrero 16 de 1995). Sentencia C-051. Expediente D-696. [MP. Jorge Arango Mejía].

sobre uno individual, uno de beneficio o utilidad común antes que de utilidad individual. De ahí que la vocación o intención, no de los asociados o miembros<sup>438</sup>, sino de la propia ESAL frente al lucro será su reinversión o redestinación al objeto social para procurar la continua ejecución de su fin altruista, de impacto social, de beneficio comunitario o de utilidad común.

En efecto, y como refuerzo de lo anteriormente concluido, se cita a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado: “Es así que las entidades sin ánimo de lucro pueden tener beneficios netos o excedentes, que son la utilidad o provecho que resulta después de deducir los gastos. En tal medida es válido que puedan cobrar por los servicios que presten y por los bienes que transen en el mercado, no para repartir las ganancias sino para reinvertir los excedentes en sus actividades misionales de utilidad común”<sup>439</sup>.

Luego, y previo a cerrar el presente acápite, resulta necesario precisar que la utilidad o beneficio económico atribuible a las ESAL tiene denominación legal propia de “beneficio neto o excedente”<sup>440</sup>. Desde el ámbito del derecho tributario, esta ostenta un reconocimiento y un manejo especial, en particular, en lo referente al impuesto a la renta y complementarios en el cual, siempre que la ESAL cumpla con los requisitos del RTE, la tarifa única aplicable será del 20%<sup>441</sup> sobre el beneficio neto o excedente<sup>442</sup>. Estos requisitos, a la fecha de publicación del presente escrito, son:

Artículo 19. Contribuyentes del régimen tributario especial. <Artículo modificado por el artículo 140 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Todas las asociaciones, fundaciones y corporaciones constituidas como entidades sin ánimo de lucro, serán contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, conforme a las normas aplicables a las sociedades nacionales.

Excepcionalmente, podrán solicitar ante la administración tributaria, de acuerdo con el artículo 356-2, su calificación como contribuyentes del Régimen Tributario Especial, siempre y cuando cumplan con los requisitos que se enumeran a continuación:

1. Que estén legalmente constituidas.
2. Que su objeto social sea de interés general en una o varias de las actividades meritorias establecidas en el artículo 359 del presente Estatuto, a las cuales debe tener acceso la comunidad.

438 Es claro que los asociados o miembros de una ESAL, en su fuero individual, sí reciben un beneficio o provecho que puede llegar a ser cuantificable a nivel económico. Igualmente, es vocación de una persona natural que se afilia a una ESAL obtener un provecho o beneficio, de lo contrario, no lo haría. En este sentido, en una corporación o asociación científica los miembros se benefician individualmente en la medida que sus conocimientos aumentan o generan avances en su rama. Una fundación que tenga como objeto enseñar a los miembros de una comunidad a fabricar artesanías, beneficia a la comunidad impactada. Sin embargo, en ninguno de los casos les es dado apropiarse de los beneficios económicos que la propia ESAL genera en el desarrollo de su objeto, pues son intransferibles a ellos.

439 Consejo de Estado. Concepto de julio 26 de 2016. Radicación 2286.

440 “Determinación del beneficio neto o excedente: Para determinar el beneficio neto o excedente se tomará la totalidad de los ingresos, cualquiera sea su naturaleza, y se restará el valor de los egresos de cualquier naturaleza, que tengan relación de causalidad con los ingresos o con el cumplimiento de su objeto social de conformidad con lo dispuesto en este Título, incluyendo en los egresos las inversiones que hagan en cumplimiento del mismo”. Ver: Decreto 624 de 1989. Artículo 357.

441 “Tratamiento especial para algunos contribuyentes. [...] Los contribuyentes a que se refiere el artículo 19 que sean calificados en el Registro Único Tributario como pertenecientes a Régimen Tributario Especial, están sometidos al impuesto de renta y complementarios sobre el beneficio neto o excedente a la tarifa única del veinte por ciento (20%)”. Ver: Decreto 624 de 1989. Artículo 356.

442 “Exención sobre el beneficio neto o excedente. [...] El beneficio neto o excedente determinado de conformidad con el artículo 357 tendrá el carácter de exento, cuando se destine directa o indirectamente, en el año siguiente a aquel en el cual se obtuvo, a programas que desarrollen el objeto social y la actividad meritoria de la entidad. La parte del beneficio neto o excedente que no se invierta en los programas que desarrollen su objeto social, tendrá el carácter de gravable en el año en que esto ocurra”. Ver: Decreto 624 de 1989. Artículo 358.

3. Que ni sus aportes sean reembolsados ni sus excedentes distribuidos, bajo ninguna modalidad, cualquiera que sea la denominación que se utilice, ni directa, ni indirectamente, ni durante su existencia, ni en el momento de su disolución y liquidación, de acuerdo con el artículo 356-1.<sup>443</sup>

De manera que frente a la inquietud sobre si el significado de “sin ánimo de lucro”, inherente a una ESAL, la limita o no para ejercer actividades mercantiles, debe concluirse no solo que no es cierto, sino que también pueden obtener ganancias o beneficios de su objeto social a efectos de que sean reinvertidos en el desarrollo de este, eso sí, eliminando cualquier vocación o intención de distribuir tales utilidades o beneficio neto o excedente entre su asociados o miembros fundadores.

Conviene ahora precisar dos temas de forma concisa y breve, casi que a modo de enunciación: la permisión o autorización de estas entidades para realizar actividades mercantiles y la enunciación de los diferentes tipos de ESAL.

### 2.3. PRECISIÓN SOBRE ACTIVIDAD MERCANTIL DE LAS ESAL

Teniendo presente que las ESAL pueden realizar actividades que les generen beneficio neto o excedentes, incluidas las mercantiles, conviene hacer unas acotaciones preliminares, a modo de advertencia y precisión, sobre algunos aspectos arriba mencionados relacionados con la regulación legal y con la posibilidad de realizar actos de comercio.

En los párrafos precedentes se mencionó que las ESAL, desde el punto de vista legal, son entes que ostentan pleno reconocimiento jurídico, siempre que cumplan con los requisitos dispuestos en la ley para su constitución y funcionamiento. Es decir, son personas jurídicas que gozan de aceptación y regulación legal para su existencia y ejercicio, y, acreditado lo anterior, quedan bajo la supervisión del Estado. De manera que es el propio legislador quien se ha encargado de estipular los tipos de ESAL y su capacidad legal para desarrollar ciertas actividades mercantiles.

Por lo tanto, conforme la legislación vigente, una fundación tiene prohibido realizar operaciones de ahorro, pero un fondo de empleados sí puede hacerlo<sup>444</sup>. En igual sentido, una cooperativa<sup>445</sup> puede hacer ciertas operaciones reservadas para entidades del sistema financiero o bancario<sup>446</sup>, mientras que para algunas corporaciones es prohibido. Y un fondo de empleados,

443 Decreto 624 de 1989. Artículo 19.

444 “Servicios de ahorro y crédito. Los fondos de empleados prestarán los servicios de ahorro y crédito en forma directa y únicamente a sus asociados, en las modalidades y con los requisitos que establezcan los reglamentos y de conformidad con lo que dispongan las normas que reglamentan la materia”. Ver: Decreto 1481 de 1989. Por el cual se determinan la naturaleza, características, constitución, regímenes internos de responsabilidad y sanciones, y se dictan medidas para el fomento de los fondos de empleados. Julio 7 de 1989. DO. N.º 38889, artículo 22.

445 “Es acuerdo cooperativo el contrato que se celebra por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro”. Artículo 4: “Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”. Ver: Ley 79 de 1988. Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa. Diciembre 23 de 1988. DO. N.º 38648.

446 “Las entidades del sector cooperativo podrán organizar, bajo la naturaleza jurídica cooperativa, instituciones financieras en sus diversas modalidades que se regirán por las disposiciones propias de éstas, en concordancia con las del régimen cooperativo. Su constitución se sujetará a las normas generales de las respectivas instituciones financieras y quedarán sometidas integralmente al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria”. Ver: Ley 79 de 1988. Artículo 98.

una cooperativa, una entidad bancaria (sociedad anónima) y una sociedad por acciones simplificada (S.A.S.) pueden ofrecer créditos como operadores de libranza<sup>447</sup>.

Por consiguiente, frente al universo de las ESAL debe tenerse absolutamente claro que las facultades, atribuciones, actividades sociales y económicas que les son permitidas desarrollar (incluidos los actos de comercio), así como sus limitantes y prohibiciones y los requisitos, condiciones y permisos para su funcionamiento son delimitados por el propio legislador, quien, por intermedio de la normatividad vigente, tiene la competencia para regular y disponer sobre estos asuntos<sup>448</sup>.

## 2.4. TIPOS O CLASES DE ESAL

Si bien el artículo 633 del Código Civil menciona únicamente a las corporaciones y a las fundaciones, es cierto que la legislación consagra y reconoce varios tipos o clases de ESAL. Nada impide que se pueda afirmar, con alto grado de certeza, que las ESAL como género presenta varias especies, siendo las fundaciones y corporaciones tan solo unas de estas<sup>449</sup>.

Como referencia, se enunciarán algunas de las especies que reconoce y nombra la legislación: fundaciones; corporaciones; organizaciones civiles; juntas de acción comunal; entidades de naturaleza cooperativa; fondos de empleados; asociaciones mutuales, así como sus organismos de integración; instituciones auxiliares del cooperativismo; entidades ambientalistas; entidades científicas, tecnológicas, culturales e investigativas; asociaciones de copropietarios, coarrendatarios, arrendatarios de vivienda compartida y vecinos; asociaciones agropecuarias y campesinas nacionales y no nacionales; corporaciones, asociaciones y fundaciones creadas para adelantar actividades en comunidades indígenas; asociaciones gremiales, de beneficencia, profesionales, juveniles, sociales, de planes y programas de vivienda; democráticas, participativas, cívicas y comunitarias, promotoras de bienestar social, de egresados, de rehabilitación social y ayuda a indigentes, drogadictos y discapacitados, y asociaciones de padres de familia, entre otras<sup>450</sup>.

447 **Entidad operadora:** “Es la persona jurídica o patrimonio autónomo conformado en desarrollo del contrato de fiducia mercantil, que realiza operaciones de créditos que se recaudan a través del mecanismo de libranza, por estar autorizada legalmente para el manejo del ahorro del público o para el manejo de los aportes o ahorros de sus asociados. También podrán ser operadoras aquellas personas jurídicas que sin contar con la mencionada autorización de manejo realizan tales operaciones disponiendo de sus propios recursos o a través de mecanismos de financiamiento autorizados por la ley. En estos casos deberá estar organizada como entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia habilitada para otorgar créditos, o ser Instituto de Fomento y Desarrollo (Infis), una Caja de Compensación Familiar, una sociedad comercial, una asociación mutua o cooperativa”. Ver: Ley 1527 de 2012. Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones. Abril 27 de 2012. DO. N.º 48414, literal C del artículo 2, modificado por el artículo 2 de la Ley 1902 de 2018.

448 “Licencia o permiso de funcionamiento. Cuando para el ejercicio o finalidad de su objeto la ley exija obtener licencia de funcionamiento, o reconocimiento de carácter oficial, autorización o permiso de iniciación de labores, las personas jurídicas que surjan conforme a lo previsto en el artículo anterior, deberán cumplir con los requisitos previstos en la ley para ejercer los actos propios de su actividad principal”. Ver: Decreto 2150 de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diciembre 5 de 1995. DO. N.º 42137, artículo 41.

449 “Supresión de personerías jurídicas [...] Suprímase el acto de reconocimiento de personería jurídica a las organizaciones civiles, las corporaciones, las fundaciones, las juntas de acción comunal y de las demás entidades privadas sin ánimo de lucro [subrayado fuera de texto]”. Ver: Decreto 2150 de 1995. Artículo 40, inciso 1. Por su parte, el numeral 23 del artículo 2 del Decreto 427 de 1996 estipula: “Las demás organizaciones civiles, corporaciones, fundaciones y entidades privadas sin ánimo de lucro no sujetas a excepción”.

450 Decreto 2150 de 1995. Artículo 40, inciso 1; Decreto 427 de 1996. Artículo 2. Así mismo, resulta pertinente advertir sobre aquellas que si bien son ESAL, presentan un régimen de excepción en cuanto a su trámite de registro conforme lo estipulado en los artículos 45 del Decreto 2150 de 1995 y 3 del Decreto 427 de 1996.

### 3. CONCEPTO DE GRUPO EMPRESARIAL

Luego de disertar sobre el significado de «ánimo de lucro» y «sin ánimo de lucro», compete adentrarse al concepto de grupo empresarial para ir perfilando y preparando respuesta a la cuestión esencial planteada en la introducción. Por consiguiente, vale advertir que el estudio del concepto que aquí se propone será abordado solo en los temas necesarios y directamente relacionados con la cuestión primera<sup>451</sup>.

Conforme con lo estipulado en el inciso 1 del artículo 28 de la Ley 222 de 1995 se entiende que “habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección”<sup>452</sup>. De manera que la noción legal de grupo empresarial reconoce e impone para su configuración, al menos, dos requisitos esenciales y de orden normativo: (i) la preexistencia del vínculo de subordinación y (ii) la unidad de propósito y dirección.

Así lo ha concedido la doctrina y, en especial, la Superintendencia de Sociedades, ente que ha manifestado que “para la existencia de un grupo empresarial es vital la existencia previa de una relación de control o subordinación entre una matriz (controlante) y una sociedad o sociedades subordinadas, y que se dé por parte de la matriz, la resolución de una unidad de propósito y dirección, encaminada a que las subordinadas sigan estrictamente los lineamientos fijados por la primera”<sup>453</sup>.

Los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, modificados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, estipulan lo que debe entenderse por subordinación y entidad subordinada, así como las presunciones legales de subordinación:

**Artículo 260. Subordinación.** <Artículo subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

[...]

**Artículo 261. Presunciones de subordinación.** <Artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

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

451 Recuérdese aquí lo manifestado en la introducción: “Tema esencial es cuestionar a la propia ESAL y, a partir de ahí, interrogar sobre cuál es o sería la relevancia para un grupo empresarial que su matriz sea una ESAL. ¿Qué cambia o qué impacto tendría tal supuesto dentro del contexto económico dado y para el mismo grupo empresarial e inversionistas?”. Ver: p. 2.

452 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.

453 Superintendencia de Sociedades. (Enero 7 de 2011). Oficio 220-002246. Creación de un grupo Empresarial-Cooperativa.

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 parágrafo anterior.<sup>454</sup>

No es del caso, para el propósito del presente escrito, disertar sobre la subordinación y sus presunciones, sino en lo referente a la naturaleza jurídica de la matriz y de las entidades subordinadas, en particular, si estas pueden o no ser ESAL.

### 3.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MATRIZ O CONTROLANTE

De acuerdo con los artículos transcritos parece claro, a todas luces, que la intención del legislador fue permitir que la calidad de matriz o controlante pueda ser ejercida tanto por personas jurídicas de naturaleza societaria como por aquellas no societarias y por personas naturales. Nótese, por una parte, que el artículo 260 del Código de Comercio manifiesta que una entidad es subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de “otra u otras personas” que serán su matriz o controlantes; y, por otra, el parágrafo 1 del artículo 261 de la misma norma expresa que la subordinación podrá ser ejercida por “una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria”. De manera que, con base en una interpretación meramente exegética de la norma, se tiene que la entidad matriz o controlante puede revestir, entre otras, la calidad de ESAL.

Así también lo ha interpretado la Superintendencia de Sociedades, que sobre la naturaleza no societaria de la matriz o controlante ha manifestado en varios conceptos que puede ser una persona jurídica sin ánimo de lucro:

Como lo ha expresado esta Superintendencia en diversos pronunciamientos, el gran cambio o giro fundamental de la reforma frente a la legislación del Código de Comercio de 1971, es el reconocimiento para

.....  
454 Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971.

efectos jurídicos, del hecho de que una persona natural o persona jurídica de naturaleza no societaria, pueda ejercer el control sobre las sociedades comerciales. El controlante, entonces, puede ser una persona jurídica de naturaleza no societaria, como una fundación, una asociación y en particular una corporación. La ley societaria no efectuó distinciones de ningún tipo en relación con los sujetos controlantes, pues por el contrario, una de las reformas estelares en esta materia por parte de la ley 222 de 1995, es la ampliación de la cobertura acerca de los sujetos que pueden tener la condición de matriz o controlante.

[...]

Distinto a lo que acontece con la entidad controlante, respecto de la cual el legislador no sólo [sic] no consagró ninguna condición en cuanto a su naturaleza, sino que por el contrario indicó, que pueden ser controlantes las personas naturales o jurídicas de cualquier índole, como las asociaciones, fundaciones o corporaciones.<sup>455</sup>

De manera que resulta más que claro que una ESAL puede ser matriz de un grupo empresarial, y en una relación de control, ser la entidad controlante<sup>456</sup>.

### 3.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS SUBORDINADAS

La situación es diferente cuando se trata de analizar la naturaleza jurídica de las entidades subordinadas, sean filiales o subsidiarias. Esto, porque bajo una interpretación literal de la norma se tiene que, conforme los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, el legislador ha dejado claro que la naturaleza de estas entidades forzosamente ha de ser societaria.

En el artículo 260 consigna, de forma expresa y sin lugar a equívocos, que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras. En igual sentido, el artículo 261 expresa que una sociedad será subordinada cuando se den los supuestos en él contenidos. Al respecto, Reyes Villamizar escribe:

No ocurre así con las subordinadas, que deben ser personas jurídicas de carácter societario exclusivamente, según resulta de la exégesis de las normas y del sentido de éstas [sic]. *Prima facie*, podría considerarse como un contrasentido la circunstancia de que se permitan entidades no societarias como matrices y que a un mismo tiempo se estime que tales entes no pueden ocupar la posición de filiales y subsidiarias. Un análisis más detenido, sin embargo, conduce a la conclusión de que el concepto de control contenido en el artículo 26 de la ley 222 de 1995 no resultaría adecuado a las participaciones en personas jurídicas de naturaleza no societaria, en razón de su carácter no lucrativo.<sup>457</sup>

455 Superintendencia de Sociedades. (Agosto 8 de 2013). Oficio 220-102492. De las entidades sin ánimo de lucro “ESAL” como participantes en relación de control.

456 Para el caso colombiano es importante y necesario mencionar a la Fundación Grupo Social, ESAL y matriz de un notable y significativo grupo empresarial. En su código de gobierno corporativo, a manera de ejemplo, puede leerse: “Además de ser una Organización no Gubernamental – ONG, la Fundación Social es la matriz de un Grupo Empresarial que controla y/o tiene participación en sociedades de distinta naturaleza y de diversos sectores de la economía. Ello es así por cuanto la Fundación, conforme a su Legado y a sus Estatutos, tiene como rasgo esencial el ser empresarial. En efecto, la Fundación ha considerado la actividad empresarial como una herramienta fundamental para alcanzar su misión”. Ver: Fundación Grupo Social, *Código de Gobierno Corporativo de la Fundación Social*, s. f., en <https://www.fundaciongruposocial.co/storage/documents/FGS-Codigo-Gobierno.pdf>, consulta de mayo 11 de 2022.

457 Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo II, segunda edición, Temis S.A., 2006, p. 279.

Por su parte, la Superintendencia de Sociedades, en concepto del 19 de noviembre de 2018, reitera dicha noción sobre la naturaleza societaria de las subordinadas:

Ahora, si bien es cierto la doctrina sobre la participación de las ESAL como sujetos vinculados en la situación de control o de grupos empresariales, ha sido objeto de una paulatina evolución como lo impone la dinámica realidad de las relaciones económicas inherentes a sus protagonistas, en lo atiente a la configuración de una situación de control derivada de la participación de una asociación, corporación, fundación o institución de utilidad común, esta Superintendencia ha concluido que a la luz de las disposiciones legales aplicables, solamente las personas jurídicas constituidas como sociedades ostentan la condición de subordinadas o controladas, sea como filiales o subsidiarias, lo que implica en su criterio que independientemente de la actividad o el servicio que presenten, las entidades sin ánimo lucro, no pueden considerarse subordinadas.<sup>458</sup>

Sin embargo, la misma Superintendencia de Sociedades, en un oficio de 2015<sup>459</sup> abre la posibilidad de que personas jurídicas de carácter no societario, como las ESAL, puedan ser tenidas como subordinadas y, en consecuencia, formen parte de un grupo empresarial en tal calidad. La Superintendencia centra su análisis, por una parte, en el vocablo “entidades” contenido en los artículos 28 (inciso 2), 29 y 31 de la Ley 222 de 1995, y 260 y 265 del Código de Comercio. Por otra, infiere, a partir de dicho análisis, que las entidades de naturaleza no societaria no solo pueden ser tenidas como subordinadas, sino que también pueden configurar un grupo empresarial integrado únicamente por ESAL<sup>460</sup>: “En conclusión desde la legislación vigente se impone con toda suficiencia el avance doctrinal consistente en el reconocimiento de la fórmula que incluye tanto en la parte activa de la vinculación como en la pasiva de la situación de control a ‘otras personas’ o ‘entidades’ de naturaleza no societaria, para integrar en consonancia con la realidad a todos los actores económicos materialmente involucrados, tanto en el registro mercantil como en el informe consolidado de estados financieros”<sup>461</sup>.

### 3.3. UNIDAD DE PROPÓSITO Y DIRECCIÓN

Luego de disertar sobre la naturaleza jurídica de la matriz o controlante, calidades relacionadas con el primer supuesto para configurar un grupo empresarial, la preexistencia de subordinación, conviene examinar el segundo supuesto, la unidad de propósito y dirección, teniendo claro el significado del calificativo “sin ánimo de lucro” y que una ESAL puede ser la matriz de un grupo empresarial.

458 Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 19 de 2018). Oficio 220-171677. De las entidades sin ánimo de lucro “ESAL” como participantes en relación de control.

459 Superintendencia de Sociedades. (Febrero 24 de 2015). Oficio 220-017816. Conformación grupos empresariales-matrices y subordinadas entidades sin ánimo de lucro y/o sociedades con ánimo de lucro.

460 Frente a las preguntas de si es posible: (1) que se conforme un grupo empresarial solo entre ESAL; (2) que exista o pueda conformarse un grupo empresarial en donde, indistintamente de la jerarquía, concurren entidades sin ánimo de lucro y sociedades, (3) y que una ESAL sea matriz de un grupo empresarial y las subordinadas sean sociedades, la Superintendencia de Sociedades respondió: “1 y 3 efectivamente, si se dan los presupuestos de subordinación y se configura la unidad de propósito y dirección entre los vinculados, podrían configurarse un grupo empresarial. 2. Efectivamente, una entidad sin ánimo de lucro puede ejercer ‘control’ sobre entidades sin ánimo de lucro y/o sociedades”. Ver: Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-017816 del 24 de febrero de 2015.

461 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-017816 del 24 de febrero de 2015, reiterado en Oficio 220-0029226 del 22 de enero de 2019.

Ahora bien, lo que se propone aquí es ahondar, conforme la propia materia lo permita, en el significado y alcance del concepto “unidad de propósito y dirección” que, a ciencia cierta, es lo que hace que un grupo empresarial sea considerado como tal, a diferencia de otros como los conglomerados<sup>462</sup> o grupos económicos<sup>463</sup>. El inciso 2 del artículo 28 de la Ley 222 de 1995 estipula que “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”.

Importante resulta, bajo mera interpretación exegética, visualizar que la propia norma es clara en manifestar que el significado de unidad de propósito y dirección repercute directamente en la existencia y en las actividades de las compañías subordinadas. Esto permite inferir, no que estas entidades pierden su autonomía e individualidad, situación expresamente advertida en la misma norma, sino que encuentran absoluto sentido de existencia y funcionamiento a través del desarrollo del objetivo que sea fijado por la matriz o controlante.

De manera que ni la naturaleza jurídica ni la capacidad u objeto social de las entidades subordinadas cambia o se fusiona con el objetivo determinado por la matriz como si perdieran el propio. Por el contrario, se encauzan y orientan a desarrollar tales objetivos, con sus limitantes y capacidades legales, conservando su identidad. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado:

Del concepto de unidad de propósito y dirección, no puede concluirse que el objeto de cada una de las sociedades vinculadas se amplía, a la búsqueda de los propósitos del grupo, pues lo que ocurre según la ley, es que dicho objeto se orienta de acuerdo con las directrices trazadas por la matriz o controlante, quien debe considerar en sus decisiones las limitaciones propias de la capacidad de las sociedades subordinadas. Cada sociedad colabora con los propósitos del grupo en la medida de sus posibilidades, lo que no desnaturaliza el régimen de grupos empresariales, puesto que el mismo se fundamenta en la conservación de la personalidad jurídica de los vinculados y se da sin perjuicio del objeto social de cada

462 Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado: “‘conglomerado’ no tiene una definición específica, es un concepto económico y mercantil derivado del estudio, desarrollo y aplicación de las normas que sobre grupos empresariales y situación de control se definen en la Ley 222 de 1995, en el artículo 26 y ss., es así que bien puede ser entendida como una estrategia empresarial mediante la concentración de empresas que pueden desarrollar diversas actividades, sin que sea necesario identificar una sociedad o persona natural que posea el control de las demás”. Ver: Superintendencia de Sociedades. (Mayo 1 de 2011). Oficio 220-052760. Radicación 2011- 01-092775.

Conglomerado, concepto económico y mercantil: “Es así como los grupos empresariales son sólo [sic] una de las modalidades en que pueden estructurarse los conglomerados, pues la citada ley incluyó en la regulación aquellos grupos que a pesar de carecer de la unidad de propósito y dirección se encuentren configurados bajo los criterios de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, los cuales también tienen una importante presencia en la economía nacional. Ahora bien, toda situación de control supone una pluralidad de sujetos que desarrollan actividades económicas. Luego, aunque la Ley 222 de 1995 no utilice la expresión ‘grupos económicos’, es claro que dentro del contexto del régimen de matrices y subordinadas contenido en el capítulo quinto del título primero de dicha normatividad, se puede aplicar a las situaciones de control”. Ver: Superintendencia de Sociedades. (Marzo 26 de 2002). Oficio 125-012089.

463 “‘Los grupos económicos se diferencian de los grupos empresariales en que estos últimos, además de presentar una situación de control, presentan unidad de propósito y dirección’. Aunado a lo anterior, se tiene que, en la noción del Grupo Económico, predominan varios aspectos como son: (i) Pluralidad de sociedades. (ii) La existencia o no de Vínculo de Subordinación o control y (iii) No existe Unidad de Propósito ni de Dirección, como sí lo hay en el Grupo Empresarial que define la Ley 222 de 1995. Luego entonces, a tono con lo expresado, se entenderá que hay Grupo Económico cuando concurren los elementos enunciados, cualquiera sea la nacionalidad de las empresas que lo conforman. Por su parte, la configuración o existencia de Grupo Empresarial, está supeditada a los presupuestos previstos en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 [sic], independientemente de que las sociedades que lo conforma sean nacionales o extranjeras”. Ver: Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 7 de 2014). Oficio 220-185174. Radicación 2014-01-433428 23/09/2014. Grupo económico y grupo empresarial.

empresa, expresión que no significa ampliación del objeto, sino la posibilidad de que en un mismo grupo se encuentren vinculadas sociedades con objetos sociales diferentes, los cuales, en virtud de la ley, siguen determinando la capacidad de cada una de ellas.<sup>464</sup>

Luego, es importante hacer hincapié en el objetivo que fija o determina la matriz o controlante para el caso que ocupa a este artículo, esto es, el de una ESAL como matriz de un grupo empresarial. Forzosamente se debe concluir que en ese escenario dicho objetivo encuentra plena identidad en el propio objeto social como razón de ser de las ESAL, esto es, en la finalidad altruista o de beneficio comunitario, de impacto social o de utilidad común definida y que se propone ejecutar o ejecuta.

Es en torno a ese objeto social definido por la ESAL que se enmarca la unidad de propósito y dirección y en donde las entidades subordinadas encuentran sentido a su existencia y actividad como agentes económicos, pero, aún más, como “entes-factores” que, conservando su entidad, orientan su propia actividad económica a la consecución y realización de las directrices que le sean dadas por la ESAL.

En cuanto a la forma en que se materializa la unidad de propósito y dirección, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado que es, por ejemplo: en la determinación de políticas comunes (administrativas, financieras, laborales, etcétera)<sup>465</sup>; en los objetos sociales, que pueden ser semejantes, complementarios o diversos; en la composición accionaria y en la participación de los accionistas; cuando la administración de las entidades se delega en las juntas directivas en donde figuran, por lo general, las mismas personas, o cuando la representación legal se encomienda a personas que ejercen como representantes de otras entidades vinculadas<sup>466</sup>.

Reyes Villamizar expresa que ese “objetivo podrá demostrarse con una serie de elementos explícitos e implícitos que han de manifestarse en directivas o instrucciones escritas o verbales, impartidas por la entidad controlante a los órganos de dirección y administración de las compañías controladas”<sup>467</sup>. En efecto, uno de los casos de reciente publicidad<sup>468</sup> en el ámbito colombiano es el de la Fundación Grupo Social, ESAL que es matriz de un grupo empresarial en el que concurren compañías subordinadas que van desde entidades bancarias y del sector financiero hasta constructoras, entre otras, también sin ánimo de lucro<sup>469</sup>. La fundación, como entidad matriz, ha generado diversidad de documentos, verbigracia, el código de buen gobierno corporativo que incluye directrices que orientan la actuación del grupo y que, a su vez, son incorporadas en la visión y en los códigos de buen gobierno corporativo de las demás entidades vinculadas<sup>470</sup>.

464 Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2014). Oficio 220-073114. Grupo social, no es una estructura societaria de consagración legal.

465 Superintendencia de Sociedades. (Mayo 2 de 2017). Oficio 220-091161. Grupo empresarial.

466 Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 5 de 2016). Oficio 220-170091. Situación de control –grupo empresarial.

467 Reyes Villamizar, *Derecho Societario*, Tomo II, p. 313.

468 Valga enunciar que si bien solo en el último año ha tenido publicidad, la Fundación Grupo Social tiene alrededor de 108 años de historia.

469 Al respecto, pueden citarse como subordinadas las siguientes: Inversora Fundación Grupo Social S.A. S., Banco Caja Social. A. S., Colmena Seguros S.A., Colmena Fiduciaria S.A., Colmena Capitalizadora S.A., Colmena Inversora S.A., Deco Construcciones S.A. S., Promotora de Inversiones y Cobranzas S.A. S. y Corporación Servir.

470 El código de buen gobierno corporativo puede consultarse en el siguiente enlace <https://fundaciongruposocial.co/storage/documents/FGS-Codigo-Gobierno.pdf> Ver página 6. Consulta de mayo 11 de 2022. f

## A MODO DE CONCLUSIÓN: RELEVANCIA PARA UN GRUPO EMPRESARIAL DE QUE SU MATRIZ SEA UNA ESAL

En la introducción se ha planteado que un aspecto fundamental para los efectos del presente escrito es cuestionar a la propia ESAL y, a partir de ahí, interrogar sobre cuál es o cuál sería la relevancia para un grupo empresarial de que su matriz sea una entidad de este tipo. ¿Qué cambia o qué impacto tendría tal supuesto dentro del contexto económico y para el mismo grupo empresarial e inversionistas? A modo de conclusión, se dará respuesta al planteamiento inicial.

Para un grupo empresarial, la relevancia radica, principalmente, en la propia naturaleza de la ESAL, es decir, en su característica inherente de sin ánimo de lucro. Lo primero es que, dado que el objeto de la matriz es, necesariamente, altruista o de beneficio o utilidad común o de impacto social, tanto su actividad económica como empresarial y la de sus subordinadas estará permeada en tal dirección y propósito, pero sin perder cada compañía vinculada su identidad. En líneas generales, conforme a la filosofía y naturaleza de una ESAL, los beneficiarios de su actividad no serán *per se* o *prima facie* sus miembros, asociados, inversionistas o subordinadas, sino la comunidad o población destinataria de esta.

En este sentido, y en segundo lugar, dada la ausencia de la vocación de lucro o ánimo de lucro, propia de las asociaciones de naturaleza societaria, lo primordial no será destinar o distribuir utilidades entre accionistas o asociados, sino entre la comunidad beneficiaria del fin altruista, moral, intelectual o de utilidad común a través de las obras o servicios que la ESAL ejecuta o presta; o bien, destinarlas a la continuidad de la propia actividad social, económica y empresarial del grupo o al fortalecimiento del mismo y sus entidades.

De manera que aunque entre las compañías vinculadas habrá o puede haber solo entes de naturaleza societaria<sup>471</sup> en los que es claro el ánimo de lucro, este puede verse restringido, condicionado u orientado a la vocación de generar el beneficio social o altruista determinado por la ESAL matriz.

En cuanto a la lógica derivada de las economías de escala, no se evidencia criterio alguno para suponer que el hecho de que una ESAL sea matriz de un grupo empresarial pueda llegar a afectar la búsqueda de mayores rendimientos. Por el contrario, puede suponerse que en la actividad empresarial el que una ESAL carezca de vocación de repartir utilidades a sus asociados puede, a través de directrices, motivar al propio grupo a distribuir de forma más eficiente, productiva y especializada los recursos que obtiene en la operación y desarrollo de su objeto social. Esto, con el fin de generar mayores beneficios para todos los agentes involucrados en la operación (comunidad, compañías vinculadas, matriz, inversionistas), maximizando el bienestar común o el fin altruista perseguido. Cabe recordar lo concluido líneas atrás en cuanto a que sin ánimo de lucro no significa la no generación de utilidad o beneficio.

Por último, aunque no es relevante, se debe enunciar que el ser matriz de un grupo empresarial no exonera a la ESAL ni a sus entidades vinculadas de cumplir con las obligaciones deriva-

.....  
<sup>471</sup> Conforme se disertó en el punto 4.2 del presente escrito.

das de la condición de matriz de un grupo empresarial. Por ejemplo, la obligación de inscripción del grupo y la presentación del informe especial, entre otras<sup>472</sup>.

## REFERENCIAS

- Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887. Abril 15 de 1887.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.
- Decreto 1481 de 1989. Por el cual se determinan la naturaleza, características, constitución, regímenes internos de responsabilidad y sanciones, y se dictan medidas para el fomento de los fondos de empleados. Julio 7 de 1989. DO. N.º 38889.
- Decreto Distrital 059 de 1991. Alcaldía Mayor de Bogotá. Por el cual se dictan normas sobre trámites y actuaciones relacionados con la personería jurídica de entidades sin ánimo de lucro y con el cumplimiento de las funciones de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común. Febrero 21 de 1991. Registro Distrital 618 del 8 de marzo de 1991.
- Decreto 2150 de 1995. Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Diciembre 5 de 1995. DO. N.º 42137.
- Decreto 427 de 1996. Por el cual se reglamentan el Capítulo II del Título I y el Capítulo XV del Título II del Decreto 2150 de 1995. Marzo 5 de 1996. DO. N.º 42.736.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de febrero 16 de 2016. Radicación interna 2259. Número único 11001-03-06-000-2015-00110-00. [CP: Álvaro Namén Vargas].
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de julio 26 de 2016. Radicación 2286. Número único 11001-03-06-000-2016-00033-00. [CP: Germán Alberto Bula Escobar (E)].
- Constitución Política de Colombia. (1991). Editorial Leyer.
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Febrero 16 de 1995). Sentencia C-051. Expediente D-696. [MP. Jorge Arango Mejía].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Agosto 22 de 1996). Sentencia C-395. Expediente D-1225. [MP. José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional. Sala Plena. (Abril 18 de 2012). Sentencia C-287. Expediente D-8642. [MP. María Victoria Calle Correa].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de agosto 21 de 1940. [MP. Arturo Tapias Pilonieta].
- Fundación Grupo Social. Código de Gobierno Corporativo de la Fundación Social, s. f., en <https://www.fundaciongruposocial.co/storage/documents/FGS-Codigo-Gobierno.pdf>, consulta de mayo 11 de 2022.
- Fundación Grupo Social, “Nuestra misión”, Colombia, s. f., en <https://www.fundaciongruposocial.co/public/quienes-somos> consulta de mayo 11 de 2022., consulta de mayo 11 de 2022.
- Fundación Grupo Aval, el acta de constitución y estatutos pueden consultarse en <https://www.fundaciongrupoaval.org/home>, consulta de mayo 11 de 2022
- Krugman, Paul y Wells, Robin, *Introducción a la Economía. Microeconomía*, Editorial Reverté S.A., España, 2012.
- Ley 79 de 1988. Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa. Diciembre 23 de 1988. DO. N.º 38648.

.....  
472 Ley 222 de 1995. Artículos 29, 30, 35 y demás aplicables.

- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1527 de 2012. Por medio de la cual se establece un marco general para la libranza o descuento directo y se dictan otras disposiciones. Abril 27 de 2012. DO. N.º 48414.
- Madrinán de la Torre, Ramón, *Principios de Derecho Comercial*, novena edición, Temis S.A., Bogotá, 2004.
- Mankiw, N. Gregory, *Principios de economía*, tercera edición, McGraw Hill, Madrid, 2004.
- Manual de entidades sin ánimo de lucro —ESAL—, Dirección Jurídica Distrital, Superpersonas jurídicas, Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., Bogotá, 2013.
- Monroy Cabra, Marco, *Introducción al derecho*, duodécima edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2001.
- Narváez García, José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*, décima edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2008.
- Narváez García, José Ignacio, Narváez Bonnet, Jorge Eduardo y Narváez Bonnet, Olga Stella, *Derecho de la empresa*, primera edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2008.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, segunda edición, Temis S.A., Bogotá, 2006.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo II, segunda edición, Temis S.A., 2006
- Superintendencia de Sociedades. (Abril 29 de 1995). Oficio 220-13858.
- Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-5007. (Febrero 4 de 1997).
- Superintendencia de Sociedades. (Marzo 30 de 1999). Oficio 220-20113. Sociedades Entre Entidades Públicas.
- Superintendencia de Sociedades. (Marzo 26 de 2002). Oficio 125-012089.
- Superintendencia de Sociedades. (Enero 7 de 2011). Oficio 220-002246. Creación de un grupo Empresarial-Cooperativa.
- Superintendencia de Sociedades. (Mayo 1 de 2011). Oficio 220-052760. Radicación 2011- 01-092775. Conglomerado, concepto económico y mercantil.
- Superintendencia de Sociedades. (Agosto 8 de 2013). Oficio 220-102492. De las entidades sin ánimo de lucro “ESAL” como participantes en relación de control.
- Superintendencia de Sociedades. (Mayo 14 de 2014). Oficio 220-073114. Grupo social, no es una estructura societaria de consagración legal.
- Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 7 de 2014). Oficio 220-185174. Radicación 2014-01-433428 23/09/2014. Grupo económico y grupo empresarial.
- Superintendencia de Sociedades. (Febrero 24 de 2015). Oficio 220-017816. Conformación grupos empresariales-matrices y subordinadas entidades sin ánimo de lucro y/o sociedades con ánimo de lucro.
- Superintendencia de Sociedades. (Septiembre 5 de 2016). Oficio 220-170091. Situación de control –grupo empresarial.
- Superintendencia de Sociedades. (Mayo 2 de 2017). Oficio 220-091161. Grupo empresarial.
- Superintendencia de Sociedades. (Noviembre 19 de 2018). Oficio 220-171677. De las entidades sin ánimo de lucro “ESAL” como participantes en relación de control.
- Tafur Galvis, Álvaro, *Las personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1990.

Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil. Parte General y Personas*, Tomo I, Reimpresión de la decimoquinta edición, Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., 2002.

[https://www.alcaldiabogota.gov.co/SPJ/Detalle\\_Entidad.jsp?esal\\_id=14719](https://www.alcaldiabogota.gov.co/SPJ/Detalle_Entidad.jsp?esal_id=14719)

<https://www.bavaria.co/fundacion/conoce-fundacion-bavaria> consulta de mayo 11 de 2022.



# ESTRUCTURAS DE CONTROL EN EL MERCADO DE ACCIONES COLOMBIANO

ÁNGELA CRISTINA SILVA ROJAS<sup>473</sup>

## INTRODUCCIÓN

Las formas asociativas surgen como una respuesta a la necesidad de los comerciantes de separar patrimonios y asignar responsabilidades. Precisamente allí encuentra sus orígenes la institución societaria, que nació como una solución a los requerimientos de los hombres de negocios para crear ficciones jurídicas que sirvieran de vehículos con el fin de canalizar una parte de sus recursos para el desarrollo de emprendimientos y, de esta forma, mitigar los riesgos de contagio del resto de su patrimonio ante eventuales consecuencias negativas de dichas aventuras.

Pues bien, este mismo incentivo se evidencia en la conformación de las aglomeraciones empresariales. La motivación para crear varias compañías al mando de un control común no es otra que la solución de los empresarios controlantes a la diversificación del riesgo propio de distintas actividades, asignando a cada compañía el desarrollo de un objeto en particular. Todas por supuesto, dirigidas por una matriz o controlante encargada de coordinar la estrategia del grupo, en el cual se aprovechan sinergias y se realiza la distribución eficaz de los recursos.

473 Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico-Procesales de la misma universidad; en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario; en Derecho de Sociedades de la Universidad Javeriana, y en Derecho de las *Fintech* de la Universidad Externado de Colombia. En su experiencia profesional, entre otros cargos, se ha desempeñado como abogada del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín); como directora Jurídica de la Bolsa de Valores de Colombia S.A.; directora de Supervisión de Asuntos Especiales y Empresariales de la Superintendencia de Sociedades, y asesora de la Delegatura para el Consumidor Financiero de la Superintendencia Financiera de Colombia. Las opiniones contenidas en el presente escrito tienen un fin meramente académico y no comprometen la responsabilidad de ninguna de las entidades a las que ha estado vinculada la autora.

En estas líneas se espera abordar el impacto de las estructuras de control en el mercado de valores colombiano, dada la función de este último de canalizar recursos del público hacia la inversión productiva. El tema se analizará, específicamente, desde la normatividad aplicable a los emisores listados en el sistema de negociación de renta variable (acciones) que se encuentran vinculados a situaciones de control y grupos empresariales. Es decir, las similitudes entre el régimen general de matrices y subordinadas establecido en el Código de Comercio y en la Ley 222 de 1995 y el régimen normativo especial aplicable a los emisores de valores, así como los efectos de su inobservancia. Finalmente, luego de un breve análisis de una muestra de los principales emisores de acciones del mercado colombiano, se aborda el concepto de los beneficios derivados del control tanto para minoritarios como para controlantes en sociedades listadas.

## 1. SITUACIÓN DE CONTROL Y GRUPO EMPRESARIAL

### 1.1. RÉGIMEN GENERAL DE MATRICES Y SUBORDINADAS

Para iniciar el análisis es pertinente recordar las características más relevantes del régimen general de las situaciones de control y grupos empresariales, que se encuentra en los artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995. De estos, los artículos 26 y 27 fueron incorporados en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, respectivamente.

A la luz de las citadas normas societarias se entiende que existe control o subordinación cuando el poder de decisión de una sociedad se encuentra sometido a la voluntad de otra(s) persona(s). Así mismo, el legislador estableció tres presunciones de subordinación: i) por detentar la mayor parte de la participación accionaria, ii) por contar con el derecho de elegir la mayoría de la junta directiva y, iii) en virtud de la subordinación contractual<sup>474</sup>.

Adicionalmente, el legislador de 1995 introdujo el concepto de grupo empresarial, el cual, además del vínculo de subordinación, supone la existencia de unidad de propósito y dirección que se traduce en la persecución de un objetivo común fijado por la controlante, sin perjuicio del desarrollo individual de cada sociedad vinculada<sup>475</sup>.

En las normas antes señaladas, además de la definición y supuestos del control y la mención a grupos empresariales, se establece la posibilidad de que el controlante sea una o varias personas (jurídicas o naturales), siempre que dicho control sea ejercicio sobre sociedades mercantiles, bien sea de manera directa (filiales) o por intermedio de otra u otras sociedades (subordinadas).

Así mismo, el legislador impuso el deber de revelación de las situaciones de control o grupo empresarial, como una obligación a cargo de la matriz o controlante, a través de la inscripción en el Registro Público Mercantil de las sociedades vinculadas. Obligación cuya inobservancia es

474 Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339, artículo 261.

475 Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156, artículo 28.

susceptible de ser sancionada por la Superintendencia de Sociedades o por la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso<sup>476</sup>.

Se evidencia entonces uno de los principales efectos derivados del control, referido a la obligatoriedad de dotar de publicidad dichos actos en virtud de la transparencia del mercado, es decir, la revelación de la existencia de estas relaciones de subordinación a los grupos de interés (acreedores, proveedores, accionistas minoritarios, empleados, autoridades, etcétera).

Además de la publicidad del control, la configuración de situaciones de control y de grupos empresariales conlleva otros efectos derivados de la coordinación de las sociedades vinculadas bajo las directrices de un controlante común, esto es, la obligación de la matriz o controlante de preparar y presentar cuentas consolidadas, sin que esto implique una integración patrimonial con sus subordinadas.

Es decir, es apenas lógico que si varias compañías se encuentran dominadas por una matriz, el resultado de sus ejercicios contables deba presentarse como si fueran un solo ente. Por esta razón, el legislador impone a la matriz la obligación de consolidar cuentas con sus subordinadas<sup>477</sup>.

Así mismo, surge la obligación de la(s) controlante(s) y de las vinculadas de presentar el informe especial de grupos, contenido de los requisitos establecidos en el artículo 29 de la Ley 222 de 1995; la prohibición de imbricación o de que las subordinadas tengan participaciones en la(s) matriz(ces), y la posibilidad de que la autoridad de supervisión compruebe la realidad económica de las operaciones que se celebren entre las sociedades vinculadas.

Desde la perspectiva del régimen de insolvencia, la conformación de conglomerados empresariales también tiene efectos, especialmente, en lo relacionado con la presunción de la responsabilidad subsidiaria de la matriz por las obligaciones de la subordinada en reorganización o liquidación judicial<sup>478</sup> y la coordinación de procesos de insolvencia respecto de dos o más empresas o deudores vinculados a un mismo grupo de empresas<sup>479</sup>.

## 1.2. RÉGIMEN ESPECIAL PARA MATRICES Y SUBORDINADAS QUE, A SU VEZ, SON EMISORES DE VALORES

Efectuado el anterior resumen de los aspectos generales más relevantes del régimen de matrices y subordinadas, a continuación se analiza la aplicación de dichas normas y del régimen especial relativo a grupos que impacta a los emisores de valores de renta variable inscritos en el sistema de negociación que administra la Bolsa de Valores de Colombia (BVC).

476 En términos generales, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene la facultad sancionatoria frente a sus vigilados, y la Superintendencia de Sociedades, frente a las demás controlantes. Sobre los emisores de valores, el tema se explicará en detalle en el numeral 2.2.3. del presente escrito.

477 Ley 222 de 1995. Artículo 35.

478 Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494, artículo 61.

479 Ley 1116 de 2006. Artículo 12, en concordancia con el artículo 2.2.2.14.1.2 del Decreto 1074 de 2015. Ver: Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.

### 1.2.1. ¿QUÉ ES UN EMISOR DE VALORES Y CUÁLES SON SUS CLASES?

La definición legal de emisores de valores se refiere a las entidades que tienen valores inscritos en el Registro Nacional de Valores y Emisores<sup>480</sup> (RNVE), es decir, aquellos entes<sup>481</sup> que requieren financiamiento y acuden al mercado de valores para obtenerlo.

Una revisión general de los emisores, en relación con la forma de rendimiento de sus valores, permite clasificarlos en dos grandes grupos: i) emisores de renta variable y ii) emisores de renta fija. Los primeros emiten valores cuyos rendimientos son desconocidos con anticipación, toda vez que dependen del comportamiento y los resultados financieros del emisor; mientras que los valores emitidos por los segundos tienen una rentabilidad ofrecida por anticipado, es decir, es conocida por los inversionistas al momento de su adquisición (valores de renta fija representativos de deuda privada, de deuda pública como los TES o de deuda pública externa).

El caso típico de emisores de renta variable son las empresas cuyas acciones se encuentran listadas o inscritas en bolsa, esto es, que son susceptibles de ser adquiridas por cualquier inversionista que se vea atraído por las condiciones, resultados y proyectos de dicha sociedad. Ser emisor de acciones en el mercado de valores colombiano<sup>482</sup> es una decisión de la asamblea de accionistas, propia de las sociedades anónimas que se encuentran en un proceso de maduración empresarial importante, con el fin de atraer recursos del público para la financiación de proyectos productivos.

### 1.2.2. EMISORES DE ACCIONES Y LA OBLIGACIÓN DE REVELAR SITUACIONES DE CONTROL O SUBORDINACIÓN

Como es apenas lógico, la revelación al público de la información corporativa y de toda aquella que se considere relevante y pertinente a la emisión de acciones resulta de vital importancia para el éxito de la negociación de los valores listados. No está por demás señalar que dado el impacto frente al público en general, la información contenida en el prospecto de información (requisito indispensable para la inscripción en el RNVE)<sup>483</sup> debe ajustarse a la ley y, en todo caso, su veracidad, congruencia y pertinencia deben ser certificadas por las personas responsables de la misma al interior de la sociedad<sup>484</sup>.

480 Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010. DO. N.º 47771, artículo 1.1.1.1.1.

481 Pueden ser emisores de valores: a) las sociedades por acciones; b) las sociedades de responsabilidad limitada; c) las entidades cooperativas; d) las entidades sin ánimo de lucro; e) la nación y las entidades públicas descentralizadas por servicios y territorialmente; f) los Gobiernos extranjeros y las entidades públicas extranjeras; g) los organismos multilaterales de crédito; h) las entidades extranjeras; i) las sucursales de sociedades extranjeras; j) los patrimonios autónomos fiduciarios, constituidos o no como carteras colectivas; k) los fondos o carteras colectivas cuyo régimen legal les autorice la emisión de valores, y l) las universalidades de que trata la Ley 546 de 1999. Ver: Decreto 2555 de 2010. Artículo 5.2.1.1.2.

482 En el mercado de valores colombiano es posible emitir acciones ordinarias, acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto o acciones privilegiadas.

483 El prospecto es el documento que contiene los datos del emisor, del valor y de la emisión, necesarios para el cabal conocimiento de estos por parte de los inversionistas. Ver: Decreto 2555 de 2010. Artículo 5.2.1.1.4.

484 Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14). Superintendencia Financiera de Colombia. Prospecto de información de las emisiones de valores. (Octubre 3 de 2014), Parte III, Título I, Capítulo II, numeral 1.2.1.

Precisamente, uno de los temas que la regulación bursátil ha considerado relevante y de obligatoria revelación en el prospecto de emisión al que ya se ha hecho mención, es el relativo a los accionistas y a las situaciones de control o subordinación.

Así, se observa que además de la publicidad de la situación de control en el Registro Público Mercantil —propia de la aplicación del régimen general de sociedades—, la sociedad emisora en el prospecto debe:

Indicar si el emisor está sujeto al control, ya sea directo o indirecto, de otra sociedad, y, si así lo fuera, señalar la clase de subordinación y la identificación de la entidad subordinante indicando la nacionalidad, actividad económica principal y porcentaje de participación en el capital. Para lo anterior se debe[n] tener en cuenta los criterios establecidos en los arts. 260 y 261 del C.Cio., modificados por los arts. 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, indicando si la entidad emisora está controlada, directamente por la matriz o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de ésta. Si el emisor no posee ninguna participación de las contempladas, debe señalarlo expresamente<sup>485</sup>.

Este texto evidencia la conexión de la norma con la finalidad del régimen societario general que propende por la revelación de las situaciones de subordinación en búsqueda de un mismo objetivo: suministrar información a los interesados para garantizar que cuenten con elementos adecuados y suficientes para tomar decisiones, aspecto que, en el caso de los inversionistas, adquiere una relevancia mayor y, por ende, constituye un mecanismo indiscutible para la protección de sus derechos.

En el mismo sentido, la regulación bursátil establece el deber de divulgar, a través del mecanismo de revelación de información relevante (Sistema Integral de Información del Mercado de Valores [SIMEV], administrado por la Superintendencia Financiera de Colombia), cualquier cambio en la situación de control del emisor ya inscrito (sea matriz o controlada), de conformidad con lo previsto en los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, sea que se trate de control exclusivo o conjunto<sup>486</sup>. Todo, para garantizarles a los inversionistas la revelación de información que pueda impactar sus decisiones de inversión.

Se evidencia entonces que el régimen bursátil impone un poco más de diligencia por parte del emisor en cuanto a la revelación de situaciones de control o grupo empresarial a través del SIMEV, tanto al momento de tramitar la inscripción del respectivo valor en el RNVE como cuando ocurren dichos cambios una vez inscritas sus acciones.

Estas revelaciones al mercado, publicadas en el SIMEV, están disponibles al público de forma cronológica en [www.superfinanciera.gov.co](http://www.superfinanciera.gov.co). En ese mismo sitio se encuentran todas las circunstancias que el legislador ha establecido como información relevante<sup>487</sup>. Para consultar las

485 Circular Básica Jurídica. Superintendencia Financiera de Colombia. Parte III, Título I, Capítulo II, numerales 1.3.7.2.9. y 1.3.7.2.10.

486 Numeral 8, literal b del artículo 5.2.4.1.5 del Decreto 2555 de 2010. Información Relevante.

487 “Todo emisor de valores deberá divulgar, en forma veraz, clara, suficiente y oportuna al mercado, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la forma establecida en este Libro, toda situación relacionada con él o su emisión que habría sido tenida en cuenta por un experto prudente y diligente al comprar, vender o conservar los valores del emisor o al momento de ejercer los derechos políticos inherentes a tales valores”. Ver: Decreto 2555 de 2010. Artículo 5.2.4.1.5. Información Relevante. Entre los hechos a divulgar, el legislador estableció algunos ejemplos en relación con: a) situación financiera y contable, b) situación jurídica, c) situación comercial y laboral, d) situaciones de crisis empresarial, e) emisión de valores y f) procesos de titularización, etcétera.

modificaciones a las situaciones de control de un emisor, se debe revisar la información histórica allí publicada y extraer, de todos los aspectos revelados por la sociedad, lo relacionado con situaciones de control. En otras palabras, no existe la posibilidad de encontrar la información segmentada relacionada únicamente con situaciones de subordinación y sus modificaciones o actualizaciones. Esta información relevante solo está disponible por un lapso que, usualmente, corresponde al año previo a la fecha consultada.

De esta forma, puede concluirse que aunque los emisores de valores tienen la obligación legal especial de revelar la situación de control y de grupo empresarial y sus modificaciones, las entidades que sean controlantes conservan, igualmente, el deber de atender la norma societaria general que, a voces del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, les impone el deber de que la matriz o controlante haga constar dichos cambios en el Registro Público Mercantil de las sociedades vinculadas (matriz y subordinadas nacionales).

De lo anterior se concluye que, sin perjuicio de la revelación especial al mercado de valores a través del SIMEV, la inscripción en el Registro Público Mercantil, establecida en la citada norma societaria, continúa siendo el insumo más completo y de consulta permanente para conocer la información relacionada con las situaciones de control en las que se encuentran inmersos los emisores de valores.

En opinión de la autora, resulta paradójico que un aspecto tan importante como conocer los verdaderos controlantes de una sociedad cuyas acciones se cotizan en bolsa no sea de acceso expedito y puntual para el público general ni para los potenciales inversionistas. Conocer este dato exige una búsqueda minuciosa e histórica en la hoja de cada emisor publicada en el SIMEV.

No obstante, por las razones antes indicadas, es probable que la información disponible no esté completa ni organizada, por lo que, adicionalmente, se requeriría la consulta en el registro mercantil de la respectiva sociedad, búsqueda que, si bien es de acceso público, no es gratuita y requiere la revisión del certificado de existencia y representación legal de cada emisor y de las vinculadas cuya información se desee conocer.

### 1.2.3. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE REVELACIÓN DE SITUACIONES DE CONTROL

Como se indicó en el numeral anterior, los emisores de valores que sean controlantes o sus matrices tienen el deber legal de revelar, tanto en el SIMEV como en el Registro Público Mercantil que administran las cámaras de comercio, las situaciones de control de las que hacen parte y sus modificaciones.

El incumplimiento a la primera obligación trae las consecuencias propias del régimen bursátil, sancionable por la Superintendencia Financiera de Colombia. Por su parte, bajo el régimen general societario la inobservancia del deber de revelación o la inscripción tardía por parte del(los) controlante(s) conlleva la sanción establecida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995: “Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a

que alude este artículo, la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria<sup>488</sup>, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión”.

Es de anotar que la facultad sancionatoria asignada a las dos superintendencias citadas ha sido entendida por el Consejo de Estado como una atribución adicional y autónoma frente a las funciones de supervisión (inspección, vigilancia y control) que ejercen<sup>489</sup>. Esta posición se mantiene en recientes normas, como la relacionada con la creación de un sistema integrado para la supervisión del sector salud<sup>490</sup> (coordinado por la Superintendencia Nacional de Salud con apoyo de las superintendencias Financiera de Colombia, de Sociedades y de Industria y Comercio), en la que, sin embargo, la facultad de supervisión y la competencia sancionatoria en materia de situaciones de control y grupos empresariales permanece en cabeza de la Superintendencia de Sociedades.

Así, resulta relativamente sencillo definir la autoridad competente para adelantar procesos administrativos sancionatorios por la inobservancia de este deber, bien sea que se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, siendo que, en todos los demás casos, esta actuación estará a cargo de la Superintendencia de Sociedades.

El tema se torna un poco más interesante cuando tiene que ver con emisores de valores que, por expresa disposición legal, no están vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia. La supervisión que sobre ellos ejerce esa autoridad se enmarca en lo que legislación financiera ha denominado control<sup>491</sup>.

El control exclusivo se predica de los emisores que no tienen supervisión por parte de otra autoridad del Estado. En este evento, el rol de la Superintendencia Financiera de Colombia es verificar el cumplimiento de las normas legales en cuanto a la actividad de emisión y de todos los aspectos relacionados. Por el contrario, el control concurrente se configura en aquellos eventos en los que, dado el interés del público involucrado en el servicio que prestan o en la actividad que desarrollan, dichos emisores son supervisados por otra entidad estatal<sup>492</sup>. En ese caso, la Superintendencia Financiera de Colombia se limita a verificar que las operaciones se ajusten a las normas del mercado de valores y a velar porque la información suministrada sea suficiente y oportuna.

En síntesis, podría afirmarse que la declaratoria de la situación de control debe ser adoptada por la superintendencia que ejerce la inspección y vigilancia de la(s) presunta(s) controlante(s). Sin embargo, si en dicha investigación concurren como investigadas personas vigiladas y no

488 Actual Superintendencia Financiera de Colombia a partir del Decreto 4327 de 2005.

489 Así lo indicó el Consejo de Estado: “De manera que para la Sala no existe inconveniente en que cuando el GRUPO se encuentre conformado por sociedades civiles la Superintendencia de Sociedades pueda hacer tal declaración, ya que la Ley 222 de 1995 señala que existe subordinación cuando el poder de decisión de una sociedad está sujeto a la voluntad de otra u otras, esas otras, esas otras [sic] pueden ser personas naturales o jurídicas, civiles o mercantiles, societarias o no, **pues la atribución que otorga la norma legal en cita no se desprende de aquella constitucional que ejerce, por delegación del Presidente de la República, relativa a la vigilancia, inspección y control de las sociedades mercantiles, sino que resulta una facultad autónoma de aquella** [negrita y subrayado fuera de texto]”. Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (Mayo 17 de 2002). Sentencia 7342. Radicado 25000-23-24-000-2001-0388-01. [CP. Olga Inés Navarrete Barrero].

490 Se trata de la Ley 1966 del 11 de julio de 2019.

491 No se refiere al grado de supervisión establecido en el artículo 85 de la Ley 222 de 1995.

492 Decreto 2555 de 2010. Artículo 11.2.1.6.2.

vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, nada impide que la facultad sancionatoria sea ejercida conjuntamente por las dos superintendencias<sup>493</sup>.

En este sentido, si se aplica la misma premisa para el caso de los emisores de valores investigados por la inobservancia de las normas sobre situaciones de control o grupo empresarial, se puede concluir que la facultad sancionatoria no recaería en la Superintendencia Financiera de Colombia porque no se trata de entes vigilados por esta autoridad.

#### 1.2.4. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE CONTROL O GRUPO EMPRESARIAL

Como ya se mencionó, la declaratoria de la situación de control (sea voluntaria o en virtud de un pronunciamiento de la autoridad administrativa) tiene una serie de efectos para las vinculadas. Entre estos, si son emisores de valores, la publicidad del vínculo en el Registro Público Mercantil y en el RNVE, y la consolidación de la información financiera a cargo de la matriz<sup>494</sup>. Sobra anotar que dichas obligaciones cobran mayor relevancia tratándose de emisores de valores, en los que la revelación de la información al mercado resulta trascendental para los inversionistas y demás grupos de interés.

Otros efectos, también relacionados con la revelación de información, se refieren a la elaboración del informe especial a cargo de la controlante y las controladas, en los casos de grupo empresarial, en el que se describan las operaciones y decisiones de mayor importancia del ejercicio entre las vinculadas<sup>495</sup>.

Así mismo, a las subordinadas de un emisor de valores les aplica la prohibición de imbricación o de tener algún tipo de participación patrimonial en la matriz o controlante, so pena de la ineficacia de los negocios celebrados<sup>496</sup>.

Desde la perspectiva del régimen de insolvencia cabe anotar que las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia están expresamente excluidas de este. No sucede lo mismo con los emisores de valores a los que sí les aplica porque, como lo señala explícitamente el legislador, y como ya se explicó, son sujetos controlados por esa superintendencia<sup>497</sup>.

De esta forma, es claro que la declaratoria de una situación de control o grupo empresarial en la que el controlante es un emisor de valores podría conllevar, en un escenario de insolvencia de sus subordinadas, la presunción de la responsabilidad subsidiaria de la matriz, establecida en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006. No obstante, el efecto final de esta norma se logra siempre y cuando exista un pronunciamiento judicial que declare la responsabilidad de la matriz por la situación de insolvencia de la subordinada.

493 Al respecto, ver: Consejo de Estado. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Primera. (Marzo 27 de 2003). Sentencia 11001-03-24-000-2000-6271-01 (6271). [CP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Actores: Cementos El Cairo S.A. y Fábrica de Hilados y Tejidos del Hiato S.A., “Fabricato S.A.” vs. la entonces Superintendencia de Valores y la Superintendencia de Sociedades.

494 Ley 222 de 1995. Artículo 35.

495 Ley 222 de 1995. Artículo 29.

496 Código de Comercio. Artículo 262.

497 Ley 1116 de 2006. Numeral 3, artículo 3.

Desde el punto de vista del mercado de valores se justifica, una vez más, la revelación al público de las situaciones de control y grupos empresariales porque es evidente que para los grupos de interés es de la mayor importancia conocer el vínculo con las subordinadas, en atención a los efectos potenciales derivados de situaciones de insolvencia, los cuales, de materializarse, podrían incidir, en gran medida, en la situación financiera, jurídica y reputacional del emisor controlante.

## 2. EMISORES DE ACCIONES VINCULADOS A ESTRUCTURAS DE CONTROL SOCIETARIO

Revisados los aspectos generales y especiales sobre situaciones de control y grupos empresariales en relación con los emisores de valores, se analizará la participación de sociedades vinculadas a grupos empresariales en el mercado de acciones en Colombia. Para esto, se efectuó una revisión de la información pública de los emisores más líquidos del mercado en septiembre de 2019 y en abril de 2022, con el fin de saber si se encontraban vinculados a situaciones de control o de grupos empresariales, bien sea como controlantes o como subordinadas y los efectos que dicha circunstancia podrían tener frente a los potenciales inversionistas.

### 2.1. ALCANCE DE LA MUESTRA

Antes de iniciar es necesario anotar que a la fecha de la primera revisión (septiembre de 2019) existían sesenta y nueve emisores de acciones inscritos en el RNVE, es decir, que se encontraban listados en el mercado de renta variable<sup>498</sup> que administra la BVC. Al 30 de abril de 2022, el número había descendido a sesenta y cinco emisores inscritos.

No obstante, en este punto resulta importante tener en cuenta el estado del mercado bursátil colombiano, el cual fue diagnosticado por el Comité Directivo de la Misión del Mercado de Capitales en los siguientes términos: “Así, es oportuno empezar por un diagnóstico de la situación actual. El mercado de capitales colombiano manifiesta varias insuficiencias. Primero, el mercado es poco competitivo y existe una gran concentración tanto en actores como en actividades [subrayado fuera de texto]. Segundo, la regulación genera duplicidades, inconsistencias, y problemas de incentivos. Finalmente, la institucionalidad es poco clara, y carece de un organismo que determine la política a seguir. Estas carencias producen un mercado poco profundo, ilíquido, donde muchas oportunidades no están siendo aprovechadas”<sup>499</sup>.

Por tal razón, el alcance de la revisión y del presente análisis, está referido a los emisores que conforman el cálculo del índice COLCAP<sup>500</sup>, porque este índice de referencia del mercado de renta variable:

498 En este mercado se negocian acciones locales, acciones del extranjero listadas en la BVC a través del Mercado Global Colombiano (MGC), aquellas autorizadas bajo los acuerdos del Mercado Integrado Latinoamericano (MILA), los derechos de suscripción y otros papeles que por sus características se asemejan a los antes mencionados. Igualmente, se negocian las operaciones de liquidez sobre acciones, como son los repos y los préstamos de valores (TTV).

499 Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Banco Mundial y Programa de Cooperación Económica y Desarrollo (SECO) del Gobierno Suizo, *Misión del Mercado de Capitales 2019. Informe final*, 2019, en [https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FCo-nexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-119774%2F%2FidePrimaryFile&revision=latestreleased](https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FCo-nexionContent%2FWCC_CLUSTER-119774%2F%2FidePrimaryFile&revision=latestreleased), consulta de agosto 15 de 2019, p. 9.

500 Actualmente (abril de 2022), el índice MSCI COLCAP es un índice calculado por la firma MSCI, que recoge las acciones más líquidas del mercado colombiano, ponderando cada una de acuerdo a su capitalización de mercado ajustada.

Refleja las variaciones de los precios de los veinte (20) emisores más líquidos inscritos en la Bolsa [subrayado fuera de texto], donde el valor de la capitalización bursátil ajustada de cada compañía determina su nivel de ponderación. La canasta del índice COLCAP estará compuesta por mínimo 20 acciones de 20 emisores diferentes. Un emisor podrá tener más de una especie en la canasta, siempre y cuando estas cumplan con las condiciones de liquidez. La definición de los activos que hacen parte del índice se realiza de forma anual, mientras que el rebalanceo de los componentes se realiza de forma trimestral.<sup>501</sup>

En síntesis, para efectos de la revisión y del análisis comparativo que se efectúa en este documento académico, se consideró que la composición de dicho índice de referencia oficial para el mercado de acciones colombiano es una muestra representativa del universo de los emisores más líquidos de valores de renta variable.

## 2.2. REVISIÓN DE LA MUESTRA

Los veinte emisores que componían el índice COLCAP vigente para el tercer trimestre de 2019 son los relacionados en la columna Razón social<sup>502</sup> de la Tabla 1. Por su parte, los 20 emisores más líquidos del índice MSCI COLCAP, al 30 de abril de 2022<sup>503</sup> se resumen en la Tabla 2. De la información pública revelada por dichas sociedades, tanto en el Registro Público Mercantil como en sus sitios de internet, se construyeron<sup>504</sup> las columnas Matriz y Subordinada.

**Tabla 1.**

*Emisores del COLCAP a septiembre de 2019 y su condición de matriz o subordinada*

Fuente: Construcción propia a partir de información pública disponible.

| Razón Social                      | Matriz | Subordinada |
|-----------------------------------|--------|-------------|
| Almacenes Éxito S.A.              |        | X           |
| Avianca Holdings S.A.*            | X      |             |
| Banco Davivienda S.A.             |        | X (CF)      |
| Banco De Bogotá S.A.              |        | X (CF)      |
| Bancolombia S.A.                  |        | X (CF)      |
| Bolsa De Valores De Colombia S.A. | X      |             |
| Canacol Energy Ltda.*             | X (SC) |             |
| Celsia S.A. E.S.P.                |        | X           |
| Cementos Argos S.A.               |        | X           |

501 Bolsa de Valores de Colombia, *Guía para inversionistas extranjeros y perfil del mercado colombiano*, s. f., en <https://bit.ly/3ODNGDh>, consulta de septiembre de 2019, pp. 36-37.

502 Datos de los emisores tomados del Boletín Informativo BVC No. 164 del 31 de julio de 2019, mediante el cual la BVC publicó las Canastas Definitivas de los índices COLCAP, COLEQTY, COLIR y COLSC (III trimestre 2019). Se encontraba disponible en [www.bvc.com.co](http://www.bvc.com.co) a la fecha de la consulta realizada en agosto de 2019.

503 Datos de los emisores tomados del Boletín Informativo BVC No. 187 del 21 de abril de 2022, mediante el cual la BVC publicó la composición de la canasta del índice MSCI COLCAP (I trimestre 2022), disponible a la fecha de la consulta (18 de mayo de 2022) en [https://bvc.co/informes-y-boletines?tab=boletines\\_informativos-bvc](https://bvc.co/informes-y-boletines?tab=boletines_informativos-bvc).

504 La información presentada se compiló con fines exclusivamente académicos y con base en la información pública de cada emisor y disponible a la fecha de elaboración de las Tablas. No obstante, no debe tomarse como información oficial, la cual se debe consultar en las fuentes establecidas por el legislador.

| Razón Social  | Matriz | Subordinada |
|---|--------|-------------|
| Cemex Latam Holding*                                | X      |             |
| Constructora Concreto S.A.                          | X      |             |
| Corporación Financiera Colombiana S.A.              |        | X (CF)      |
| Ecopetrol S.A.                                      | X      |             |
| Empresa De Telecomunicaciones De Bogotá S.A. E.S.P. | X      |             |
| Grupo Argos S.A.                                    | X      |             |
| Grupo Aval Acciones y Valores S.A.                  | X (CF) |             |
| Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.                    | X      |             |
| Grupo Inversiones Suramericana                      | X (CF) |             |
| Grupo Nutresa S.A.                                  | X      |             |
| Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.                 | X      |             |

CF: Conglomerado financiero; SC: Situación de control; Sin paréntesis: Grupo empresarial.  
\*Sociedad extranjera.

**Tabla 2.**

*Emisores del MSCI COLCAP al 30 de abril de 2022 y su condición de matriz o subordinada*

Fuente: Construcción propia a partir de información pública disponible.

| Razón Social  | Matriz | Subordinada |
|---|--------|-------------|
| Banco Davivienda S.A.                               |        | X (CF)      |
| Banco De Bogotá S.A.                                |        | X (CF)      |
| Bancolombia S.A.                                    |        | X (CF)      |
| Bolsa De Valores De Colombia S.A.                   | X      |             |
| Canacol Energy Ltd.                                 | X (SC) |             |
| Celsia S.A. E.S.P.                                  |        | X           |
| Cementos Argos S.A.                                 |        | X           |
| Corporación Financiera Colombiana S.A.              |        | X (CF)      |
| Ecopetrol S.A.                                      | X      |             |
| Empresa De Telecomunicaciones De Bogotá S.A. E.S.P. | X      |             |
| Grupo Argos S.A.                                    | X      |             |
| Grupo Aval Acciones y Valores S.A.                  | X (CF) |             |
| Grupo Bolívar S.A.                                  | X (CF) |             |
| Grupo Energía Bogota S.A. E.S.P.                    | X      |             |
| Grupo Inversiones Suramericana                      | X (CF) |             |
| Grupo Nutresa S.A.                                  | X      |             |
| Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P.                 | X      |             |
| Miñeros S.A.  | X      |             |

| Razón Social             | Matriz | Subordinada |
|--------------------------|--------|-------------|
| Organización Terpel S.A. | X      |             |
| Promigas S.A. E.S.P.     | X      |             |

CF: Conglomerado financiero; SC: Situación de control; Sin paréntesis: Grupo empresarial.

Resulta evidente que todos los emisores más líquidos del mercado accionario colombiano para los dos periodos revisados, hacían parte de situaciones de control o grupos empresariales: algunas como matrices y otras como subordinadas. Para septiembre de 2019, tan solo uno de los emisores de ese periodo indicaba que era matriz en una situación de control; mientras que los restantes ostentan su condición de matriz o controlada en grupos empresariales o conglomerados financieros, respectivamente.

Esta última figura, propia del mercado financiero, es decir, la de *holding* financiero, es de reciente creación legal. En efecto, la Ley 1870 de 2017<sup>505</sup> define el conglomerado financiero como un conjunto de entidades con un controlante común que incluye dos o más entidades nacionales o extranjeras que ejercen una actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, siempre que, al menos una de ellas, ejerza dichas actividades en Colombia<sup>506</sup>. Esta noción, junto con la de *holding* financiero, se incluyeron para establecer un ámbito de supervisión comprensiva y consolidada por parte de dicha superintendencia, sin perjuicio de la supervisión de otras autoridades en los casos en los que haya lugar.

Así, aunque el *holding* financiero esté sometido a la supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia en los aspectos señalados expresamente en la citada ley, es decir, los relacionados con materias propias de la supervisión comprensiva y consolidada de los conglomerados financieros, puede ocurrir que dicha entidad no cumpla las condiciones para ser vigilada por la superintendencia. En caso de que el *holding* financiero sea emisor de valores le aplicará el régimen legal de estos últimos, es decir, será objeto de control exclusivo o concurrente por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso. Pero si por el contrario se trata de sociedades que cumplen con los criterios de vigilancia por parte de la Superintendencia de Sociedades, conservan su régimen respecto de esta última autoridad<sup>507</sup>.

En la muestra analizada, teniendo en cuenta que todos son emisores de valores, puede concluirse que se trata de sociedades controladas por la Superintendencia Financiera de Colombia<sup>508</sup>; y aquellos que a su vez ostentan la condición de *holding* financiero<sup>509</sup>, tienen la supervisión concurrente de esta entidad en cuanto a las facultades propias de la vigilancia comprensiva y consolidada relacionada con los conglomerados financieros.

505 Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras. Septiembre 21 de 2017. DO. N.º 50363.

506 Ley 1870 de 2017. Artículo 2.

507 Ley 1870 de 2017. Párrafo del artículo 4.

508 Control exclusivo o concurrente, según sea el caso.

509 Le corresponde a la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante acto administrativo y con base en los criterios legales establecidos, identificar el *holding* financiero y las entidades que conforman el conglomerado financiero. Ver: Ley 1870 de 2017. Artículo 4.

## 2.3. LOS BENEFICIOS DERIVADOS DEL CONTROL

El hecho de que los principales emisores de acciones listados hagan parte de un grupo empresarial o de un conglomerado financiero trae ventajas para los controlantes y para los minoritarios, según se haga el análisis desde la perspectiva de los incentivos propuestos a cada uno de estos, como se explica a continuación.

De un lado, la conformación de estructuras de control que al mismo tiempo buscan capital del público a través del mercado de valores puede ser un incentivo para los inversionistas quienes, una vez convertidos en accionistas minoritarios, pueden incluso verse beneficiados del seguimiento permanente a las actuaciones de los administradores por parte de los controlantes, lo cual responde a la necesidad de mitigar los problemas de agencia. Esto es lo que la doctrina ha denominado los beneficios compartidos del control. Igualmente, la confianza del inversionista minoritario se ve fortalecida en la medida en que el controlante adopta decisiones que benefician a la sociedad en un adecuado marco de reglas de gobierno corporativo.

De otra parte, es apenas natural que el accionista controlante busque una compensación de sus esfuerzos económicos y comerciales en la sociedad inscrita en bolsa, lo que a su vez conlleva un monitoreo cercano y permanente de la actividad de los administradores. De esta forma se configuran los denominados beneficios privados del control o aquellos que buscan una ganancia (no necesariamente pecuniaria), que un accionista adquiere mediante el uso de su posición de control y que no se comparten con los accionistas públicos (entendidos como los minoritarios de una sociedad listada)<sup>510</sup>.

Esta dualidad de posiciones entre los minoritarios y los controlantes puede encontrar su equilibrio en relación con el costo-beneficio que implique para cada parte, como se explica en la siguiente cita:

Por tanto, para inducir a alguien a que asuma la posición de “accionista de control” hay que remunerarle permitiéndole que obtenga beneficios privados, es decir, algo más que la parte de los beneficios de la empresa social que le corresponde – como a los demás accionistas – en proporción a su participación en el capital social. Los accionistas dispersos estarán dispuestos a permitir que el accionista significativo se apodere de esa parte superior de los beneficios sociales si el beneficio que ellos obtienen compensa y supera tal coste, es decir, si la tarea de control que desarrollan **en beneficio de todos los accionistas genera más valor que el que se apoderan privadamente**. Si los accionistas de control pueden apropiarse sin límites de los beneficios de la sociedad, el sistema colapsaría y no habría accionistas dispersos que se retirarían del mercado. Si los accionistas de control no pudieran apropiarse de ningún beneficio privado, desaparecerían ellos mismos porque no sería rentable ostentar paquetes significativos de empresas cotizadas.<sup>511</sup>

510 Gilson, Ronald J. y Schwartz, Alan, “Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review”, en *Yale Law & Economics Research Paper*, (455); *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, (432); *Columbia Law and Economics Working Paper*, (430); ECGI - *Law Working Paper*, (194), 2012, en <https://ssrn.com/abstract=2129502>, consulta de septiembre 30 de 2019.

511 Alfaro Águila-Real, Jesús, “Controlar los accionistas de control sin perder los beneficios de su control”, en *Derecho Mercantil España blog*, España, 2013, en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2013/02/controlar-los-accionistas-de-control.html>, consulta de septiembre 30 de 2019.

En la legislación colombiana, por ejemplo, se ha buscado limitar el ejercicio abusivo de estos beneficios del controlante a través de mecanismos como los dispuestos para el tratamiento de las actuaciones de los administradores cuando se encuentren inmersos en conflictos de interés<sup>512</sup>. Adicionalmente, los emisores de valores deben revelar al mercado las transacciones con partes relacionadas a través del mecanismo de información relevante, conforme lo establece el artículo 5.2.4.1.5 del Decreto 2555 de 2010:

Todo emisor de valores deberá divulgar, en forma veraz, clara, suficiente y oportuna al mercado, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la forma establecida en este Libro, toda situación relacionada con él o su emisión que habría sido tenida en cuenta por un experto prudente y diligente al comprar, vender o conservar los valores del emisor o al momento de ejercer los derechos políticos inherentes a tales valores.

En tal sentido, el emisor deberá divulgar al mercado los hechos que se relacionan a continuación:

[...]

c) Situación comercial y laboral:

[...]

4. Celebración, modificación o terminación de contratos en los que sea parte el emisor, en forma directa o indirecta, con su matriz, sus subordinadas o las subordinadas de la matriz, cuando el monto sea igual o superior al uno por ciento (1%) de los ingresos operacionales, costo de ventas o gastos de administración y ventas, según corresponda, obtenidos en el ejercicio inmediatamente anterior a la celebración, modificación o terminación del contrato. En este caso deberá informarse el órgano que autorizó el contrato, las partes y su vínculo con el emisor, el objeto, la cuantía, los plazos, los efectos financieros de la operación, la relación del contrato con el objeto social principal del emisor y demás información relevante [subrayados fuera de texto].

No obstante, para algunos autores las estructuras de control no representan beneficio alguno. Por el contrario, las refieren como un aspecto no deseado para el crecimiento del mercado: “El mercado colombiano muestra una doble combinación de concentración. Hay pocas acciones de importancia [...]. Como si esto fuera poco, la propiedad de dichas acciones está en pocas manos, lo que hace al mercado poco líquido y no estimula el ingreso de nuevas empresas, que temen una falta de demanda por sus acciones. Adicionalmente, la excesiva concentración afecta la eficiencia en la valoración de las acciones ya que sus precios son fácilmente manipulables. Esto desestimula al pequeño ahorrador que prefiere participar en mercados más eficientes, como el de renta fija”<sup>513</sup>.

Sobre la concentración del capital en las sociedades listadas llama la atención la propuesta contenida en el informe de la Misión del Mercado de Capitales sobre la creación del Mercado

512 Ley 222 de 1995. Artículo 23.

513 Pinilla Sepúlveda, Roberto, Valero Rueda, Luis Antonio y Guzmán Vásquez, Alexander, *Operaciones en el mercado de capitales*, tercera edición, Correal, Bogotá, 2007, p. 67.

Balcón para emisiones de pequeñas y medianas empresas, en el que no estén vinculados los emisores del mercado público de valores:

i. El *Mercado Balcón* debe ser regulado para acoger exclusivamente a *pequeñas y medianas empresas* cuyas emisiones sean inferiores a 584.000 UVT (aproximadamente \$20.000 MM) conforme a lo dispuesto en el Plan Nacional de Desarrollo<sup>7</sup>.

Las pequeñas y medianas empresas que se inscriban en este mercado no podrán estar registradas ni emitir en los segmentos Público o Privado.

Las pequeñas y medianas empresas que sean controladas o tengan fuertes vínculos de propiedad con emisores de los mercados Público o Privado o los grupos económicos o conglomerados financieros que participan como emisores en aquellos segmentos no podrán inscribirse en el Mercado Balcón [subrayado fuera de texto].

7. Ley 1955 de 2019, Artículo 162. Emisiones para pequeñas y medianas empresas<sup>514</sup>.

Resultará interesante conocer el desarrollo regulatorio de esta propuesta en la cual, con el fin de promover la inclusión en el mercado de valores de un importante segmento, las pymes, se sugiere hacer una prohibición expresa sobre la participación de los emisores públicos como controlantes de estas empresas. Así mismo, saber si la expresión “fuertes vínculos de propiedad” será asimilada por el legislador a la noción de beneficiario real, que se explica a continuación.

## 2.4. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO REAL

Para cerrar este análisis resulta relevante mencionar que en la legislación financiera existe una definición estrechamente ligada al control societario, pero que no significa lo mismo. Se trata del concepto de beneficiario real, establecido en el Decreto 2555 de 2010 en los siguientes términos:

**Artículo 6.1.1.1.3. Definición de beneficiario real.** Se entiende por beneficiario real cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener, por ser propietario de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes o de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción.

Para los efectos del presente decreto, conforman un mismo beneficiario real los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, salvo que se demuestre que actúan con intereses económicos independientes, circunstancia que

514 Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Banco Mundial y Programa de Cooperación Económica y Desarrollo (SECO) del Gobierno Suizo, *Misión del Mercado de Capitales 2019. Informe final*, 2019, en [https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2F-ConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-119774%2F%2FIdcPrimaryFile&revision=latestreleased](https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2F-ConexionContent%2FWCC_CLUSTER-119774%2F%2FIdcPrimaryFile&revision=latestreleased), consulta de agosto 15 de 2019, p. 38 y 39.

podrá ser declarada mediante la gravedad de juramento ante la Superintendencia Financiera de Colombia con fines exclusivamente probatorios.

Igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas [subrayado fuera de texto].

**Parágrafo.** Una persona o grupo de personas se considera beneficiaria real de una acción si tiene derecho para hacerse a su propiedad con ocasión del ejercicio de un derecho proveniente de una garantía o de un pacto de recompra o de un negocio fiduciario o cualquier otro pacto que produzca efectos similares, salvo que los mismos no confieran derechos políticos.

Nótese que la definición de beneficiario real es más amplia que la noción de control societario. Tanto así que incluye como uno de los supuestos en los que se puede configurar todo el interés del mercado de valores y de la protección de los inversionistas. En efecto, el concepto de beneficiario real:

Trata de cubrir todas las diferentes formas mediante las cuales se puede ejercer el control sobre la propiedad [subrayado fuera de texto]; así mismo, la referencia al capital con derecho a voto de una sociedad<sup>515</sup>, con lo cual no se limita a las acciones como forma de representación del capital sino que cubre los diferentes instrumentos mediante los cuales se puede expresar la propiedad en una sociedad, y ciertos porcentajes mínimos, que desde el punto de vista de la regulación se consideran relevantes en función del control de una sociedad<sup>516</sup>.

Precisamente es en función de estos porcentajes mínimos relevantes para el legislador que cobra especial importancia la definición en comentario. En efecto, en aquellos eventos en los cuales se busca lograr el control del emisor o reforzarlo en ciertos porcentajes se impone el deber de realizar una oferta pública de adquisición (OPA), que no es más que una oferta de compra de acciones, por un lapso determinado, dirigida a todos los accionistas para proteger sus derechos, a un precio de mercado cuya realización busca lograr el control o reforzarlo en los porcentajes que el legislador financiero ha considerado relevantes para estos efectos.

En este sentido, la OPA se torna obligatoria en dos eventos relacionados con el control: i) cuando cualquiera de las personas que integran un mismo beneficiario real pretendan adquirir el 25% o más de la sociedad listada o ii) cuando esas mismas personas, teniendo ese porcentaje, deseen incrementar su participación en un 5% o más del capital del emisor<sup>517</sup>.

### 3. CONCLUSIONES

Las estructuras de control han sido diseñadas para permitir la diversificación del riesgo a través de distintos vehículos bajo un(os) mismo(s) controlante(s). Estos esquemas tienen como

515 El capital con derecho a voto de una sociedad está definido en el parágrafo 2 del artículo 6.15.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, e incluye, además de las acciones con derecho a voto, otros instrumentos que representen este derecho.

516 Fagua Guaque, Néstor Raúl. "La oferta pública como una actividad del mercado de valores", en *Régimen del Mercado de Valores. Tomo II. Emisión y Oferta de Valores*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2017, pp. 74 y 75.

517 Decreto 2555 de 2010. Artículo 6.15.2.1.1.

elemento fundamental la obligatoriedad de la revelación de las relaciones de subordinación entre sus integrantes, información que resulta esencial para todos los grupos de interés que puedan verse impactados con el comportamiento de los entes vinculados.

En el caso de los emisores de valores de acciones, la legislación financiera establece obligaciones adicionales de revelación de información a través de los mecanismos especializados para el efecto. De esta manera se reafirma la importancia de la divulgación de la información de las relaciones de control y de las transacciones efectuadas entre las vinculadas.

Lo anterior, como quiera que la publicidad de situaciones relevantes, entre estas el suministro de información sobre situaciones de control y de grupo empresarial, es fundamental para la promoción del mercado y la mitigación del riesgo de asimetrías de la información, con el fin de garantizar que los interesados cuenten con elementos adecuados y suficientes para la adopción de sus decisiones y la protección de la confianza de los inversionistas.

Así, dada la trascendencia de las obligaciones de revelación de información, tanto el legislador societario como el financiero han facultado a las autoridades de supervisión para sancionar su incumplimiento.

De esta forma, los esquemas de control en las sociedades cuyas acciones están inscritas en el mercado de valores son mecanismos que, desarrollados de forma equilibrada, pueden representar incentivos tanto para los controlantes como para los accionistas minoritarios. Estos últimos podrían encontrar, precisamente en los beneficios compartidos del control, la motivación de invertir siempre y cuando los controlantes no se extralimiten en el ejercicio de los beneficios privados, derivados de su rol preponderante.

En este sentido, la regulación ha establecido mecanismos para proteger a los minoritarios de las actuaciones de los controlantes en sociedades listadas, tales como el adecuado tratamiento de los conflictos de interés y la obligatoriedad, por parte de beneficiarios reales, de realizar OPAS en los casos de adquisición del control o de la consolidación de dicho control, en los porcentajes indicados en la norma.

Finalmente, resulta interesante la propuesta sugerida por la Misión del Mercado de Capitales en relación con la creación del Mercado Balcón, el cual, de ser regulado en los términos propuestos, implicará que los emisores del mercado público no sean controlantes de las pequeñas y medianas empresas que hagan parte de este nuevo mercado. Así mismo, el legislador deberá señalar si es apropiado asimilar a la noción de beneficiario real a la expresión “fuertes vínculos de propiedad” contenida en la propuesta.

## REFERENCIAS

Alfaro Águila-Real, Jesús, “Controlar los accionistas de control sin perder los beneficios de su control”, en Derecho Mercantil España blog, España, 2013, en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2013/02/controlar-los-accionistas-de-control.html>, consulta de septiembre 30 de 2019.

- Boletín Informativo BVC No. 164 del 31 de julio de 2019, mediante el cual la BVC publica las Canastas Definitivas de los índices COLCAP, COLEQTY, COLIR y COLSC (III trimestre 2019). Disponible en [www.bvc.com.co](http://www.bvc.com.co). Disponible en la consulta realizada en agosto de 2019.
- Boletín Informativo BVC No. 187 del 21 de abril de 2022, mediante el cual la BVC publicó la composición de la canasta del índice MSCI COLCAP (I trimestre 2022). disponible a la fecha de la consulta (18 de mayo de 2022) en [https://bvc.co/informes-y-boletines?tab=boletines\\_informativos-bvc](https://bvc.co/informes-y-boletines?tab=boletines_informativos-bvc).
- Bolsa de Valores de Colombia, *Guía para inversionistas extranjeros y perfil del mercado colombiano*, s. f., en <https://bit.ly/3ODNGDh>, consulta de septiembre de 2019.
- Circular Básica Jurídica (C.E. 029/14). Superintendencia Financiera de Colombia. Prospecto de información de las emisiones de valores. (Octubre 3 de 2014).
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. (Mayo 17 de 2002). Sentencia 7342. Radicado 25000-23-24-000-2001-0388-01. [CP. Olga Inés Navarrete Barrero].
- Decreto 2555 de 2010. Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones. Julio 15 de 2010. DO. N.º 47771.
- Decreto 1074 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo. Mayo 26 de 2015. DO. N.º 49523.
- Fagua Guauque, Néstor Raúl, “La oferta pública como una actividad del mercado de valores”, en *Régimen del Mercado de Valores. Tomo II. Emisión y Oferta de Valores*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2017.
- Gilson, Ronald J. y Schwartz, Alan, “Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review”, en *Yale Law & Economics Research Paper*, (455); *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, (432); *Columbia Law and Economics Working Paper*, (430); *ECGI - Law Working Paper*, (194), 2012, en: <https://ssrn.com/abstract=2129502>, consulta de septiembre 30 de 2019.
- Ley 222 de 1995. Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diciembre 20 de 1995. DO. N.º 42156.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.
- Ley 1870 de 2017. Por la cual se dictan normas para fortalecer la regulación y supervisión de los conglomerados financieros y los mecanismos de resolución de entidades financieras. Septiembre 21 de 2017. DO. N.º 50363.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Banco Mundial y Programa de Cooperación Económica y Desarrollo (SECO) del Gobierno Suizo, *Misión del Mercado de Capitales 2019. Informe final*, 2019, en [https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-119774%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](https://www.urf.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-119774%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased), consulta de agosto 15 de 2019.
- Pinilla Sepúlveda, Roberto, Valero Rueda, Luis Antonio y Guzmán Vásquez, Alexander, *Operaciones en el mercado de capitales*, tercera edición, Correval, Bogotá, 2007.

# LOS GRUPOS EMPRESARIALES VISTOS DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA<sup>518</sup>  
DIEGO FERNANDO REY GUERRERO<sup>519</sup>

## INTRODUCCIÓN

A partir de los años cincuenta del siglo xx se crea un área llamada el análisis económico del derecho (AED) y en varias universidades de Estados Unidos se empiezan a estudiar los mercados y el marco normativo de los mismos en temas como la competencia y los monopolios en sectores altamente regulados, como el financiero (banca, seguros y las bolsas de valores<sup>520</sup>).

El AED tiene entre sus herramientas fundamentales la microeconomía para poder analizar y evaluar a los agentes económicos, y también políticos, que pueden influenciar las reglas que regulan los mercados a través de la legislación y a los jueces que resuelven disputas y crean jurisprudencia<sup>521</sup>. La microeconomía, como disciplina, estudia particularmente la forma en que las personas, las familias y los empresarios toman decisiones en distintos mercados, con estructuras

518 Abogado de la Universidad Libre y sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Comparado (Económico) de la Universidad de París 1 (Panthéon- Sorbonne). Tiene estudios doctorales en Derecho Económico de la Universidad de París Dauphine. Contacto: javier.franco@unimilitar.edu.co y francomonguajf@gmail.com

519 Abogado de la Universidad Militar Nueva Granada. Estudios en la carrera de economía de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia. Contacto: difreygu@unal.edu.co

520 Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.

521 Franco Mongua, Javier Francisco, *Deontologismo y Consecuencialismo. Visiones y actuaciones de economistas y juristas*, Universidad Libre, Bogotá, 2011.

de competencia perfecta o imperfecta (monopolios/monopsonios, duopolios/duopsonios, oligopolios/oligopsonios, posición dominante)<sup>522</sup>.

Desde la Escuela de Salamanca y autores como Jeremy Bentham, David Ricardo, Marx, Von Mises, Von Hayek y el mismo Adam Smith, se estudiaron las relaciones entre la ley y la economía, la moral y la política. Con perspectivas diferentes y, en muchos casos, opuestas, estos y otros autores empezaron a revisar las relaciones existentes entre los negocios, el bienestar y el intercambio con la ley como marco regulatorio. Esa tradición, que inicia con los autores salmantinos, llega a la actualidad. Y de eso tratará este capítulo: sobre la visión económica de la ley, que ahora se aplicará a los grupos empresariales.

## 1. EL DERECHO SOCIETARIO Y EL AED

Antes de llegar a la sección de grupos empresariales vistos desde el AED, es necesario hacer una revisión de los conceptos básicos del derecho societario y una revisión general de los mismos desde el AED.

Para iniciar, se debe recordar que en Colombia la sociedad puede ser un contrato<sup>523</sup> o un acto jurídico de formación unilateral, como sucede en la sociedad por acciones simplificada (S.A.S.)<sup>524</sup>. Hay que tener en cuenta que en el país el contrato de sociedad es consensual y, por eso, está la llamada sociedad de hecho<sup>525</sup> que, aunque existe, no da nacimiento a una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Su existencia puede demostrarse por cualquier medio probatorio previsto en la ley<sup>526</sup>. En este sentido, las obligaciones adquiridas o contraídas a favor o a cargo de la sociedad recaen en los socios de hecho. Frente a la S.A.S., lo que hace que sea de hecho es la falta del trámite de inscripción en el Registro Público Mercantil ante la cámara de comercio<sup>527</sup>.

En el caso de las sociedades de hecho, las estipulaciones previstas por los socios tendrán efectos exclusivamente entre ellos. En las sociedades reglamentadas en el Código de Comercio, como en la ley de la S.A.S., los socios responden ante terceros con su propio patrimonio y sin ninguna limitación.

En cuanto a las sociedades reguladas en el Código de Comercio, la regla general es que se deben constituir mediante escritura pública<sup>528</sup>, y la S.A.S., mediante documento privado<sup>529</sup>. Ambos casos deben llevarse al Registro Público Mercantil. Sin embargo, para las sociedades del Código de Comercio, existe una excepción:

522 Nicholson, Walter, *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, octava edición, Thompson, España, 2005.

523 Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339, artículo 98.

524 Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194, artículo 1.

525 Ley 1258 de 2008. Artículo 7 y Código de Comercio. Artículo 498.

526 Código de Comercio. Artículo 498.

527 Reyes Villamizar, Francisco, *SAS. La sociedad por acciones simplificada*, Legis S.A., Bogotá, 2018.

528 Código de Comercio. Artículo 110.

529 Ley 1258 de 2008. Artículo 5.

Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, que de conformidad a lo establecido en el artículo 2o de la Ley 905 de 2004, tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituirán con observancia de las normas propias de la Empresa Unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VIII de la Ley 222 de 1995. Las reformas estatutarias que se realicen en estas sociedades se sujetarán a las mismas formalidades previstas en la Ley 222 de 1995 para las empresas unipersonales.<sup>530</sup> (Subrayado propio)

Las empresas unipersonales deberían transformarse en S.A.S., como lo determinó el artículo 46 de la ley 1258 de 2008. Para Néstor Humberto Martínez Neira,

de esta manera, en la actualidad, las sociedades pueden formarse como personas jurídicas distintas de los socios individualmente considerados, por escritura pública o por documento privado, en el caso excepcional de las sociedades por acciones simplificadas. Por lo que, al mismo tiempo, debe estimarse subrogado el artículo 498 del Código de Comercio, relativo a las sociedades de hecho, las que —con base en la enmienda del año 2008— son aquellas que no se constituyen por escritura pública o documento privado, según corresponda, como en particular lo establece el artículo 7° de la ley 1258 de 2008<sup>531</sup>.

Por ejemplo, una sociedad se constituye con las formalidades de la ley para que nazca una persona distinta de los socios individualmente considerados y, de esta forma, se separe el patrimonio de la persona natural o jurídica que sea socia y el patrimonio de la sociedad que nace. Así, en los casos en que la ley lo prevé, va a haber una limitación de la responsabilidad de los socios de la nueva persona jurídica, lo que se convierte en una razón de fondo que incentiva la creación de sociedades, porque no hay que arriesgar todo el patrimonio<sup>532</sup>.

Pero, a veces, existe abuso del derecho, lo que puede suceder en este caso: un grupo de personas, conociendo la limitación de la responsabilidad antes mencionada, crea una sociedad comercial para defraudar a terceros:

sin embargo, este beneficio se utiliza en ocasiones para propósitos que exceden aquellas finalidades para las que ha sido otorgado. Por tanto, han surgido voces que claman por una extensión de responsabilidad para alcanzar también a los accionistas de las sociedades de capital, en especial en hipótesis de responsabilidad civil extracontractual. Los posibles abusos en la utilización de la sociedad, cuyos efectos pueden repercutir en detrimento de los acreedores sociales, han generado por lo demás, una tendencia a establecer regímenes excepcionales para comprometer la responsabilidad de los asociados por las obligaciones sociales<sup>533</sup>.

Volviendo sobre la pregunta sobre los efectos que puede tener eliminar la protección de la limitación de la responsabilidad que beneficia a los accionistas, Francisco Reyes Villamizar<sup>534</sup> expone dos visiones de algunos de los autores más destacados en el AED societario:

530 Ley 1014 de 2006. De fomento a la cultura del emprendimiento. Enero 26 de 2006. DO. N.º 46.164, artículo 22.

531 Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Legis S.A., Bogotá, 2014, p. 132.

532 Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis Económico del Derecho Societario*, Legis S.A., Bogotá, 2013.

533 Reyes Villamizar, *Análisis Económico*, p. 91.

534 Reyes Villamizar, *Análisis Económico*, p. 93.

- Desde la visión de Frank Easterbrook y Daniel Fischel, la consecuencia sería negativa en términos económicos, especialmente, para las sociedades cuyos títulos, sean bonos o acciones, se negocian en el mercado bursátil.
- Para Henry Hansmann y Reiner Kraakman, en caso de eliminar la limitación de la responsabilidad, bajo ciertas circunstancias, el mercado no se vería afectado. Sin embargo, los autores dicen que ante los acreedores sí debería existir la limitación de la responsabilidad de los accionistas, pues “las personas que accedieron a negociar con una compañía, a diferencia de los terceros perjudicados sin su consentimiento, conocían de antemano los riesgos inherentes a esa relación de negocios. No podrían, por tanto, beneficiarse del mismo privilegio otorgado a los sujetos afectados que no hubieran tenido oportunidad de conocer las consecuencias de entrar en contacto con las sociedades. De ahí que señalen, de igual forma, que una ley que despoje del referido beneficio a los accionistas debería diferenciar de manera tajante entre acciones derivadas de la responsabilidad civil contractual y extracontractual”<sup>535</sup>.

Este tipo de situaciones se presentan no solo en contextos de ejecuciones individuales, sino también en el marco de la limitación de la responsabilidad en los contextos de procedimientos colectivos donde existe la posibilidad de que los acreedores aprueben “quitas” o “perdones” en favor de los deudores, sean personas naturales o jurídicas. Pero esto puede afectar a los acreedores (en su conjunto o en alguna parte de ellos), según los sistemas de prelación, de acuerdo con las clases determinadas por ley —como en el Código Civil Colombiano— o por el criterio de “primero en el tiempo, primero en el derecho”. Pero las quitas deben ser aprobadas por los acreedores.

Otra situación es cuando simplemente el activo es menor que el pasivo y, por ende, si no hay la voluntad de perdón por parte de los acreedores, estos nunca podrán recuperar sus acreencias porque no hay suficientes bienes o derechos para rematar y pagar las deudas a su favor. A menos que se pruebe el fraude a la ley o en perjuicio de terceros, no se puede aplicar la figura de la desestimación de la personalidad jurídica, en el caso de la S.A. S.<sup>536</sup>, o el levantamiento del velo corporativo, en el caso de las sociedades reguladas por el Código de Comercio.

Finalmente, para Richard Posner, teniendo en cuenta la separación de patrimonios entre los accionistas y la sociedad, no parecería necesaria la reglamentación de la quiebra corporativa porque los socios ya estarían protegidos con esa limitación de la responsabilidad. La misma protección existe para el empresario endeudado —en caso de que sea una persona natural— y para el comerciante que ha “quebrado”. Posner aclara que “la responsabilidad limitada es a los empresarios corporativos lo que el derecho a declarar la quiebra personal es a los empresarios individuales”<sup>537</sup>.

## 2. LOS GRUPOS EMPRESARIALES VISTOS DESDE EL AED

Colombia hace parte de las sociedades que anuncian seguir un modelo capitalista, esto es, principalmente, contar con una economía de mercado, es decir, que las decisiones económicas

535 Reyes Villamizar, *Análisis Económico*, p. 93.

536 Ley 1258 de 2008. Artículo 42.

537 Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 641.

más importantes de la sociedad son tomadas en/por el mercado. De forma simplificada, los fundamentos de esta economía pueden encontrarse en: i) el respeto por la propiedad privada, ii) la libre competencia, iii) el libre intercambio y iv) la libertad de empresa. En el país, estos principios y derechos se encuentran amparados en la Constitución Política, como se verá más adelante.

De manera que el mercado es un elemento de vital importancia en la sociedad colombiana. No se trata de un lugar en términos geográficos, sino de la suma de relaciones, condiciones y participantes que se reúnen para intercambiar bienes o servicios. Adam Smith encontraba en el interés propio de los individuos el motivo para las relaciones que se generaban en el mercado: “no es la benevolencia del carnicero, del cervecero o el panadero lo que nos procura nuestra cena, sino el cuidado que ponen ellos en su propio beneficio”<sup>538</sup>. El autor considera que los beneficios que se encuentran en las sociedades de mercado parecen provenir de la división del trabajo: “el mayor progreso de la capacidad productiva del trabajo, y la mayor parte de la habilidad, destreza y juicio con que ha sido dirigido o aplicado, parecen haber sido los efectos de la división del trabajo”<sup>539</sup>, que solo estará presente cuando los mercados sean lo suficientemente grandes para permitir la especialización de factores.

Con un mercado grande, la forma natural de empezar un negocio es la unipersonal, donde la explotación de la actividad económica se hace por su propio dueño quien, en la práctica, es el gestor y su propio dependiente. Y si bien es cierto que no tiene trabajadores a su cargo, por lo menos en la etapa inicial, sí responde de forma personal e ilimitada porque, en principio, en la fase de comerciante persona natural no ha llegado el momento de encontrar una forma jurídica que separe su patrimonio personal y el del emprendimiento.

Cuando ha logrado llegar a un punto de crecimiento económico, el comerciante buscará pasar a una forma de limitación de su responsabilidad personal, normalmente, a través de algún mecanismo encuadrado en el derecho societario. Si se trata de un comerciante persona natural, podrá convertirse en una sociedad. Al hacerlo, la actividad comercial podrá ser la misma, pero ahora contará con una estructura de separación patrimonial donde él podrá ser el único socio o estar junto con otro u otros. En la actualidad se encuentra una amplia gama de tipos societarios que pueden ser acomodados a las necesidades de socios o accionistas.

Sin embargo, la posibilidad de contar con un tipo societario de responsabilidad limitada marcó un antes y después en los mercados.

Esta limitación de la responsabilidad de los inversionistas que se convierten en socios ha tenido tal importancia que para algunos, como el filósofo Nicholas Murray Butler, presidente de la Universidad de Columbia y premio Nobel de la Paz, fue un “invento” de la modernidad tan o más importante que la máquina de vapor o la electricidad<sup>540</sup>.

538 Smith, Adam, *La Riqueza de las Naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 46.

539 Smith, *La riqueza*, p. 33.

540 Harford, Tim. “Por qué las sociedades de responsabilidad limitada son consideradas uno de los grandes inventos de la historia”, en BBC Mundo, 2017, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-40732589> consulta de marzo 22 de 2022.

Ante esta afirmación, Tim Harford se pregunta

¿A qué se refería? A las **sociedades de responsabilidad limitada (SRL)**, también conocidas como **compañías limitadas (o *limited liability company (LLC)*, en inglés)**. Parece extraño decir que una corporación fue “descubierta”. Pero no aparecieron de la nada. La palabra “incorporar” significa tomar forma de cuerpo. No un cuerpo físico, sino uno legal. A los ojos de la ley **una SRL es algo distinto que las personas que la poseen, que la manejan o que trabajan para ella**<sup>541</sup>.

Todas estas condiciones se expandieron en el seno de la primera revolución industrial, momento en el que surgen los fundamentos de lo que se consideran las empresas modernas. La literatura empresarial identifica a las ferroviarias como las primeras exponentes, organizaciones donde, entre otras características, se encuentran formas jurídicas específicas, existe una separación entre la propiedad y la dirección y hay estructuras y jerarquías de directivos.

## 2.1. GRUPOS ECONÓMICOS Y GRUPOS EMPRESARIALES

Entre la proliferación de empresas y las múltiples formas en las que estas podrían agruparse u organizarse se pueden distinguir modelos asociativos cuyos rasgos esenciales están ligados al territorio. Estos modelos son “una práctica común en el mundo de los negocios debido a que representan una estrategia de competitividad que tiene como alcance la introducción a nuevos mercados y desarrollo económico en un territorio”<sup>542</sup>.

Algunos son los distritos industriales, las cadenas productivas, las redes empresariales y los *clusters*. Paralelo a estos se pueden resaltar agrupaciones empresariales en las que la nota distintiva es la subordinación, en cuyo caso esta característica resalta en los grupos de sociedades o grupos económicos, es decir, grupos de empresas que se encuentran bajo una misma dirección o propiedad, una situación común cuando en una multiplicidad de negocios diversos existe una cabeza a todos ellos; situación frecuente de varias empresas en diferentes ramos de propiedad de una sola familia, el caso colombiano en el siglo XX, respecto a estos grupos, “es especial debido a la interacción entre un lento proceso de industrialización, la dependencia de las exportaciones de café, y las actividades comerciales del sector privado bajo un modelo mixto de proteccionismo y la liberalización del comercio”<sup>543</sup>.

Para Beatriz Rodríguez-Satizábal estos constituirán una nota distintiva en Colombia, “una forma organizacional que aún está evolucionando y que permanece siendo de propiedad familiar con matices de gran empresa”<sup>544</sup>. De acuerdo con la autora,

541 Harford. “Por qué las sociedades”.

542 Murillo Ospina, Diana Milena *et al.*, “Modelo de asociatividad empresarial para unidades de negocio del subsector maderero”, en *Estudios institucionales, empresariales y económicos*, Universidad Santiago de Cali, Cali, 2020, p. 51.

543 Rodríguez-Satizábal, Beatriz E., “Grupos económicos en Colombia (1974-1998): entre pequeña empresa familiar y gran familia de empresas”, en *Grupos económicos y mediana empresa familiar en América Latina*, Universidad del Pacífico, Buenaventura, 2014, p. 77. “title”: “Grupos económicos en Colombia (1974-1998)

544 Rodríguez-Satizábal. “Grupos económicos”, p. 44. “title”: “Grupos económicos en Colombia (1974-1998)

las definiciones de la persistencia del modelo tradicional de asociación entre los empresarios colombianos para reducir el riesgo y la incertidumbre, y la importancia relativa de algunas familias poderosas, son al parecer las explicaciones para el surgimiento de grupos económicos durante la segunda mitad del siglo xx. Detrás de bambalinas, el aumento en el número de poderosos grupos económicos entre 1974 y 1998 [...] parece ser el resultado del progresivo crecimiento de la empresa familiar, una ola de fusiones, y la respuesta a las restricciones de acceso al capital<sup>545</sup>.

La extensión de estos grupos, llega a ser tal que para

1998 los grupos económicos dominaban los principales sectores de la economía: industria, servicios financieros y telecomunicaciones. Los 18 grupos económicos identificados a lo largo de la investigación representaron el 18,7% del PBI y el 38% de las transacciones en el pequeño mercado de valores colombiano, controlando más de 200 empresas, todas ellas en el ranking de las 1.000 mayores empresas, y fueron los principales empleadores del país, con más de 150.000 empleados. De los 18 grupos, 14 son propiedad de familias; 3, de grupos de empresarios regionales; y 1 fue fundado por un grupo religioso. Siete grupos se conformaron antes de la crisis financiera en 1982 y su actividad principal estaba relacionada con la industria. Once estaban inmersos en los servicios financieros e iniciaron su negocio durante la década de 1980, una década de innovaciones financieras y nueva legislación económica.<sup>546</sup>

De estos grupos económicos, como género, se pueden derivar como forma de organización empresarial los grupos empresariales que, al igual que los económicos, presentan subordinación, pero, adicionalmente, tendrán unidad de propósito y dirección.

En ese sentido, el de ejercer restricciones sobre principios, se puede entender que como objetivo de “el derecho societario busca crear los marcos jurídicos regulatorios para la actividad privada, dejando en cada legislación mayores o menores grados de libertad, a partir de decisiones políticas que devienen en estructuras de gobierno societario”<sup>547</sup>.

En la práctica, estas restricciones se convierten en producción legislativa, y esta, a su vez, en la creación de conceptos jurídicos entre los que se destacan los grupos empresariales. Se puede encontrar una primera aproximación a este concepto en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995:

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.

545 Rodríguez-Satizábal. “Grupos económicos”, p. 42.”title:”Grupos económicos en Colombia (1974-1998

546 Rodríguez-Satizábal. “Grupos económicos”, p. 59.”title:”Grupos económicos en Colombia (1974-1998

547 Franco Mongua, Javier Francisco y Rey Guerrero, Diego Fernando. “El control societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales”, *Con-texto*, 2018, (48), p. 59.

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.

El concepto de subordinación al que hace referencia el artículo 28 se encuentra consagrado en el artículo 260 del Código de Comercio: “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 aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”<sup>548</sup>.

Por su parte, en el artículo 261 de la misma norma están las presunciones de subordinación. De manera general, se puede decir que estas contemplan las situaciones en las que se posea más del 50% del capital de una sociedad, se cuente con la mayoría de los votos de la sociedad y, con motivo de actos o negocios, se tenga una influencia dominante en las decisiones. Sin embargo, estas no son consideradas de orden taxativo, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado, entidad que aunque antiguamente promovió la posición contraria, en la actualidad ratifica el carácter enunciativo:

Una adecuada hermenéutica de esta disposición lleva a concluir que las relaciones de subordinación que deben ser inscritas en el registro mercantil son aquellas que se configuran: bien de conformidad con la definición general contenida en el art. 260 del Código de Comercio, o bien de conformidad con las hipótesis previstas en el art. 261 del Código de Comercio.

De no ser así, la norma solo se hubiera referido al art. 261 del C.Co. Dicho de otra manera, si el legislador hubiese pretendido que las relaciones de subordinación objeto de registro solo fueran las contempladas en el art. 261 del C.Co. no tendría ningún efecto útil la referencia hecha por el art. 30 de la Ley 222 de 1995, al art. 260 *ibídem*.

En consideración a todas las razones expuestas, la Sala comparte la posición que ha sido reiterada en la jurisprudencia y la doctrina nacionales, incluso por la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia Financiera, en el sentido de que las presunciones de subordinación incorporadas en el art. 261 del C.Co. no son taxativas.<sup>549</sup>

Como lo ha venido manifestando la Superintendencia de Sociedades, cuando se habla de subordinación lo fundamental es la realidad del control, es decir, que exista ese control sin importar las formas en que se presente. Mientras que las condiciones de unidad de propósito y dirección, tal como se encuentra plasmado en el artículo 260, se derivan de la consecuencia de un objetivo determinado, sin embargo, “es forzoso reconocer que esta noción de unidad de propósito y dirección ha presentado varias dificultades de interpretación, al punto que algunos abogados sostienen que podría entenderse como objetivo común el hecho objetivo de que todas las vincu-

548 Código de Comercio. Artículo 260.

549 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de septiembre de 2019. Radicación interna 2420, n.º único: 11001-03-06-000-2019-00094-00. [Consejero Ponente: Édgar González López].

ladas pretenden obtener utilidades, lo cual, por supuesto no corresponde al alcance de la norma, cuya redacción no es muy afortunada”<sup>550</sup>.

Los autores coinciden con la opinión del profesor Andrés Gaitán Rozo acerca de la distinción entre los conceptos de grupo económico y grupo empresarial:

De lo expuesto se concluye que, si bien en un grupo empresarial puede existir unidad de empresa, no necesariamente aquella condición impone esta; por cuanto corresponden a instituciones con fines y regulaciones diferentes [...] Una vez analizada la diferencia entre situación de control y grupo empresarial desde el punto de vista de los elementos esenciales, debe revisarse en cuanto a efectos, qué distingue a estas dos modalidades de control societario en el contexto de la ley 222 de 1995. Sorprende observar que la única diferencia que señala esta ley está en el artículo 29 [...] Así las cosas, debe analizarse si se justifica esta distinción entre situación de control y grupo empresarial cuando la única diferencia en efectos es que en este último se exige, adicionalmente, la presentación de un informe adicional<sup>551</sup>.

## 2.2. LOS GRUPOS EMPRESARIALES Y LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA VERTICAL Y HORIZONTAL

La relación de propósito y dirección es usual en los procesos de integración vertical y horizontal, y es la característica diferenciadora entre un grupo de empresas subordinadas y un grupo empresarial. En el primer caso se presenta el control, pero puede tratarse de diferentes sociedades dedicadas a distintos ramos de negocio bajo una sola administración central, sea esta manifiesta u oculta; mientras que en el grupo empresarial a lo anterior se suma la interrelación entre los objetivos y las actividades que realizan las empresas.

Aquí es importante explicar conceptualmente qué significa la integración económica y la que se da con la creación de conglomerados. La integración horizontal es el resultado de dos o más empresas, competidoras entre sí en un mismo mercado, que buscan fortalecer la posición de la empresa resultante, sin importar si el mecanismo utilizado es una fusión por absorción o una por creación. Para Salomón Vaie Lustgarten “la integración horizontal será entonces la que se produce entre empresas competidoras que se encuentran en un mismo renglón de la actividad industrial o comercial dentro de una cadena de producción, y la máxima expresión de un proceso de integración horizontal será el monopolio”<sup>552</sup>.

De acuerdo con esto, lo que caracteriza a la integración horizontal es el mecanismo mediante el cual dos o más empresas —que normalmente tienen la forma de sociedad comercial— se integran, con independencia del modelo legal utilizado, para tener mayor competitividad, poder y/o control en el mercado. Esto, además, puede ayudar a lograr economías de escala que permitan reducir costos y aumentar las utilidades. En la integración horizontal las empresas que se integran están en un mismo sector y producen un mismo bien o servicio.

550 Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011, p. 68.

551 Gaitán Rozo, *Grupos empresariales*, p. 72.

552 Vaie Lustgarten, Salomón, *Fusión y escisión de sociedades*, Temis, Bogotá, 2014, p. 16.

A diferencia de la integración horizontal, existe la llamada integración vertical, En esta dos o más empresas que producen bienes o prestan servicios diferentes, pero complementarios dentro dentro de una misma cadena de valor deciden sumar sus esfuerzos para llegar a una mejor producción o prestación de servicios. Esta integración puede ser de dos tipos: i) integración vertical hacia atrás o ii) integración vertical hacia adelante:

Las integraciones verticales de empresas se dan entonces entre sociedades que se encuentran en renglones diferentes de una misma cadena de producción y pueden ser de dos clases: integraciones verticales hacia atrás o integraciones verticales hacia adelante. Las primeras son aquellas en las que la integración se da con una empresa que se encuentra más hacia atrás en una misma cadena de producción, como cuando una empresa se integra con uno de sus proveedores de materias primas; y en las segundas la integración se da con empresas que están más adelante en la cadena de producción, como cuando una empresa se integra con alguno de sus distribuidores, detallistas o clientes.<sup>553</sup>

Otros autores mencionan, además, la integración vertical hacia el centro: “Integración vertical hacia el centro de las actividades de la empresa, es decir, frente al proceso productivo, a todas sus etapas y procedimientos que permiten generar el producto, bien o servicio final que se entrega al cliente o usuario”<sup>554</sup>.

Ahora bien, desde el punto de vista económico existe el riesgo de que las integraciones disminuyan la competencia al punto de afectar los intereses de los consumidores y de los demás competidores. Hay que recordar que un mercado perfectamente competitivo es aquel en el que hay muchos proveedores y consumidores, y en el que los productos o servicios que venden los primeros son relativamente equivalentes, de tal forma que ni ellos ni los compradores son capaces, por sí mismos, de imponer o influenciar el precio del bien o servicio<sup>555</sup>.

Por ello, cuando hay una integración se busca mitigar el riesgo de que el poder de las empresas que hacen dicha operación (independiente de la forma jurídica que se utilice) disminuya la competencia del mercado en un grado que afecte los derechos y legítimos intereses de otros agentes, como competidores y consumidores. Así, la ley determina que la autoridad de la competencia, que en el caso colombiano es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), puede y debe, en algunas situaciones, evaluar la integración para determinar si la autoriza o no. Si la autoriza, puede establecer ciertos condicionantes. Están obligados los empresarios que buscan realizar la integración cuando se den ingresos operacionales o activos, de forma conjunta o individual, en la cifra que determine la SIC para el año inmediatamente anterior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959<sup>556</sup>. Si las empresas cuentan con menos del 20% del mercado relevante se entiende que la integración está autorizada.

553 Vaie Lustgarten, *Fusión y escisión*, p. 16.

554 Forero, Diana Elvira y Ramos, Juan Carlos. “La integración vertical en la cadena de abastecimiento de las instituciones de educación superior en Colombia”, *Criterio Libre*, 2015, 13 (22), pp. 255-278.

555 Franco Mongua, Javier Francisco y Rey Guerrero, Diego Fernando, “Análisis económico de la competencia desleal: el caso colombiano y la revisión de la norma argentina”, en *Competencia desleal. Análisis del Decreto 274/2019*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 443.

556 Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1959. DO. N.º 30138.

En este punto cobra valor un concepto muy importante: *mercado relevante*, que se refiere a la determinación concreta de cuál es el sector económico en el que están las empresas que desean integrarse. Como se ha explicado, un mercado se define por las relaciones entre los agentes (productores y consumidores) y los bienes y servicios que se intercambian.

Normalmente el mercado relevante tiene que ver con la posibilidad de que el consumidor pueda tener alternativas disponibles para comprar otros bienes o servicios distintos a aquellos cuya producción o prestación va a ser objeto de la integración. Esto tiene relación con el concepto de elasticidad<sup>557</sup>. De esta forma será más elástico el consumo de un bien o servicio del que se tienen muchas alternativas para elegir; y, por el contrario, será inelástico cuando no existen opciones y es casi obligatorio el tener que comprarlo por razones vitales.

### Para la Superintendencia de Industria y Comercio

La definición del mercado relevante se realiza desde dos perspectivas: (i) La dimensión desde el punto de vista del producto, y (ii) la dimensión geográfica. La dimensión del mercado producto se refiere al grupo de productos que los consumidores consideran sustitutos cercanos, mientras que la dimensión geográfica hace referencia al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma, pueden influir de manera rentable en el precio, calidad, variedad, servicio, publicidad, innovación y otras condiciones de competencia propias del mercado analizado. El mercado geográfico puede ser local, regional, nacional o mundial con efectos en Colombia.<sup>558</sup>

El profesor Fernando Jiménez Valderrama explica que la Superintendencia de Industria y Comercio puede objetar la operación de integración, lo que impide que se realice, o condicionarla para limitar los efectos anticompetitivos o intentar mitigarlos. Si esto sucede, los interesados pueden intentar demostrar que la relación costo-beneficio de la limitación de la competencia frente a los beneficios para el consumidor es favorable para estos<sup>559</sup>.

En Colombia, un caso concreto que ha presentado fuerte polémica en torno a la integración y, en particular, a la vertical, es el del sector de la salud. En el país se dio un fenómeno de fuerte integración vertical entre las EPS (aseguradoras) y las IPS (consultorios médicos, odontológicos y de fisioterapia, laboratorios diagnósticos y clínicos, droguerías y farmacias, hospitales y clínicas), reduciendo la competencia en el mercado al punto de que el legislador tomó la decisión de limitar el porcentaje de integración. Para David Bardey y Giancarlo Buitrago.

Las EPS desarrollaron redes propias, expresión adoptada en Colombia para definir la integración vertical entre EPS e IPS, durante la primera década de la Ley 100. Estas redes propias han creado tensiones

557 “La elasticidad mide la sensibilidad de una variable a otra. Concretamente, es una cifra que nos indica la variación porcentual que experimentará una variable en respuesta a la variación de otra de un 1 por ciento. Por ejemplo, la elasticidad-precio de la demanda mide la sensibilidad de la cantidad demandada a las variaciones del precio. Nos indica la variación porcentual que experimentará la cantidad demandada de un bien si sube su precio en un 1 por ciento”. Ver: Pindyck, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomía*, quinta edición, Pearson Prentice Hall, Madrid, 2001, p. 32.

558 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de análisis de integraciones empresariales (Trámites de pre-evaluación)*, Bogotá, 2019, p. 13.

559 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de análisis de integraciones empresariales (Trámites de pre-evaluación)*, Bogotá, 2019, p. 13.

Jiménez Valderrama, Fernando, *Derecho de la competencia*, Legis, Bogotá, 2019, p. 64.

dentro del oligopolio bilateral compuesto por EPS e IPS, lo cual llegó a su paroxismo durante el 2006. Esto se reflejó en la Ley 1122 del 2007, que limitó a las EPS a no contratar más del 30% del valor del gasto en salud directamente o por intermedio de terceros, con sus propias IPS. Además de este techo del 30%, las EPS del régimen subsidiado tienen que gastar por lo menos el 60% de sus gastos con hospitales pertenecientes a la red pública, lo cual, de manera diferente y más indirecta, constituye otro límite a la integración vertical.<sup>560</sup>

Para los mismos autores, si bien la Superintendencia Nacional de Salud expidió normas que han permitido la creación de bases de datos que podrían facilitar el seguimiento de las normas de integración, en la práctica existen mecanismos que no son tomados por las autoridades como integración vertical, por ejemplo, las cajas de compensación y su participación en varios puntos de la cadena de valor de la prestación de los servicios de salud<sup>561</sup>.

Otro sector en el que se presenta la integración vertical es el educativo, particularmente, en la cadena de suministros por razones como las economías de escala, los costos de transacción y la posibilidad de ofrecer servicios de distintos niveles, pero complementarios (educación básica, media, pregrados y posgrados). Para Forero y Ramos<sup>562</sup> hay varios tipos de integración vertical: i) hacia atrás, cuando las instituciones de educación superior se integran con “proveedores de estudiantes” (colegios). Fenómeno que, en el caso de las universidades públicas, se da cuando los estudiantes que ingresan a sus aulas son direccionados desde colegios estatales. Estos autores mencionan como ejemplos de integración aquellos casos en los que se hacen convenios con colegios para fortalecer los conocimientos en matemáticas y ciencias naturales con el fin de prepararlos para que puedan aspirar a estudiar una carrera de ingeniería y, de esta forma, disminuir las brechas de conocimientos. ii) Integración vertical hacia el centro que hace referencia a las oficinas de cooperación y relaciones internacionales de las universidades en las que se gestionan procesos de intercambios de docentes y estudiantes. También serían casos de integración vertical hacia el centro los procesos y proyectos de investigación en temas específicos que permiten, además, recibir financiación externa. iii) Integración vertical hacia adelante, respecto de la cual los autores mencionan que:

Otro caso importante son los sistemas de educación a distancia; en ellos se incorporaron centros de producción, medios y sistemas de información para crear materiales propios para la enseñanza, ya sea en su componente a distancia o en el virtual (Matallana y Torres, 2011). Respecto a la integración vertical hacia adelante se resaltan casos como la creación de iniciativas de formación de empresas producto de emprendimientos que surgen en el interior de las instituciones educativas y la creación de editoriales universitarias con venta directa de su producción (Lau, 2007). En cuanto a las primeras, el caso más destacado es cuando la institución educativa hace parte de una incubadora de empresas, que cuenta además con la participación de otras entidades públicas y privadas e inversionistas, un ejemplo es el caso de la Universidad de Antioquia (Secretaría de Educación para la Cultura de Antioquia, 2011). Otro caso de integración vertical hacia adelante es el de las escuelas de formación militar que integran la formación

560 Bardey, David y Buitrago Giancarlo. “Integración vertical en el sector colombiano de la salud”, *Revista Desarrollo y Sociedad*, 2016, 77, p. 253, <https://doi.org/10.13043/dys.77.6>

561 Bardey y Buitrago. “Integración vertical”, p. 254.

562 Forero y Ramos. “La integración vertical”.

militar y la formación profesional y desarrollan programas de pregrado y postgrado para la educación de sus miembros.<sup>563</sup>

Finalmente, están las formas de integración por conglomerados, que no dependen de la existencia de empresas que sean competidoras y hagan parte del mismo sector económico o industrial (integración horizontal) o de una misma cadena de valor (integración vertical), sino que son distintas en cuanto a su objeto o a las actividades que desarrollan. Estas se caracterizan porque i) hay una situación de control que dará lugar a la existencia de un grupo y porque ii) existe unidad de propósito y dirección. Para Vaie Lustgarten:

Es frecuente que en este tipo de integraciones forma parte de una sociedad denominada *holding*, que usualmente es la matriz de un portafolio de empresas no relacionadas y cuyo principal propósito es distribuir entre sus accionistas los beneficios de la rentabilidad de las inversiones en sus sociedades filiales y subsidiarias. La integración al portafolio de inversiones de una sociedad *holding*<sup>564</sup> de una empresa de transporte aéreo y una farmacéutica es un ejemplo de integraciones de conglomerado.<sup>565</sup>

Se debe advertir que entre las excepciones al deber de informar una situación de integración que pueda afectar la competencia está la del control dentro de los grupos empresariales. Así, para la Superintendencia de Industria y Comercio, “las empresas que se integren, fusionen o reorganicen y puedan acreditar la existencia de Grupo Empresarial o en las que las intervinientes se encuentren bajo una misma unidad de control en los términos artículo 261 del Código de Comercio, estarán exentas del deber de notificación e información ante la SIC, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 4 de la Resolución No.10930 de 2015”<sup>566</sup>.

### 3. OBLIGACIONES CONTABLE-FINANCIERAS DERIVADAS DE LA CONFIGURACIÓN DE UN GRUPO EMPRESARIAL

En cualquiera de las dos situaciones, grupo de subordinadas o grupo empresarial, se adquiere la obligación de que cuando “se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control”<sup>567</sup>.

Esta inscripción, que se hace ante la cámara de comercio, quedará registrada en el certificado de existencia y representación legal, de manera que la situación de control sea de público conocimiento. De hecho, estos registros son la principal fuente de información respecto a la cantidad

563 Forero y Ramos. “La integración vertical”, p. 273.

564 En Colombia no existe un concepto jurídico de *holding* que, además, debe distinguirse del de grupo empresarial. Al respecto, se puede consultar el libro de Andrés Gaitán Rozo, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, página 72.

565 Vaie Lustgarten, *Fusión y escisión*, p. 18.

566 Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de análisis*, p. 11.

567 Ley 222 de 1995. Artículo 30.

de empresas en esta situación. Es así que en 2011, en una solicitud de información a las 57 cámaras de comercio del país hecha por la Superintendencia de Sociedades, se encontró que desde la expedición de la Ley 222 de 1995 “existen registrados 2.224 grupos que tienen 4.989 empresas subordinadas. En Bogotá se concentra el 67% de las matrices o controlantes, es decir, dos terceras partes del total”<sup>568</sup>. Así mismo, “las cifras indican que el 52% de estas organizaciones se han registrado en las Cámaras de Comercio como situaciones de control y el 48% como grupos empresariales, es decir, el nivel de integración está dividido en cerca de la mitad para cada uno de los casos”<sup>569</sup>. Con relación a esto se pueden mencionar los cuatro grupos tradicionales del país: la Organización Ardila Lülle, el Grupo Santo Domingo, la Organización Luis Carlos Sarmiento Angulo y el Grupo Empresarial Antioqueño.

Otra de las obligaciones que se adquiere es la contemplada en el artículo 35 de la Ley 222 de 1995: “La matriz controlante, además de preparar y presentar estados financieros de propósito general individuales, deben preparar y difundir estados financieros de propósito general consolidados, que presenten la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen los de un solo ente”.

Acorde con esta obligación se encuentra el estatuto tributario, que señala que “a más tardar el treinta (30) de junio de cada año, los grupos económicos y/o empresariales, registrados en el Registro Mercantil de las Cámaras de Comercio, deberán remitir en medios magnéticos, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sus estados financieros consolidados, junto con sus respectivos anexos”<sup>570</sup>.

Al respecto, y teniendo en cuenta que el ejercicio contable consolidado de los grupos es fundamental para conocer su situación, se deben contemplar algunas limitaciones inherentes a este, como lo es el carácter histórico de los estados financieros. A pesar de que los estados financieros usualmente son primero solicitados y revisados por autoridades administrativas y por privados, no se puede olvidar que estos siempre reflejaran un valor histórico o en libros que puede llegar a ser incluso contrario al valor del mercado. También es posible encontrarse con dificultades por la naturaleza misma de lo que reflejan en la distinción entre activos tangibles e intangibles, pues a veces no se puede llegar a criterios objetivos sobre el precio de pertenencias tan importantes para un empresario como lo son su nombre y su reputación.

Existe una obligación prescrita únicamente para los grupos empresariales (los grupos de sociedades subordinadas se encuentran excluidos de esta). Se trata de un informe especial que debe ser presentado a “la asamblea o junta de socios, en el que se expresará la intensidad de las relaciones económicas existentes entre la controlante o sus filiales o subsidiarias con la respectiva

568 Superintendencia de Sociedades, *Comportamiento de los grupos empresariales del sector real de la economía. Informe*, Bogotá, 2012, p. 6.

569 Superintendencia de Sociedades, *Comportamiento de los grupos*, p. 10.

570 Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945, artículo 631-1.

sociedad controlada”<sup>571</sup>. Su contenido debe dar cuenta de las operaciones y decisiones de mayor importancia entre las sociedades controlantes y sus subordinadas.

Hay también una prohibición general de imbricación: “las sociedades subordinadas no podrán tener a ningún título, partes de interés, cuotas o acciones en las sociedades que las dirijan o controlen”<sup>572</sup> para evitar la confusión en el patrimonio real de las empresas, porque una reinversión de capital de parte de una subordinada hacia su controlante fácilmente generaría, en apariencia, una duplicidad del patrimonio, por lo que la sanción a estos negocios sería su ineficacia.

Por último, a nivel legislativo, junto con la Ley 222 de 1995, en la Ley 1116 de 2006, el régimen de insolvencia empresarial, se puede encontrar un mayor acercamiento a la figura de grupo empresarial, en especial en su artículo 61, que hace referencia a una presunción de responsabilidad para la matriz cuya subordinada se encuentre en situación de insolvencia:

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.<sup>573</sup>

#### 4. RAZONES ECONÓMICAS QUE JUSTIFICAN LA DECLARACIÓN DE UN GRUPO EMPRESARIAL Y LA SITUACIÓN DE CONTROL

Ahora se quiere llamar la atención hacia la razón de ser de los grupos empresariales dentro de la legislación colombiana. En consideración de los autores que son justamente los grupos empresariales, para lo cual se debe preguntar cuáles son los principios/derechos que se encuentran en tensión en la sociedad y de qué manera contribuye la figura de los grupos empresariales a generar un balance entre ellos.

Ya en 1937 Ronald Coase, en su artículo *Naturaleza de la Firma*, daría una razón para crear firmas y expandirlas. En el texto dice brevemente que las asimetrías de la información generan costos de transacción que pueden ser internalizados por las firmas, y que “una empresa tenderá a expandirse hasta que los costos de organizar una transacción adicional dentro de la empresa sean iguales a los costos de realizar la misma transacción a través de un intercambio de mercado abierto o los costos de organizarse en otra empresa”<sup>574</sup>.

De manera que si una empresa que se encuentra constantemente en la disyuntiva de comprar insumos o producirlos, es decir, salir al mercado a comprar o internalizar el proceso, y se decide por

571 Ley 222 de 1995. Artículo 29.

572 Código de Comercio. Artículo 262.

573 Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494, artículo 61.

574 Coase, Ronald. “The Nature of the Firm”, *Económica*, 1937, 4, (16), p. 395.

la segunda opción, estaría optando por crecer y continuar haciéndolo hasta el punto reseñado por Coase. En la medida en que busque crecer, la empresa podrá integrar a su operación incluso a otras empresas. Es en ese momento en el que se puede estar ante la presencia de “grupo de empresas”.

Lo anterior desde lo económico. Desde lo legal se dirá que este ejercicio de crecimiento empresarial está respaldado, en el caso colombiano, por preceptos como los fines mismos del Estado en el preámbulo y en los artículos 58 y 333 de la carta política<sup>575</sup>: “asegurar a sus integrantes [...] un orden político, económico y social justo”; la garantía de la propiedad privada “se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, o la garantía de que

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstacuya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional [subrayado fuera del texto]. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Por otra parte, el crecimiento y las dinámicas propias de dichos grupos de empresas pueden representar ciertos riesgos, por lo cual “debe reconocerse que, en la práctica, existe un riesgo potencial de que se abuse de los beneficios propios de la estructura de grupo. El beneficio de la limitación de responsabilidad, sumado a la oportunidad de los accionistas controladores de la compañía matriz de ejercer influencia sobre las decisiones de las compañías receptoras de la inversión, puede suscitar conductas abusivas, en perjuicio de los terceros y de los accionistas minoritarios”<sup>576</sup>.

Así mismo, se puede considerar que “la revelación de la situación de control o de grupo empresarial es de interés público, por cuanto existe un riesgo para las diferentes personas que interactúan con las sociedades, cuando no se conoce la identidad de los controlantes y de todas las entidades vinculadas”<sup>577</sup>.

Con relación a los riesgos, en un estudio de derecho comparado sobre grupos empresariales en Latinoamérica se encontró que las principales finalidades de las legislaciones sobre estos son:

- Informar al público sobre las relaciones de control y la existencia de grupos de empresas.
- Proteger a los terceros que contratan con las empresas del grupo.
- Prevenir los abusos contra los accionistas minoritarios.

575 Constitución Política de Colombia. (1991). Editorial Temis.

576 Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Temis S.A., Bogotá, 2004, p. 529.

577 Circular Externa 100-000003. Superintendencia de Sociedades. Plan de Normalización del Registro de Situaciones de Control y Grupos Empresariales. (Marzo 26 de 2021).

- Establecer los casos de ampliación de la responsabilidad respecto de los demás partícipes del grupo. De manera especial, se ha pretendido regular la responsabilidad de la matriz frente a la insolvencia de las subordinadas.<sup>578</sup>

Estos elementos permiten observar que las finalidades comunes de las legislaciones dan cuenta de riesgos comunes a todas las legislaciones. La regulación de los grupos empresariales se convierte en un mecanismo para prevenir y proteger la ocurrencia de conductas que pueden afectar a una enorme cantidad de principios/derechos de la legislación colombiana.

Al respecto, y con motivo de la aprobación en Colombia del acuerdo de los términos de la adhesión a la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y de la promoción del Plan de Normalización del Registro de Situaciones de Control y Grupos Empresariales, la Superintendencia de Sociedades manifestó:

El legislador, como parte del orden público económico, considera de suma importancia conocer las personas que ejercen el control de las estructuras societarias, no sólo para establecer adecuados controles al régimen de propiedad en cumplimiento de su función social y lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo, sino también para otros aspectos societarios que implican el levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la persona jurídica, la responsabilidad subsidiaria o solidaria de la matriz y los socios en eventos de insolvencia, o cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, así como para la comprobación de la realidad de las operaciones celebradas entre una sociedad y sus vinculados.<sup>579</sup>

Aunque por un lado está la dinámica de crecimiento empresarial mencionada, que es amparada por normas incluso de rango constitucional, existe el riesgo de abuso de las facultades de los grupos de empresas, lo que genera tensión respecto de los derechos/principios de otros (público, terceros, accionistas y acreedores en caso de insolvencia). Sin embargo, esta tensión puede ser balanceada con la legislación y con restricciones propias de la figura de grupos empresariales.

## 5. CONCLUSIONES

El AED tiene una importante multiplicidad de escuelas, lo que no es un indicio de contradicción o desacuerdos, sino la muestra del enriquecimiento en herramientas teóricas que, desde sus inicios en el siglo xx hasta la actualidad, han permitido ampliar el marco conceptual sobre el que se trabaja la intrincada relación entre economía y derecho.

La limitación de la responsabilidad, como una característica de algunos tipos societarios, ha sido un elemento de tal importancia en la dinamización de los negocios que la concepción de las sociedades de responsabilidad limitada llegó a ser considerada un gran descubrimiento.

578 Gaitán Rozo, *Grupos empresariales*, p. 44.

579 Circular Externa 100-000003. Superintendencia de Sociedades.

En el caso colombiano, y a pesar de contar con esta misma noción en algunos de sus tipos societarios, la concepción y promoción de la S.A. S. tiene este efecto, marca un antes y un después en la dinamización del panorama societario del país.

Con esta dinamización también aumentaron los riesgos. Algunos de ellos relacionados con los grupos empresariales que, a pesar estar contemplados en la legislación desde la década de los noventa, con la reciente entrada del país a la OCDE ha resurgido la necesidad de reducirlos y controlarlos debido a los compromisos adquiridos.

Es una de las funciones del derecho mercantil y, específicamente, del derecho societario, lograr un balance adecuado entre las tensiones que se generan al confrontar determinados valores. La regulación de los grupos empresariales es una de las herramientas para lograrlo, contemplando valores como la libertad de empresa y el respeto por la propiedad privada, pero protegiendo a terceros y promoviendo la publicidad y transparencia.

## REFERENCIAS

- Bardey, David y Buitrago, Giancarlo. “Integración vertical en el sector colombiano de la salud”, *Revista Desarrollo y Sociedad*, 2016, 77, pp. 231-262. <https://doi.org/10.13043/dys.77.6>
- Circular Externa 100-000003. Superintendencia de Sociedades. Plan de Normalización del Registro de Situaciones de Control y Grupos Empresariales. (Marzo 26 de 2021).
- Coase, Ronald. “The Nature of the Firm”, *Económica*, 1937, 4, (16), pp. 386-405.
- Código de Comercio. Decreto [Ley] 410 de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio. Marzo 27 de 1971. DO. N.º 33339.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 24 de septiembre de 2019. Radicación interna 2420, n.º único: 11001-03-06-000-2019-00094-00. [Consejero Ponente: Édgar González López].
- Constitución Política de Colombia. (1991). Editorial Temis.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.
- Decreto 624 de 1989. Por el cual se expide el estatuto tributario de los impuestos administrados por la dirección general de impuesto nacionales. Marzo 30 de 1989. DO. N.º 51945.
- Forero, Diana Elvira y Ramos, Juan Carlos. “La integración vertical en la cadena de abastecimiento de las instituciones de educación superior en Colombia”, *Criterio Libre*, 2015, 13, (22), pp. 255-278.
- Franco Mongua, Javier Francisco y Rey Guerrero, Diego Fernando, “Análisis económico de la competencia desleal: el caso colombiano y la revisión de la norma argentina”, en *Competencia desleal. Análisis del Decreto 274/2019*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019, pp. 439-464.
- Franco Mongua, Javier Francisco y Rey Guerrero, Diego Fernando. “El control societario en Colombia: la internacionalización de filiales y subordinadas por los grupos empresariales”, *Con-texto*, 2018, (48), pp. 59-81.
- Franco Mongua, Javier Francisco, *Deontologismo y Consecuencialismo. Visiones y actuaciones de economistas y juristas*, Universidad Libre, Bogotá, 2011.
- Gaitán Rozo, Andrés, *Grupos empresariales y control de sociedades en Colombia*, Superintendencia de Sociedades, Bogotá, 2011.

- Harford, Tim. “Por qué las sociedades de responsabilidad limitada son consideradas uno de los grandes inventos de la historia”, en BBC Mundo, 2017, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-40732589> consulta de marzo 22 de 2022.
- Jiménez Valderrama, Fernando, *Derecho de la competencia*, Legis, Bogotá, 2019.
- Ley 155 de 1959. Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas. Diciembre 24 de 1959. DO. N.º 30138.
- Ley 1014 de 2006. De fomento a la cultura del emprendimiento. Enero 26 de 2006. DO. N.º 46.164.
- Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006. DO. N.º 46494.
- Ley 1258 de 2008. Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diciembre 5 de 2008. DO. N.º 47194.
- Martínez Neira, Néstor Humberto, *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Legis S.A., Bogotá, 2014.
- Murillo Ospina, Diana Milena *et al.*, “Modelo de asociatividad empresarial para unidades de negocio del subsector maderero”, en *Estudios institucionales, empresariales y económicos*, Universidad Santiago de Cali, Cali, 2020.
- Nicholson, Walter, *Teoría microeconómica. Principios básicos y ampliaciones*, octava edición, Thompson, España, 2005.
- Pindyck, Robert S. y Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomía*, quinta edición, Pearson Prentice Hall, Madrid, 2001.
- Posner, Richard, *El análisis económico del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2013.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Análisis Económico del Derecho Societario*, Legis S.A., Bogotá, 2013.
- Reyes Villamizar, Francisco, *SAS. La sociedad por acciones simplificada*, Legis S.A., Bogotá, 2018.
- Reyes Villamizar, Francisco, *Derecho Societario*, Tomo I, Temis S.A., Bogotá, 2004.
- Rodríguez-Satizábal, Beatriz E., “Grupos económicos en Colombia (1974-1998): entre pequeña empresa familiar y gran familia de empresas”, en *Grupos económicos y mediana empresa familiar en América Latina*, Universidad del Pacífico, Buenaventura, 2014”title”:”Grupos económicos en Colombia (1974-1998.
- Smith, Adam, *La Riqueza de las Naciones*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de análisis de integraciones empresariales (Trámites de pre-evaluación)*, Bogotá, 2019.
- Superintendencia de Sociedades, *Comportamiento de los grupos empresariales del sector real de la economía. Informe*, Bogotá, 2012.
- Vaie Lustgarten, Salomón, *Fusión y escisión de sociedades*, Temis, Bogotá, 2014.

