

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DE LAS SOCIEDADES MATRICES RESPECTO DE LAS SUBORDINADAS: ESTUDIO COMPARADO ENTRE LA DOCTRINA COMERCIAL Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

JENNY PAOLA MORENO MARTÍNEZ*
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

RESUMEN

La investigación se ocupara de un tema controversial en el derecho societario, relacionada con la responsabilidad subsidiaria de las sociedades matrices respecto de sus subordinadas, a través de un estudio jurisprudencial y doctrinal comparado; partiendo, de que, la responsabilidad es subsidiaria cuando, las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante hayan sido en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas.

Palabras claves: acción de tutela, constitucionalización del derecho privado, derecho privado, derecho societario, precedente judicial, tribunal constitucional.

ABSTRAC

The research taken a controversial issue in corporate law , as the vicarious liability of the parent companies in respect of their subordinates, because discrepancies have emerged between the constitutional jurisprudence and doctrine; the first posture assumed responsibility for his subordinate matrix due his bankruptcy proceedings , while the second position , argues that this responsibility is subsidiary when the actions that have made the parent or controlling company have been under the subordination and interest of this or any of his subordinates.

Keywords: constitutional action, constitutionalization of private law, private law, corporate law, judicial precedent, expedited constitutional court

*MORENO MARTÍNEZ, Jenny Paola. Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, sede Bogotá D.C., Analista de ratificación y pre jurídico banco Caja social. E:mail. jennypaola_5.2@hotmail.com

SUMARIO

Introducción. **I.** DE LAS SOCIEDADES. **II.** TEORIA DEL CONTROL JURÍDICO Y ECONÓMICO. **III.** RESPONSABILIDAD. **IV.** PROPUESTA. CONCLUSIONES, Referencias



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

INTRODUCCIÓN

Debido al incremento del comercio mundial, diferentes empresas, con un gran poder económico y de fuerte influencia mundial, requieren diversificar su accionar en diferentes áreas del mercado, y en esa medida, crean nuevas filiales con distintos objetos sociales pero dependientes, tanto económica como de poder decisorio, de ella (López, 2011).

Como consecuencia de lo anterior, surgieron los grupos empresariales, y con ellos las sociedades matrices o controlantes, que pueden ser uno o varios individuos o personas jurídicas, nacionales o extranjeras; y la sociedad subordinada o subordinadas.

En este sentido, la 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” (p. 1) define la figura jurídica de las sociedades subordinadas en su artículo 26 de la siguiente forma:

Artículo 26. SUBORDINACION. El artículo 260 del Código de Comercio quedará así: Artículo 260. 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 control ante, 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 (p. 5).

En virtud del artículo transcrito, el control de una sociedad sobre otra existe, en la medida en que, el poder de decisión de una sociedad subordinada o controlada se encuentre sometida a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante.

De lo anterior se infiere, que del actuar de las sociedades matrices se puede derivar una serie de obligaciones para las subordinadas previstas en los artículos 29 al 33 de la misma (Ley 222 de 1995).

En relación con las obligaciones de las sociedades matrices respecto de sus subordinadas, han surgido diferentes puntos de vista en relación con la responsabilidad subsidiaria de las primeras respecto de las segundas. En efecto, de acuerdo a algunos doctrinantes*, el párrafo del artículo 61 de la Ley 1116 de (2006) “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones” (p. 1) consagra una simple presunción del nexo causal de la responsabilidad subsidiaria frente a terceros:

Artículo 61. 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... (p.15).

Es de desatacar, que la mencionada responsabilidad subsidiaria admite prueba en contrario, por tanto, el demandado deberá acreditar que la situación de insolvencia o de liquidación judicial obedeció a una causa extraña a la subordinación.

No obstante, desde el punto de vista jurisprudencial, la Corte Constitucional ha variado su posición en diferentes ocasiones con respecto de lo afirmado anteriormente, siendo la Sentencia SU-1023 de (2001) las más polémica, por

* Esta posición la comparten importantes doctrinantes como Francisco Reyes Villamizar, Carlos Dario Barrera y Fernando Silva García.

cuanto que, en la misma sostuvo que el accionista mayoritario de una sociedad anónima en liquidación obligatoria debía suministrarle a su filial los recursos necesarios para cubrir todas las pensiones de jubilación que aquella adeudara. Con lo anterior, la Corte afirmó esta postura jurídica luego de considerar que existía una responsabilidad presunta y temporal de la matriz por las obligaciones de la compañía controlada.

El presente trabajo consta de tres capítulos, en el primer capítulo se trata aspectos generales de las sociedades, así como el levantamiento del velo corporativo. En el segundo capítulo, se estudia la teoría del control jurídico y económico en las sociedades, pasando por la revisión de aspectos de la sociedad matriz y las sociedades subordinadas, así como la conformación de los grupos empresariales.

En el capítulo III, se estudiara la responsabilidad de las sociedades, y en especial, de la sociedad matriz con la o las sociedades subordinadas. Este capítulo reviste especial importancia, ya que en él, y en el capítulo IV, que contiene la Propuesta, se expondrán los puntos de vista esgrimidos por la doctrina comercial y la jurisprudencia constitucional, haciendo estudio comparado del mismo.

Partiendo de lo mencionado hasta el momento, mediante el presente trabajo se pretende presentar el estado actual normativo, doctrinal y jurisprudencial de la responsabilidad de las matrices respecto de las sociedades subordinadas en proceso concursales, así como fijar un concepto sobre la misma.

I. DE LAS SOCIEDADES

1.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE LAS SOCIEDADES

La libertad de asociación se encuentra contemplada en la Constitución Política de Colombia de 1991 en su art. 38, como uno de los pilares fundamentales del

Estado Social de Derecho pues “se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad” (p. 21)..

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-792 de (2002) ha establecido que este derecho goza de dos facetas:

En virtud de este derecho se reconocen dos facultades. De una parte, la facultad de integrar organizaciones reconocidas por el Estado, con capacidad para adquirir derechos y obligaciones y para emprender proyectos económicos, sociales, culturales o de cualquier otra índole y, de otro lado, la facultad de no formar parte de determinada organización. **De ese modo, el derecho de asociación posee una doble dimensión. Una que se manifiesta mediante la integración o el acceso a una organización conformada con cualquiera de esos propósitos y otra que se manifiesta negándose a hacer parte de una organización determinada o desvinculándose de ella.** Las dos facultades han sido objeto de reconocimiento constitucional pues constituyen un legítimo ejercicio tanto de la cláusula general de libertad como de las libertades de pensamiento, expresión y reunión (Negrilla fuera de texto) (p. 1).

En este sentido, y guardando completa armonía con el sentido de la norma constitucional referida, el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) en su artículo 98, establece que “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” (p. 35).

En consecuencia, puede afirmarse que todas las sociedades comerciales nacen de un acuerdo plurilateral de voluntades eminentemente consensual que, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (Linares, 2008).

Por consiguiente, en concordancia con el artículo 110 del C.Co., solamente al constituirse legalmente la sociedad, forma una persona jurídica distinta de los asociados individualmente considerados, por lo tanto, con el otorgamiento de la Escritura Pública, surge inmediatamente la persona jurídica, es decir con todos los atributos de la personalidad (Roa, 2012).

En este orden de ideas, al constituirse, con el cumplimiento de todas las formalidades, la sociedad forma una persona jurídica, que es distinta a la de los socios que la crearon, por tanto, como persona jurídica autónoma es sujeto de derechos y obligaciones, en efecto el Consejo de Estado – Sala de Consulta y de Servicio Civil , Radicación: 823 de (1996):

Lo anterior quiere decir que cumplidas las formalidades propias para la constitución de una sociedad mercantil, o de una empresa unipersonal adquieren personalidad jurídica distinta de los socios individualmente considerados; de consiguiente adquieren capacidad jurídica autónoma para actuar y contratar en su propio nombre con terceros, dentro del ámbito propio de su objeto previsto en sus estatutos.

La individualidad de la nueva persona jurídica permite calificarla y diferenciarla de sus miembros. Consecuencialmente su inscripción, calificación y clasificación en el registro único de proveedores es independiente de la que eventualmente puedan hacer sus socios como personas naturales o jurídicas (p. 1).

En concordancia con lo anterior, de acuerdo al artículo 99 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) 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 derivados de la existencia y actividad de la sociedad.

De igual forma, las sociedades comerciales en Colombia se encuentran regulados en el Código de Comercio, son: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita, la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima. No se debe olvidar, que si bien la sociedad por acciones simplificada no se encuentra regulada por el Código de Comercio, también hace parte del grupo de las sociedades mencionadas anteriormente, pues fue creada mediante la Ley 1258 de 2008 como una sociedad de carácter comercial (Reyes, 2013^a/2013b).

1.2 LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

La figura del levantamiento del velo corporativo se conoce en nuestro país como la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad, que opera cuando esta ha sido utilizada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros (Gil, 1998).

Así, en nuestra legislación existen las siguientes disposiciones que consagran la desestimación de la personalidad jurídica, a saber:

La Ley 190 de (1995) “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa” (p. 1). Dispone en su artículo 44 de “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta” (p. 5).

Igualmente el artículo 37 de la ley 142 de (1994) dispuso:

Desestimación de la personalidad interpuesta. Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta

quiénes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley (p. 10).

En materia de derecho societario, procedente desestimar la barrera de la personalidad jurídica en los eventos previstos en los artículos 49 numeral 8, 61, 82 y 83 Ley 1116 de (2006) así como los artículos 31 y 71 de la (Ley 222 de 1995)

De acuerdo a lo anterior, es jurídicamente viable debelar y retirar la protección que otorga la personalidad jurídica que le brinda una sociedad a sus socios, al principio de buena fe contractual generadora de un daño para con los terceros, con miras a exigir de los socios la reparación del mismo (Prieto, 2003).

De acuerdo al Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primer. (2014) Expediente 11001-03-15-000-2012-02311-01:

Si bien es cierto que al constituirse una sociedad se busca limitar la responsabilidad de los socios para que su patrimonio personal no pueda ser perseguido en un caso eventual, no lo es menos que si los accionistas utilizan la sociedad con la intención de defraudar los intereses de terceros mediante actuaciones maliciosas, desleales o deshonestas, es dable levantar el velo corporativo para que los mismos respondan con su propio patrimonio (p. 43).

Finalmente, frente a la figura del levantamiento del velo corporativo, la Corte Constitucional en Sentencia C-865 de (2004) expresó:

(.....) cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional

válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonestas de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. Al respecto, ha sostenido la doctrina: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto se pueden destacar (León, Rincón & López, 2010): (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*nemien laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio; (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordatos o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al párrafo del artículo 148 de la Ley 222 (1995); y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley (p. 39).

(.....)

26. 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 (pp. 40).

Entonces, de acuerdo al derrotero jurisprudencial y normativo expuesto, que el levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personalidad jurídica es una herramienta legal que permite ignorar la formación de la sociedad como una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, o que elimina los efectos propios de la existencia de la sociedad frente a la limitación de la responsabilidad de los socios que la conforman.

II. TEORÍA DEL CONTROL JURÍDICO Y ECONÓMICO

2.1 LA SOCIEDAD MATRIZ Y LAS SOCIEDADES SUBORDINADAS

De acuerdo al artículo 260 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de (1995) se considera 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

Las presunciones de subordinación Art. 261 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) corresponden al control interno por participación, al control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria o por tener el número de votos necesarios para elegir la junta directiva y al control externo.

Control interno por participación: Se verifica cuando se posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas.

Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria: Esta modalidad se presenta 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 junta directiva.

Control externo: Esta forma de control se verifica mediante el ejercicio de influencia dominante en la decisiones de los órganos de administración, en razón de un acto o negocio celebrado con la sociedad controlada o con sus socios, sin que se exija que los controlantes participen en el capital social de la subordinada. Se le reconoce en la doctrina como "subordinación contractual". Esta presunción tiene especial consagración en el parágrafo 1º del citado artículo, para el caso de las personas controlantes no societarias.

Estos presuntos tienen las siguientes características especiales:

a. No tienen carácter taxativo, es decir, pueden existir otras formas de control de acuerdo al concepto general del artículo 260 del Código de Comercio. Lo fundamental es la "realidad" del control, de tal manera que éste puede presentarse aún cuando se encuentre automatizado el capital social o el controlante no tenga la calidad de socio.

b. Son presunciones legales, luego los interesados pueden desvirtuarlas.

De igual forma, de acuerdo a la Superintendencia de Sociedades (2011) Concepto Jurídico 220-172780.

Puede existir diversidad de circunstancias de hecho que establecen la subordinación de cualquier sociedad por estar sometido su poder de decisión a la voluntad de otra u otras personas, y que dichas circunstancias determinantes del

control no se configuren en los supuestos legales descritos en el artículo 261 del Código de Comercio. En tales eventos también existirá la subordinación de una sociedad a su matriz o controlante, y por lo tanto en los términos señalados por la ley mercantil, existirá una situación de control o subordinación con todos sus efectos, privilegios y obligaciones (p.2).

2.2 GRUPO EMPRESARIAL

El artículo 28 de la Ley 222 de (1995) introduce en nuestra legislación mercantil el concepto de Grupo Empresarial. Conforme a este artículo, habrá grupo empresarial entre entidades cuando además del vínculo de subordinación, exista entre éstas unidad de propósito y dirección, de lo cual resulta claro que uno de los presupuestos para la configuración de un grupo empresarial es el referido vínculo, que, como vimos, se presenta cuando el poder de decisión de alguna o algunas de éstas (subordinadas o controladas) se encuentra sometido a la voluntad de las otras (controlantes o matrices), bien sea directamente o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz (Londoño & Costa, 2003).

Sus presupuestos de existencia son que además de existir la situación de control o subordinación, se verifique la unidad de propósito y dirección entre las entidades vinculadas. Se indica que existe tal 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. En materia de autoridades competentes en la Ley 222 de (1995) se faculta a las Superintendencias de Sociedades, Superfinanciera según el caso, para determinar la existencia del grupo empresarial cuando existan discrepancias sobre los supuestos que lo originan (Superintendencia de Sociedades, 2011a).

Los principales efectos que la Ley 222 de (1995) estableció para las situaciones de control son los siguientes:

- Consolidación de estados financieros (art. 35); el artículo 95 de la ley 488 de 1998 obliga a reportarlos al Departamento de Impuestos y Aduanas Naciones (DIAN) antes del 30 de junio de cada uno.
- Posibilidad de comprobar la realidad de las operaciones entre vinculadas (art. 31).
- Prohibición de la imbricación (art.32).
- Responsabilidad subsidiaria de los controlantes (parágrafo art. 148).

El artículo 30 de la Ley 222 de (1995) establece la obligatoriedad de inscripción en el registro mercantil de las situaciones de control o de los grupos empresariales. Esta se debe verificar mediante un documento privado de la entidad controlante, que debe contener la información relativa al nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. El documento debe presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta (30) días siguientes a la configuración de la situación de control o del grupo empresarial. La circular externa 30 del 26 de noviembre de (1997) de la Superintendencia de Sociedades desarrolla estos aspectos en particular.

En suma, se colige de lo anterior que, para que exista grupo empresarial se requiere de dos condiciones conjuntas: que existan entre las entidades vinculadas la calidad de controlante o matriz y de subordinada, para establecer esa relación de subordinación y en segundo lugar que la controlante ejerza un poder de dirección suficiente para lograr un propósito común. Se debe resaltar, la subordinación constituye el factor esencial para establecer la vinculación entre la matriz o controlante y sus filiales o subsidiarias, sin que necesariamente pueda derivarse per se, la existencia de un grupo empresarial, puesto que restaría

analizar la unidad de dirección y propósito que contempla el citado artículo 28 de la (Ley 222 de 1995).

Es importante precisar que, los grupos económicos se diferencian de los grupos empresariales en que estos últimos, además de la situación de subordinación, presentan unidad de propósito y dirección (DIAN, 1999).

III. RESPONSABILIDAD

3.1 DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

Como primera medida, se debe recordar, desde el punto del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) se dividen en dos grandes categorías societarias:

1. Las sociedades de personas, por aportes o cuotas, en las que se encuentran las limitadas, sociedades en comandita simple, colectivas y empresas unipersonales.
2. Las sociedades de capital o por acciones, entre las que encontramos: las anónimas, simplificadas por acciones (SAS), y comanditarias por acciones.

El primer grupo de sociedades, esto es las sociedades de personas, las cuales se basan en la confianza entre los socios, por lo que pueden limitar la admisión de nuevos asociados, y en caso de que alguno de ellos decida disponer de sus participaciones en el capital social, deberá contar con la aprobación de los demás socios y cumplir con las formalidades que para el caso se establecen en la legislación mercantil (Córdoba, 2006).

El artículo 358 el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) entrega la representación y la administración de la sociedad a los socios, pues señala que

para las sociedades limitadas “la representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y cada uno de los socios” (p. 101).

De esta manera, el Código de Comercio es claro en limitar la responsabilidad en que incurren los socios de las sociedades de capital, y también en mantener ilimitada la responsabilidad de los socios de las sociedades de personas (Reyes, 2013b).

Tanto en materia mercantil como laboral y tributaria, sólo en las sociedades de personas, los socios deben responder solidariamente por las obligaciones en que incurra la sociedad. De acuerdo a esto, el riesgo que corren los socios de una sociedad de capital es limitado, en tanto que el riesgo que corren los socios de una sociedad de personas es prácticamente ilimitado (Abdala, 2014).

De acuerdo a la Corte Constitucional en Sentencia C-831 (2010), “quien invierte en una sociedad de personas, está arriesgando no sólo su participación en la sociedad, sino su propio patrimonio, mientras que quienes invierten en sociedades de capital arriesgan sólo su participación en la sociedad, más no su patrimonio personal” (p.17).

En relación con la responsabilidad de los socios de las sociedades de personas, ésta se extiende igualmente a materias como la laboral y la tributaria. Al respecto, el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 de 1950), establece que: "son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión" (p. 5).

De igual forma, el artículo 794 del Estatuto Tributario (modificado por el artículo 30 de la Ley 863 de 2003), establece una responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad al expresar que:

En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable (p. 8).

Como conclusión preliminar, en las sociedades de personas la confianza personal y familiar se encuentran íntimamente relacionadas, por tanto, todos los socios actúan como administradores y en consecuencia todos tienen una responsabilidad solidaria e ilimitada por el manejo directo e inmediato de las operaciones y negocios sociales del ente societario.

En cuanto a las sociedades de capital o por acciones, su creación se realiza mediante la constitución de un capital social que permita la explotación económica de un proyecto en común o una empresa, por tanto, sus aportes se representan a través de acciones. Esta forma de organización societaria exige que la representación y administración no esté en cabeza de todos los socios, sino que, es necesario el nombramiento de administradores y revisores fiscales que promuevan y vigilen las actividades societarias.

El principal efecto en este tipo de sociedades, es que la persona queda desvinculada de las responsabilidades y obligaciones que asuma la sociedad. En las sociedades de capital una vez efectuados los aportes, los asociados pasan son cubiertos por el velo corporativo o carecen de importancia para los terceros, en

razón a que solamente responden hasta concurrencia de sus respectivas aportaciones o cuotas partes. Es la compañía la que responde hasta el límite de su patrimonio por las obligaciones que contraiga en desarrollo de su actividad social con terceros. Las obligaciones de los socios y sus derechos pertenecen a la esfera interna de la sociedad (velo corporativo),

No trascienden a los terceros que negocian con ella, y por virtud de la ley de circulación propia de las acciones, los accionistas de hoy pueden ser distintos de los de ayer y de los de mañana. Las acciones en que se divide el capital de una sociedad anónima, están representadas por títulos nominativos que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, éstas deben ser de igual valor y conferir idénticos derechos (Corte Constitucional, Sentencia C-831 de 2010, p.14).

En la actualidad, las sociedades de personas se encuentran en desuso, pues la esfera de la responsabilidad no favorece el avance mercantil globalizado, mientras que las sociedades por acciones permiten un mayor rango de acción, y la protección de los socios a través del velo corporativo.

3.2 DE LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD MATRIZ CON LA SUBORDINADA

Mediante el artículo 38 de la Constitución Política de (1991) se reconoce el derecho fundamental de asociación. Dicha disposición establece que, “[s]e garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”. (p. 21).

De igual forma, mediante el artículo 98 y siguientes del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) se estableció que:

[p]or 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.

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (p. 35).

De igual forma, una vez constituidas, crean una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, sin importar su carácter personal o de capital. Al respecto, los artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Ley 74 de (1968) y 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Ley 16 de (1972) establecen que el ejercicio del derecho de asociación tan sólo puede ser restringido por las causas establecidas en la ley.

Una vez creada la sociedad, dada su influencia en el mercado y con el ánimo de afianzar su posición de empresa en el ámbito comercial, y potencializar su capacidad de competitividad, se creó la figura de la sociedad matriz y las subordinadas (filiales y subsidiarias).

En virtud de lo anterior, en el Congreso de la República, se pretendió modificar el Libro II del Código Comercio, por lo cual se tramitó el Proyecto de Ley No 119-93 Cámara y 235-95 Senado, que dio vida a la Ley 222 de (1995) mediante la cual se establecieron beneficios para la actividad empresarial mediante la conformación de los grupos empresariales.

Como consecuencia de lo anterior, la mentada Ley 222 de (1995), *“por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio”*, sobre las sociedades comerciales, se expide, como un nuevo régimen de procesos concursales y cambió varios aspectos de las sociedades matrices y subordinadas.

El artículo 26 de esa ley subrogó el artículo 260 del Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) para establecer el principio fundamental de la subordinación de la siguiente manera:

Subordinación.- Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria. (p. 82).

De acuerdo a lo anterior, el poder de decisión de la sociedad subordinada se encuentra sometido a la voluntad de la sociedad matriz o controlante, en consecuencia, el poder de decisión de ambas se halla sujeto al criterio y dirección de una única sociedad: la matriz o controlante.

Ahora bien, los eventos legales en los cuales se presume la subordinación de sociedades fueron establecidos por el artículo 27 de la ley 222 de (1995) que subrogó el artículo 261 del Código de Comercio, a saber:

Presunciones de subordinación.- Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tenga 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 (p. 83).

El artículo anterior, especifica los supuestos de subordinación para el control sociedad sobre otra, bajo las siguientes modalidades:

- **Control interno por participación:** Se verifica cuando una sociedad posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital en la subordinada, sea directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, o las subordinadas de estas. (Núm. 1, art. 261 del C.Co.).
- **Control interno por el derecho a emitir votos constitutivos de mayoría mínima decisoria:** Esta situación se presenta 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 junta directiva, si la hubiere. (Núm. 2, art. 261 del C.Co.).
- **Control externo:** Esta forma 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 con sus socios. (Núm. 3, art. 261 del C.Co.).

De igual forma, el control externo indirectamente, conforme a los supuestos previstos de control, se configura cuando éste es ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, sea directa o indirectamente, conforme a los supuestos previstos de control (Parágrafo 1, art. 261 del C.Co.), siempre que se verifique que el controlante, en cualquier caso:

- Posea más del cincuenta por ciento (50%) del capital.
- Configure la mayoría mínima decisoría para la toma de decisiones.
- Ejercza influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

También se admite la subordinación societaria indirecta cuando el control sea ejercido por intermedio o con el concurso de las entidades de naturaleza no societaria (Parágrafo 2, art. 261 del C.Co.).

Dado el impacto en la economía y las relaciones empresariales que se deriva de las situaciones de control societario ejercido por empresas sobre otras, la Ley 222 de (1995) estableció la noción de grupo empresarial en el artículo 28, el cual dispuso:

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

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

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan (p.14).

De acuerdo a lo anterior, la declaratoria de control y de grupo empresarial implica efectos de las actividades de matrices y subordinadas en relación con terceros, por tanto, cuando al vínculo de subordinación, se agrega una unidad de propósito y dirección de las sociedades, de acuerdo con el objetivo trazado por la matriz o controlante, se configura un grupo empresarial, en el cual convergen las decisiones de las subordinadas.

Ahora bien, el legislador al reglamentar las situaciones de control no desconoció los efectos relacionados a la responsabilidad subsidiaria de la matriz frente a las subordinadas, en especial en los procesos concursales, y en su momento el párrafo del artículo 148 de la mentada Ley 222 de (1995) estipuló:

Parágrafo.- Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente (p. 49).

Tiempo después, el anterior párrafo fue derogado por la Ley 1116 de (2006) la cual en su artículo 61 lo reprodujo casi textualmente de la siguiente forma:

Art. 61. De los controlantes. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que

la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años (p. 15).

A diferencia de lo estatuido en el párrafo del artículo 148 de la precitada Ley 222, la competencia para conocer de este proceso, se le asigna a la Superintendencia de Sociedades por medio del procedimiento abreviado, y se establece un término de caducidad de la acción de cuatro años.

Se colige de lo anterior, que no se encuentra consagrada por la simple relación de subordinación la responsabilidad solidaria de la matriz o controlante frente a las obligaciones de la controlada. No obstante, el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, (anterior párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995) establece la responsabilidad subsidiaria de las matrices o controlantes en los casos de concordato o liquidación obligatoria de las subordinadas. Se invierte la carga de la prueba a través de una presunción de manera que la matriz puede demostrar que la situación concursal no se produjo por actuaciones derivadas del control (Galgano, 2009).

IV. PROPUESTA

El Derecho societario colombiano, al ser de naturaleza comercial, y con respecto de los conflictos que de él se deriven, son de conocimiento, de la jurisdicción ordinaria.

No obstante, algunos casos han llegado a la Corte Constitucional, vía tutela, la cual, mediante sus fallos, ha creado un foco de inseguridad jurídica en el desarrollo del derecho societario.

Al respecto, de acuerdo al tratadista Reyes (2008) el anterior fenómeno se debe a dos factores “ primero, la falta de rigor de muchas de las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional y, segundo, la inercia del legislativo en su deber de contrarrestar precedentes judiciales que afecten las condiciones básicas de la inversión en una economía de mercado” (p. 65).

EL fenómeno descrito anteriormente, se debe a las vicisitudes que surgen entre la doctrina y la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional sobre la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz respecto de la subordinada en procesos concursales, con lo cual, se han creado nefastos efectos en los regímenes societario y concursal.

La actividad mercantil que ha surgido a partir de la globalización e internacionalización de la economía, tienen como punto de partida los grandes grupos de sociedades formados a lo largo del planeta.

En este sentido, se puede hablar de conglomerados empresariales, que no es más que la unión de varias sociedades para desarrollar un objeto común, tal como lo afirma el doctrinante Narváez (1997):

El ámbito de acción de los conglomerados es inconmensurable, pues con una dirección centralizada, se expanden en diversas actividades económicas y variados campos tecnológicos. Las sociedades que los conforman intercambian servicios piramidales dentro de un complejo manipuleo de acciones, valores e intangibles (p. 35).

De esta manera, el ámbito comercial de nuestro país debe colocarse a la par de los fenómenos económicos, con lo cual, indudablemente trajo consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico societario, por lo cual, se consideró que “ [!]os grupos de interés económico han irrumpido en el tráfico económico de las últimas

décadas. Es un fenómeno que se advierte en las principales relaciones de producción y distribución. El gran impacto que de ellos deriva para la economía y las relaciones interpersonales hacen necesario su examen jurídico” (Vallejo, 1993, p. 81).

Con base en lo anterior, la nueva realidad en materia comercial, y societaria principalmente, se vio modificada por la teoría del control jurídico y económico ejercido por una sociedad matriz o controlante frente una a una dependiente o subordinada.

Conforme a lo anterior, Reyes (1999) conceptúa:

El nuevo estatuto implicaría, a no dudarlo, un régimen más estricto en materia de sociedades matrices y subordinadas. No solamente se han refinado las hipótesis de subordinación anteriormente existentes, sino que, además, se han establecido nuevos efectos derivados de las situaciones de control. Por lo demás, se ha establecido la necesidad de darle publicidad a los vínculos de subordinación entre sociedades comerciales, se ha regulado la figura del grupo empresarial, se ha reiterado la obligación de consolidar cuentas sociales y la prohibición de las operaciones de imbricación. A parte de las anteriores innovaciones, se ha introducido un principio de subsidiariedad en la responsabilidad de las matrices, para los casos de concordato de filiales o subsidiarias (p. 149).

Es por ello, que el legislador se dio la tarea de regular los presupuestos que configuran el fenómeno de la subordinación, entendida ésta como “las manifestaciones de pérdida de autonomía, desde las más simples y sutiles hasta las más ostensibles de predominio económico, financiero o administrativo por parte de otra sociedad que se llama matriz...” (Narváez, 1997, p. 36) no desconoció que de la existencia de situaciones de control traen como consecuencia efectos atinentes a la responsabilidad subsidiaria de la matriz frente a sus subordinadas en los procesos concursales.

En esa medida, la responsabilidad de la sociedad matriz respecto de la subsidiaria, el ordenamiento jurídico patrio no desconoció los efectos que surgen a partir de ésta, por tanto, fundamento dicha responsabilidad en el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de (1995) y en el artículo 61 de la (Ley 1116 de 2006).

El párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de (1995) calcado casi exactamente en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, establece una responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz frente a la sociedad subordinada, no obstante, dicha responsabilidad subsidiaria admite prueba en contrario, por tanto, a la matriz le corresponde probar que la situación concursal no se produjo como consecuencia de sus actuaciones derivadas del control.

En este orden de ideas, el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de (1995) y el artículo 61 de la Ley 1116 de (2006) en palabras de Reyes (2008):

Consagra una regla según la cual se permite la desestimación de la personalidad jurídica en contextos grupales cuando las maniobras adelantadas por una compañía matriz hubieran causado un daño en un proceso concursal de una sociedad controlada. Las obligaciones insolutas que resultaren en ese proceso deberían ser cubiertas por la compañía matriz o controlante (p. 67).

En este sentido, Gaitán y Salazar (2010) reafirma la presunción de responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz respecto de sus subsidiarias establecida en el artículo 82 de la Ley 1116 de (2006):

Con base en esta presunción se da una inversión en la carga de la prueba, de tal forma que es a la matriz a quien le corresponde probar que la situación concursal no se produjo como consecuencia de actuaciones derivadas del control. Es este caso otro aspecto en el que también se aprecia una gran diferencia con la responsabilidad de los socios, en donde la carga la tienen los demandantes, salvo la excepción consagrada en el artículo 82 de la Ley 1116

de 2006, al señalar: 'En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente' (p.22).

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido uniforme respecto de la mentada responsabilidad, en efecto, en un primer pronunciamiento declaro exequible mediante la Sentencia C-510 de (1997) el parágrafo del artículo 148 de la (Ley 222 de 1995).

En ésta sentencia, la Corte Constitucional (1997) define la subordinación como: “

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 (p. 6).

En el mismo sentido, la Corte Constitucional (1997) en esta sentencia, establece que el principio de responsabilidad de la matriz respecto de las subsidiarias establecido en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 es subsidiaria:

[...] no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados (p. 7).

La anterior posición establece una presunción de responsabilidad en cabeza de la sociedad matriz o controlante con sus subordinadas, la cual exige que las causas

del concurso de las segundas hayan sido consecuencia de las decisiones de la primera.

Finalmente, la Corte Constitucional (1997), establece que esta responsabilidad “[s]e trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos” (p. 7).

Hasta el momento, la Corte Constitucional era consecuente con la legislación y la doctrina mercantil sobre el tema, no obstante, en posteriores pronunciamientos, se fijó una posición adversa a la expuesta.

La Corte Constitucional en Sentencia SU-1023 de (2001) trató el tema de la responsabilidad de matrices respecto de pasivos insolutos de sociedades subordinadas.

En esta sentencia, analizó el caso en el que un grupo de pensionados perseguía el pago de sus mesadas pensionales por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. CIFM, que se encontraba en trámite de liquidación obligatoria.

En esta ocasión, la Corte Constitucional (2001), le ordenó a la matriz del Fondo Nacional de Cafeteros (Flota Mercante S.A. CIFM), atender al pago inmediato de las mesadas pensionales. Al respecto la Corte adujo lo siguiente:

Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del

Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante.” (Corte Constitucional Sentencia SU-1023 , 2001, p.17)

En la sentencia mencionada, la Corte incurrió en varios desaciertos y yerros jurídicos, tal como lo expone el tratadista Reyes (2008):

Tanto las determinaciones que se adoptan como sus fundamentos en derecho resultan de compleja interpretación, debido a la ambigüedad que se observa en el texto. La Corte reconoce, en primer término, que existen tres medios idóneos y diferentes a la acción de tutela para reclamar las pensiones de jubilación: 1º) El proceso liquidatorio, de naturaleza jurisdiccional, que se adelanta ante la Supersociedades (Ley 222 de 1995, art. 98); 2º) La acción de responsabilidad contra la matriz (parág. del art. 148, ibidem), y 3º) La responsabilidad subsidiaria del Estado (Ley 573 de 2000, num. 7)” (p. 68).

En la mencionada sentencia SU-1023 de (2001) la Corte Constitucional funda, de forma errónea, que el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de (1995) establece una presunción de responsabilidad de la entidad matriz respecto de sus subordinada; tal presunción se asemeja a la responsabilidad objetiva, en tanto que, en éste caso, la sociedad matriz se hace responsable del pasivo pensional de sus subordinada, mientras el caso se resuelve en la justicia ordinaria.

Respecto de la mencionada sentencia, el profesor Barrera (2004) afirma que : “Toda esta injusticia surge de la prescindencia del concepto de culpabilidad como elemento imprescindible de la responsabilidad. Nosotros sostenemos que el daño que alguien llegare a causar, en el ejercicio legítimo de un derecho, sin dolo y sin negligencia, no debe constituirse para él en una fuente de aquélla” (p.71).

Posteriormente, la Corte Constitucional, reitera la doctrina que estableció en la sentencia precedente en la sentencia SU-636 de (2003), en efecto, la Corte dejo

sentado la presunción de responsabilidad de la sociedad matriz para el pago de mesadas pensionales por insolvencia de la sociedad subordinada.

En esta sentencia, la Corte Constitucional (2003) decidió proteger a los pensionados de la filial, ordenando a las compañías matrices e suministrar recursos para el pago de esas obligaciones:

La Corte Constitucional, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la Ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el ciento por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos. La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control (pp. 1-2).

Los efectos del mencionado fallo han sido nefasto para la sociedad matriz, la cual no tuvo oportunidad de probar que no existía un nexo causal entre ellos y los hechos que dieron lugar al concurso de su filial, al respecto Gaitán y Salazar (2010) estima lo siguiente:

En cumplimiento de esta sentencia las matrices han tenido que realizar pagos por más de once mil millones de pesos. 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. 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 de que trata el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 (p. 24).

La Corte Constitucional profirió la Sentencia T-402 de (2006) en la cual se pretendía tutelar el debido proceso de la Federación Nacional de Cafeteros dentro de proceso ordinario de mayor cuantía, al desatar el conflicto de competencia suscitado por la superintendencia de sociedades y las decisiones adoptadas por la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá, al resolver el incidente de excepciones previas formuladas por el mismo fondo dentro de procesos ordinarios laborales. Se solicitaba ordenar a la Superintendencia de Sociedades abstenerse de asumir conocimiento en el proceso que se tramita inicialmente en el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá y se declaren nulos los autos que a su juicio asignaron competencia de manera equivocada tanto a la superintendencia de sociedades como a los jueces laborales.

En esta sentencia, se ratificó la posición adoptada respecto de la responsabilidad subsidiaria de las sociedades controlantes por el pasivo de compañías subordinadas suyas en estado de concordato o liquidación obligatoria en las sentencias SU 1023 de (2001) y SU 636 de (2003):

La Corte Constitucional ha estudiado el tema de la responsabilidad subsidiaria de las sociedades controlantes por el pasivo de compañías subordinadas suyas en estado de concordato o liquidación obligatoria en diversas oportunidades, dentro de trámites de revisión de procesos de tutela promovidos por pensionados de

empresas que, en el sentir de los actores, están colocadas en los supuestos de la institución jurídica de que trata el párrafo del artículo 148 de la Ley 222. Particularmente relevantes son, a este respecto, los pronunciamientos proferidos al desatar la revisión de acciones constitucionales contra el Fondo Nacional del Café - Federación Nacional de Cafeteros por la insolvencia de Compañía de Inversiones de la Flota Mercante - En Liquidación Obligatoria (antigua Flota Mercante Grancolombiana S.A.), es decir, contra la misma entidad demandada en los tres procesos dentro de los cuales se registran supuestas vías de hecho en la presente tutela. Tales fallos indican inequívocamente que el conocimiento de las controversias que se susciten en esta materia son de competencia de la justicia ordinaria (Corte Constitucional Sentencia T-402 de 2006, p.- 14).

Es evidente que las sentencias de la Corte Constitucional SU 1023 de (2001), SU 636 de (2003) y T-402 de (2006) desconocen el precedente establecido en la sentencia C-510 de (1997):

De hecho, las normas vigentes consagran postulados opuestos a los contenidos en la sentencia. Por una parte, el artículo 373 dispone de manera explícita que los accionistas de una sociedad anónima serán responsables “hasta el monto de sus respectivos aportes”. El artículo 99 de la Ley 222 de 1995 y las demás normas concordantes en materia de procesos concursales —vigentes al tiempo de expedirse la sentencia— prescribían que a partir de la apertura del trámite concursal no podían admitirse procesos de cobro de obligaciones de ninguna otra naturaleza (Reyes, 2008, p. 82).

La interpretación de la Corte Constitucional, sobre la responsabilidad subsidiaria en hipótesis concursales, ha creado serias consecuencias en los regímenes societario y concursal, por cuanto que, las determinaciones contradictorias proferidas por la Corte Constitucional suscitan incertidumbre y han perjudicado la seguridad jurídica respecto del tema, generando consecuencias en la inversión privada en el país.

Para Reyes (2013a):

[...] la limitación de la responsabilidad evita costos de control sobre la actividad de los demás asociados. Ciertamente, un sistema contrario generaría un costo adicional de vigilancia sobre los negocios de los demás accionistas de la compañía. Esta consecuencia estaría dada por la circunstancia de que in empobrecimiento de los consorcios produciría, correlativamente, un aumento del riesgo patrimonial para el accionista solvente. La probabilidad de tener que responder solidariamente por las obligaciones de la sociedad sería más alta para los asociados de mayor capacidad patrimonial que para los demás. La insolvencia o poca capacidad económica de estos últimos haría improbable que fueran perseguidos por los acreedores sociales (p. 96)

En este orden de ideas, si bien la Corte Constitucional en su jurisprudencia actúa como suprema guardiana de la Constitución y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no debe obviar los principios de derecho mercantil, y para este caso, el derecho societario establecido, pues, como se vio, en ocasiones asume funciones del legislador y da una extensión a la normas que no tienen, como en la de presumir la responsabilidad de la matriz con la subordinada establecida en el artículo 82 de la Ley 1116 de (2006) pues, la norma es clara al establecer que esta responsabilidad es subsidiaria, de tal forma que es a la matriz a quien le corresponde probar que la situación concursal no se produjo como consecuencia de actuaciones derivadas del control.

CONCLUSIONES

A partir del análisis del artículo 148 de la Ley 222 de (1995) y el artículo 61 de la Ley 1116 de (2006) se puede establecer que estos apartados normativos consagran una simple presunción del nexo causal de la responsabilidad subsidiaria frente a terceros 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. Es de desatacar, que la mencionada responsabilidad subsidiaria admite prueba en contrario, por tanto, el demandado deberá acreditar que la situación de insolvencia o de liquidación judicial obedeció a una causa extraña a la subordinación.

Contrario a lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de (1995) establece una presunción de responsabilidad de la entidad matriz respecto de su subordinada, presunción que se asemeja a la responsabilidad objetiva, en tanto que, para los casos estudiados, indicó que las sociedades matrices debían hacerse responsables del pasivo pensional de sus subordinadas, sin tan siquiera probar e nexo causal directo de las primera sobre las actuaciones de las segundas, mientras el caso se resuelve en la justicia ordinaria.

En este sentido, partiendo del estudio de la doctrina comercial especializada sobre el tema, las determinaciones contradictorias proferidas por la Corte Constitucional sobre el tema generan incertidumbre, son confusas y crean inseguridad jurídica en el derecho societario, toda vez que dejan entrever el establecimiento de una responsabilidad objetiva de la sociedad matriz respecto de los actos que ejecute su sociedad subordinada en estado de liquidación o concordato.

Referencias

ABDALA, Martín. (2014). La responsabilidad de los administradores societarios en los casos de actuación plural en el derecho argentino. *Estudios Socio-Jurídicos*, 16(2), 243-264.

CÓDIGO DE COMERCIO DE COLOMBIA. (27, marzo,1971). *Decreto 410*. Bogotá D.C., Legis.

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO DE COLOMBIA. (5, agosto, 1950).
Adoptado por el Decreto Ley 2663/0 "Sobre Código Sustantivo del Trabajo",
publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en
virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518
de 1949.

CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés. (2006). Derecho de sociedades, derecho
común y responsabilidad de la sociedad holding. *Revista de derecho
privado*. 10, 51-101.

BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. (2004). La despersionalización societaria y el
régimen de la responsabilidad. *Orientaciones Universitarias*, 1 (fasc35), 69
– 77.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. (1991)l. *Revisada y actualizada*.
Bogotá D.C.: Leyer.

DEPARTAMENTO DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONES -DIAN. (1999).
Concepto Tributario 037030. Bogotá D.C. : El Autor.

GAITAN ROZO, Andrés. & SALAZAR, Beatriz Amparo. (2010). *Guía práctica.
Régimen de matrices y subordinadas*. Bogotá: Superintendencia de
Sociedades. Recuperado de
[http://www.supersociedades.gov.co/prensa/publicaciones/Documents/11471
9%20-%20GUIA%20MATRICES%20BAJA%208.pdf](http://www.supersociedades.gov.co/prensa/publicaciones/Documents/114719%20-%20GUIA%20MATRICES%20BAJA%208.pdf)

GALGANO, Francesco. (2009). *Los grupos societarios. Dirección y coordinación
de sociedades*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. (1998). *Nuevo Régimen Societario*. Bogotá: Ediciones Librería.

LEÓN ROBAYO, Edgar Iván; RINCÓN CÁRDENAS, Eric & LÓPEZ CASTRO, Eric. (eds).(2010). *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas El caso colombiano*. Editorial Universidad del Rosario Colección Textos de Jurisprudencia.

LINARES VESGA, Jesús Ángel. (2008). *El contrato de sociedad comercial*. Tunja: Grupo editorial Ibáñez.

LONDOÑO, Carlos Felipe & COSTA, Nora. (2003). Grupo empresarial antioqueño. Evolución de políticas y estrategias. *Revista EIA*. 1, 47-62.

LÓPEZ GUZMÁN, Fabián. (2011). *Derecho Comercial en la era de la globalización*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. (1997). *Teoría general de las sociedades*. (8ª ed). Bogotá D.C: Legis Editores S.A.

PÉREZ HERNÁNDEZ, Daniel. (2013). *Derecho de sociedades comerciales*. Bogotá D.C. : Leyer.

PRIETO CELY, Héctor Julio. (2003). *El contrato de sociedad*. Tunja, Colombia: Ediciones Uniboyacá.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. (1999). *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. (2ª ed.). Santa Fe de Bogotá: Temis.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. (2008). *Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano derivadas de la interpretación constitucional*. En: *Revista Criterio Jurídico*. 8(1), 65-95.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. (2013a). *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*. Bogotá D.C. : Legis.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. (2013b) *Nuevo Derecho Societario. Análisis Económico del Derecho Societario*. Bogotá: Legis.

ROA REYES, Nelson. (2012). *Derecho comercial: curso básico*. Bogotá: ABC.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (26, Noviembre, 1997). Circular Externa No. 030. Ref : Criterios generales para la aplicación del régimen legal de las matrices, subordinadas, situaciones de control y grupos empresariales y Estados Financieros Consolidados. Bogotá D.C.: El Autor. Recuperado de www.supersociedades.gov.co/.../C.E.%2030%201997.pdf

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (10. noviembre, 2011). Concepto Jurídico 220-129271. Bogotá D.C. El Autor. Recuperado de <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/31954.pdf>

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. (22, diciembre, 2011). *Concepto Jurídico 220-172780*. Bogotá D.C. El Autor. Recuperado de <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridicos/Normatividad%20Conceptos%20Juridicos/32047.pdf>

VALLEJO VÉLEZ, Juan Camilo. & RESTREPO RESTREPO, Ángela María. (1993). *Los grupos de interés económico: alternativa jurídica para afrontar*

los nuevos retos económicos: fundamentos teóricos y prácticos. (1ª ed.).
Bogotá D.C.: Biblioteca Jurídica DIKE.

Leyes

LEY 74 (26, diciembre, 1968). por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966. Bogotá : Congreso de Colombia Diario Oficial N° Diario Oficial No. 32.682 de 30 de diciembre de 1968.

LEY 16 (30, diciembre, 1972). por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969". Bogotá : Congreso de Colombia Diario Oficial N° Diario Oficial No.33.780 de 5 de febrero de 1973.

LEY 142 (11, junio. 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia Diario Oficial N° 41.433 del 11 de julio de 1994.

LEY 190 (6, junio. 1995). Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia Diario Oficial N° 41.878 del 6 de junio de 1995.

LEY 222 (20, diciembre, 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". Bogotá D.C.: Congreso de Colombia Diario Oficial N° 42.156 de 20 de diciembre de 1995.

LEY 863 (29, diciembre, 2003). Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia Diario Oficial N° 45.415 de 29 de diciembre de 2003.

LEY 1116 (217, diciembre, 2006). Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones". Bogotá D.C.: Congreso de Colombia Diario Oficial N° 46.494 de 27 de diciembre de 2006.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE CONSULTA Y DE SERVICIO CIVIL. (13, mayo, 1996). Radicación: 823. Referencia: Contratos administrativos. Interpretación y aplicación del artículo 22 de la Ley 80 de 1993. , Consejero ponente: Roberto Suárez Franco.

CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA. (18, septiembre, 2014) Ref: Expediente 11001-03-15-000-2012-02311-01. ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando la providencia judicial vulnera derechos fundamentales. Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (9, octubre, 1997). Sentencia C-510/97. Debido proceso de persona jurídica. Referencia.: Expediente D-1635. Magistrado Potente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (26, Septiembre, 2001). Sentencia SU 1023/01. Derecho A La Seguridad Social De Persona De La Tercera Edad-Pago oportuno de mesadas pensionales. Derecho al mínimo vital del pensionado-Presunción de afectación por ausencia prolongada en pago de mesadas Medio de defensa judicial ineficaz-Vulneración de derechos fundamentales de los pensionados Acción de tutela transitoria a favor de persona de la tercera edad-Vulneración de derechos fundamentales. Referencia: expedientes acumulados T-409301, T-411010, T-411263, T-442235 y T-426970 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (17, septiembre, 2002). Sentencia C-792/02 Derecho De Asociación - Fundamental/ Derecho De Asociación - Facultades/ Derecho De Asociación - Dimensiones. Referencia: expediente D-3952. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Treviño.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (31, Julio, 2003). Sentencia SU 636/03. Referencia: expedientes T-641309, T-650792 y T-671376. Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (7, septiembre, 2004). Sentencia C-865/04. Acción Publica de Inconstitucionalidad-Cargas mínimas/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Formulación de un cargo concreto de naturaleza constitucional. Referencia: expediente D-5057. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (25, mayo, 2006). Sentencia T-402/06. Persona Jurídica-Titularidad de derechos fundamentales. Acción De Tutela Contra Providencias Judiciales-Causales genéricas de procedibilidad. Acción de tutela presentada por la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café contra la Sala

Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y distintas Salas de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Referencia: expediente T-1312484. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (20, octubre, 2010). Sentencia C-831/10. Descuento del valor de acciones de la base gravable del impuesto al patrimonio-Se extiende a los aportes en sociedades. Referencia: expediente D-8069. Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.