

Una mirada comparativa a la insolvencia de grupos empresariales

A comparative outlook on group of companies bankruptcy

Daniel Duarte Gaona¹

Resumen

Los Grupos Empresariales, así como tienen el potencial de generar grandes utilidades para sus miembros, también corren el riesgo de entrar en un estado de cesación de pagos, afectando así a múltiples sujetos involucrados. Por esto, diversos ordenamientos jurídicos han desarrollado reglas para el tratamiento de los procesos de insolvencia de los participantes de un grupo empresarial, unos siendo más apegados a la ley y otros más ligados al precedente judicial. Este artículo de investigación analiza, desde una perspectiva comparativa, el desarrollo y la aplicación de estas reglas en diferentes países y su impacto en la protección de los derechos de los acreedores, a través del examen de diversos cuerpos normativos y doctrina reciente en la materia.

Palabras clave: grupo empresarial, insolvencia, consolidación, insolvencia transfronteriza.

¹ Egresado no graduado de derecho de la Universidad Externado de Colombia, con énfasis en derecho comercial, derecho de la propiedad intelectual y nuevas tecnologías. Actualmente realizando los requisitos de grado para optar por el título de Abogado.

Abstract

Group of Companies, as well as having the potential to generate large profits for their members, also run the risk of defaulting their obligations, thus affecting several stakeholders. Hence many legal systems have come up with new rules for addressing joint bankruptcy proceedings for group of companies' partakers, some being more adjusted to civil law standards and others more in line with the common law judicial precedent tradition. This research article analyzes, from a comparative perspective, the development and application of these rules in different countries and their impact on the protection of creditors' rights, through the examination of various regulatory bodies and recent doctrine in the field.

Keywords: business group, insolvency, consolidation, cross-border insolvency.

Introducción

El fenómeno jurídico y económico de los grupos empresariales ha presentado oportunidades de crecimiento exponencial para aquellos que se han adentrado en el juego de la competencia de los mercados modernos, sin embargo, parece que no importa que tanto crezca la empresa, ya que el riesgo de desplomarse nunca desaparece. Debido a tal situación es válido preguntarse cómo los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea (UE), de los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.) y de Colombia manejan la insolvencia en el marco de los grupos empresariales. Obtener una respuesta a tal pregunta es de vital envergadura para lograr determinar qué remedios concursales son los más adecuados a la hora de enfrentar la insolvencia de una o varias de las sociedades que integran un grupo empresarial.

Para llegar a dicho objetivo es necesario establecer, en primer lugar, las bases conceptuales de los grupos empresariales y su relación con el derecho concursal;

en segundo lugar, el tratamiento de la insolvencia de los grupos empresariales en los ordenamientos jurídicos de la UE, de EE.UU. y de Colombia; y, por último, realizar un ejercicio comparativo, a manera de conclusión, de los tres ordenamientos concursales anteriores, resaltando sus aspectos más favorables y desfavorables para el tratamiento de los grupos empresariales. De esta forma, se demostrará porque, por un lado, la consolidación patrimonial - o *extensión de la quiebra* - debe ser una medida de última *ratio* y, por otro lado, la cooperación y comunicación en los procesos concursales de un grupo empresarial ha de ser la regla general.

- **Grupo empresarial**

Tal como lo ha establecido el artículo 28 de la Ley 222 de 1995, y los artículos 260 y 261 del Código de Comercio de Colombia (C.Co.), los grupos empresariales nacen, en contraposición al concepto clásico de *sociedad isla* del derecho societario, como una pluralidad de entidades jurídicas independientes subordinadas a un poder único con unidad de propósito y dirección. Dicha pluralidad sirve como uno de los mecanismos que los empresarios tienen hoy en día para desarrollar sus negocios y distribuir los riesgos que conlleva la actividad comercial. Esto se explica en tanto que, los esfuerzos del grupo se dirigen a reducir los costos de producción en el marco de las economías de escala y, así, a obtener ventajas competitivas en el mercado².

Con relación a quienes intervienen en un grupo empresarial, por un lado, se encuentra la sociedad o persona natural denominada *matriz* o *holding* y, por otro lado, las sociedades subordinadas y filiales³. La matriz es la parte activa del grupo empresarial, es decir, la persona jurídica o natural que controla a los demás miembros del grupo y, también, es quien impone los objetivos y dirección de la

² Cubillos, C. "Parámetros a Seguir de los Grupos Empresariales; Sistemas Anglosajón y Continental". Bogotá: *Revista E-Mercatoria*, 6(1), 1-73, 2007. pp. 3 - 4.

³ Peña, L. *De las sociedades comerciales (8ª. ed.)*. Ecoe Ediciones. Bogotá: Universidad del Rosario. 2017. p. 309.

empresa. Por su parte las sociedades subordinadas, y sus filiales, representan la parte pasiva del grupo empresarial al estar sujetas al control, dirección y propósitos de la matriz⁴. Lo anterior representa el esquema básico de un grupo empresarial vertical, es decir, con una organización jerárquica cuyo control puede ser directo o indirecto y la unidad de propósito y dirección debe ser constante.

Es necesario, para el entendimiento de la figura del grupo empresarial, entrar a definir y exponer con mayor profundidad sus elementos, tal como lo ha hecho nuestra legislación:

2.1. Control

Para constituir un grupo empresarial se requiere que exista simultáneamente control y unidad de propósito y dirección. En esa línea, es valiosa la definición que trae Montiel respecto de este requisito: “el control es la situación en la que una persona tiene la capacidad de ejercer una influencia dominante sobre una o varias personas jurídicas de tal manera que dicha influencia puede formar y ejecutar la voluntad decisiva de las sociedades subordinadas”⁵. Es claro entonces que, conforme a la estrategia de negocios y la autonomía privada⁶, una persona puede tener diversas sociedades subordinadas, pero cada una con un objeto social diferente, es decir, sin unidad de propósito y dirección y sin configurar un grupo empresarial.

Partiendo de esa definición es importante exponer las formas que nuestra legislación ha establecido para ejercer el control, las cuales pueden ser por una participación mayoritaria de la matriz en el capital de la subordinada, por el derecho

⁴ Galgano, F. *Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades* (2ª. ed.). Bogotá: Universidad del Rosario. 2012. pp. 79 – 80.

⁵ Montiel, C. “Acercamiento al Concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para Su Existencia”. Bogotá: *Revista E-Mercatoria*, 8(1), 1-27. 2009. p. 8.

⁶ Cordoba, P. “Autonomía Privada, el Gobierno Societario y el Derecho de Sociedades - Visión General”. Bogotá: *Revista de Derecho Privado*, 6, 155-182. 2000. p. 181.

mayoritario de votos de la matriz en la subordinada, o por cualquier tipo de negocio jurídico que implique poder decisonal de una matriz sobre otra sociedad (art. 261 C.Co), igualmente, el control puede clasificarse en directo, indirecto (art. 260 C.Co.) y conjunto o plural (art. 261, par. 1, C.Co.).

2.2. Unidad de Propósito y Dirección

La unidad de propósito y dirección conlleva a la existencia de un objetivo e interés común entre la matriz y sus subordinadas, en virtud de la dirección que ejerce la primera sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo del objeto social de cada sociedad. Adicionalmente, como lo ha mencionado la Superintendencia de Sociedades, la unidad de propósito y dirección ha de ir unida al control para predicar su existencia, ya que ésta es impuesta por la persona jurídica o natural matriz a través de su poder decisonal sobre el grupo. Es gracias a esto que se gesta la integración económica del grupo que, en últimas, tiene un mayor potencial de generar rentabilidad gracias a la diversificación del riesgo.

En suma, un grupo empresarial se presenta como una integración de sociedades que, aunque independientes desde una óptica jurídica, son dependientes económicamente de una matriz debido a su poder decisonal⁷. Así, esta estructura empresarial se presenta como una oportunidad para reforzar instituciones antiquísimas del derecho societario como lo es, por ejemplo, la limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital⁸ al ser precisamente el grupo un mecanismo para diversificar el riesgo y promover la inversión. No obstante, el mercado no siempre favorece a los empresarios, por lo cual es necesario considerar

⁷ Imbrescu, C. M. "Insolvency of the Group of Companies. Agricultural Management". Romania: *Lucrari Stiintifice Seria I, Management Agricol*, 18(2), 223–226. 2016. p. 233.

⁸ Reyes Villamizar, F. H. *Derecho societario en los Estados Unidos: Introducción comparada (2a. ed.)*. Bogotá: Legis, 2005. pp. 169 – 161.

qué mecanismos pueden tratar oportunamente a las sociedades parte de un grupo en crisis.

3. La Insolvencia y su Relación con los Grupos Empresariales

La insolvencia se presenta desde sus orígenes como una realidad económica propia de las personas que se enfrentan al tráfico jurídico-mercantil y a los riesgos de éste, como lo es incurrir en *cesación de pagos* o en *incapacidad de pago inminente*. Este tipo de riesgos justifica la existencia de los regímenes de concursales, los cuales establecen mecanismos para el manejo de las crisis empresariales⁹, es decir, escenarios distintos al simple incumplimiento de ciertas obligaciones, sino de verdadero impacto en la empresa, en el mercado y en los sujetos que en éste actúan¹⁰. Por ello, los distintos regímenes de insolvencia en el mundo persiguen, en general, permitirle al deudor obtener un nuevo comienzo al buscar soluciones al impago de sus deudas y, en caso de no poderse recuperar el deudor, proveer una distribución equitativa de los activos de éste entre los acreedores¹¹.

Los regímenes de insolvencia están pensados, en principio, para la crisis de los empresarios individualmente considerados, es decir, como el caso de las sociedades comerciales o las personas naturales comerciantes. Es por esto que, el tratamiento de la insolvencia de sujetos que actúan articulados como una única empresa, como los grupos empresariales, revela muchas dudas y problemas de articulación de los principios básicos del derecho concursal. A pesar de la personalidad jurídica individual que tiene cada miembro de un grupo, puede suceder que el causante de la insolvencia de una de las sociedades sea, por ejemplo, el

⁹ Rodríguez Espitia, J. J. *Nuevo régimen de insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 33.

¹⁰ Keay, A. "Stakeholder theory in corporate law: has it got what it takes". Leeds: *Richmond Journal of Global Law and Business*, 9(3), 249-300. 2010. p. 252

¹¹ Darling, A. G., Hotze, J. C., & Blumberg, J. "Basic bankruptcy". Sacramento: *Department of Justice, Journal of Federal Law and Practice*, 66(2), 79-96. 2018. p. 79.

controlante y se vea libre de cualquier responsabilidad si el proceso concursal se inicia solo sobre la primera sociedad en crisis, aun cuando ambas son una única empresa¹².

Siguiendo esta línea, frente a los principios del derecho concursal¹³ es importante considerar cómo el principio de universalidad objetiva se desenvolvería en el “concurso de un grupo empresarial”. Es problemático sostener que la totalidad del patrimonio del deudor se afectará al inicio del concurso para la recuperación de la empresa viable y el pago de los acreedores, en el caso de una sociedad parte de un grupo, en tanto que, visto desde una perspectiva tradicional, solo el patrimonio de ésta entraría a responder. Sin embargo, con base a principios como el de la conservación de la empresa¹⁴ y en la protección de los acreedores, se abre una posibilidad para ampliar o flexibilizar la aplicación del principio de universalidad objetiva, permitiendo así la consolidación patrimonial de los activos de los miembros del grupo para el cumplimiento de las deudas del concursado.

De esta manera, es posible ir más allá de la limitada hipótesis de responsabilidad establecida en el artículo 61 de la Ley 1116, la cual presume que la insolvencia de una sociedad subordinada al control de otra se encuentra en tal situación debido a la intervención de la segunda. Además de que esta presunción contempla la posibilidad de ser desvirtuada, no aborda hipótesis en las que, por ejemplo, se traslada el capital de la controlante a otra sociedad subordinada no insolvente. Tal situación haría que la presunción fuese prácticamente inoperante, pese a su buen propósito, y quede en desventaja frente al principio de la limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital individualmente consideradas.

¹² Lehuedé, E. J. “Responsabilidad Por Insolvencia en Los Grupos Empresariales. Una Aproximación a La Teoría Del Administrador De Hecho en El Derecho Chileno”. Santiago de Chile: *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 567–594. 2015. p. 570.

¹³ Montiel, C-2. *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019. p. 96.

¹⁴ Montiel, C-2. Op. Cit. p. 145.

Ese tipo de inconvenientes jurídico-económicos que presenta la insolvencia de los miembros de un grupo empresarial son cada vez más usuales, y no solo a nivel local, sino también a nivel internacional. Como lo expone Sotomonte Mujica, para el caso de la insolvencia transfronteriza, “la concatenación de patrimonios generada por la insolvencia no afecta solo a las personas domiciliadas en el país en el que el insolvente tiene el asiento de sus negocios, sino que afecta a todas las personas nacionales o extranjeras que mantienen una interdependencia obligacional con el insolvente”¹⁵. En vista de este tipo de problemas, con potencial de afectar el mercado, local e internacional, interesa abordar ahora cómo distintos ordenamientos jurídicos han tratado de regular la insolvencia de grupos empresariales.

4. La Unión Europea y el Reglamento 2015/848

El actual fenómeno de intercambio conocido como la globalización tiene uno de sus mayores ejemplos en la integración cultural, política, económica y jurídica lograda por la Unión Europea (UE). Entre las diversas materias reguladas por la UE se encuentra el proceso concursal de los miembros de grupos empresariales al ser un asunto de importancia para el mercado y la estabilidad económica de la región. El Reglamento 2015/848 de la UE (en adelante, el “Reglamento”), que reemplazó el Reglamento 1346/2000, surge de la necesidad de coordinar los procesos de insolvencia de los grupos empresariales entre los países miembros, pero respetando la entidad legal individual de cada sociedad¹⁶.

Los aspectos más importantes del Reglamento, para lo que interesa a este artículo, pueden dividirse en dos. En primer lugar, los procedimientos de insolvencia primarios y secundarios, los cuales representan el tratamiento de la insolvencia de

¹⁵ Sotomonte, D. R. Op. Cit. p. 106.

¹⁶ Soveral Martins, A. “Groups of companies in the Recast European Insolvency Regulation: Around and about the “group””. Coimbra: *International Insolvency Review*, 2019. p. 357.

sociedades controladas (no parte de un grupo empresarial necesariamente) desde otro país miembro; y, en segundo lugar, los procedimientos de insolvencia de miembros de grupos de sociedades. A continuación, se hace una breve explicación del contenido de cada una de estas secciones:

4.1. Procedimientos de insolvencia principales y secundarios

De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento, por un lado, tienen competencia para iniciar procesos de insolvencia los jueces de los países miembros donde se situó el centro principal de los negocios del deudor, entendiendo así este tipo de procesos como “principales”. Por otro lado, el mismo artículo contempla la posibilidad de abrir un proceso de insolvencia “secundario” por el juez de un Estado distinto de donde el deudor tiene su centro principal de negocios cuando éste tiene un establecimiento en otro país miembro. Mientras que los efectos del proceso principal son iguales a los de cualquier otro proceso de insolvencia, los efectos de los procesos secundarios se restringen a los bienes del deudor situados en otro Estado miembro.

En esa línea, los artículos 41 a 43 establecen la cooperación y la comunicación, respecto de los procesos de insolvencia secundarios, siempre que no interfiera con las leyes de los procedimientos de cada país miembro, entre los administradores concursales, entre órganos jurisdiccionales, y entre administradores concursales y órganos jurisdiccionales. Además, de tales normas se desprende lo siguiente:

- La cooperación entre administradores buscará la comunicación efectiva de toda la información que pueda ser útil para el otro procedimiento, como puede ser el estado actual de los bienes del deudor. Además, los administradores han de estudiar la posibilidad de la reestructuración del deudor o, en caso de que esto no sea posible, coordinar el destino de los activos del deudor para la satisfacción de los acreedores.

- La cooperación entre órganos jurisdiccionales en general buscará la comunicación de cualquier información útil para los diferentes procesos, agregando la posibilidad de coordinar el nombramiento de los administradores concursales, junto con determinar la coordinación de la administración, la supervisión de los negocios del deudor y la celebración de visitas de seguimiento.
- Entre administradores y órganos jurisdiccionales el Reglamento trae la necesidad de cooperación y comunicación entre estos dos agentes para el mejor desarrollo de los procedimientos de insolvencia, sean primarios o secundarios, sin establecer reglas específicas en ese sentido.

Los parámetros establecidos por el Reglamento europeo se presentan como valiosos avances para el tratamiento de la insolvencia transfronteriza en la UE, con bases tan importantes como la cooperación y la comunicación de los agentes que intervienen en los procesos concursales. No obstante, la creación individual de procesos de insolvencia conectados por la posibilidad de coordinación en ciertos aspectos conduce a la burocratización de los procesos y a un incremento en la complejidad de las reglas procedimentales¹⁷. Este tipo de consecuencias contrarias a los fines de los procesos concursales, sumado a la posibilidad de que las sociedades controladas se separen – jurídica y económicamente - de la matriz ante la inminencia de la insolvencia de ésta, llaman a la aplicación y desarrollo de un proceso mucho más articulado para estos casos en el marco de la UE.

4.2. Procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades

¹⁷ Siemon, K., & Frind, F. "Groups of Companies in Insolvency: A German Perspective". Hoboken: *International Insolvency Review*, 22(2), 61–84, 2013. pp. 66.

El mayor cambio al estado del arte en materia de insolvencia de grupos en la UE ha sido desarrollado por el Reglamento en su capítulo V, cuyas bases son la cooperación y la comunicación. El Reglamento proscribela *consolidación sustancial* del patrimonio de los miembros del grupo o la *extensión de la quiebra*¹⁸ a los miembros del grupo, en tanto que la intención de la UE sigue siendo el respeto por la identidad individual de cada uno de los integrantes del grupo. Sin embargo, tal intención podría estar llevando al extremo al no contemplar escenarios en los que la simple cooperación en los procesos concursales no basta en situaciones como, por ejemplo, de abuso del derecho.

Este capítulo empieza por reiterar las reglas de cooperación entre administradores, órganos jurisdiccionales, y entre los dos anteriores de forma similar a la aplicada para los procedimientos primarios y secundarios de insolvencia (Arts. 56 – 58). Adicionalmente, entre las facultades del administrador, se incluye la posibilidad de ser oído en cualquiera de los procedimientos de los miembros del grupo, solicitar la suspensión de cualquier medida liquidatoria sobre los bienes de algún miembro, y a solicitar un procedimiento de coordinación. Tales procedimientos de coordinación hacen referencia al nombramiento de un sujeto denominado como el “coordinador”, quien, al proponer un plan de reestructuración o de liquidación, se convierte en una especie de administrador general de todos los miembros del grupo.

Los problemas que resaltan del Reglamento son la posibilidad que tienen los administradores concursales de oponerse a la inclusión de un miembro del grupo en el proceso concursal general (Art. 60), y, también, la posibilidad de apartarse de las decisiones o recomendaciones del coordinador del grupo, siempre que el administrador justifique sus razones (Art. 70). Aunque estas normas evidencian la maximización de los principios de cooperación y comunicación en los procesos concursales, el Reglamento carece de normas que hagan frente a las diversas

¹⁸ Miguens, H. J., & Rouillon, A. A. N. *Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. pp. 168 – 170.

situaciones que se presentan en los grupos empresariales en estado de crisis. Ejemplo de ello es la posibilidad que tienen las subsidiarias y sus administradores (por decisión de la matriz) de separarse jurídica y económicamente, mover sus patrimonios, y, así, vaciar la sociedad que efectivamente va a irse a un procedimiento de liquidación judicial.

Tal como lo ha explicado Miguens, la consolidación sustancial es una medida excepcional aplicable al concurso de un grupo empresarial cuando, por ejemplo, existe confusión de negocios de los miembros del grupo; cuando el o los acreedores pensaban estar celebrando negocios con la empresa como grupo; o cuando no hay una contabilidad separada para cada sociedad¹⁹. Esto demuestra que la simple cooperación y comunicación establecida por el Reglamento no es suficiente para zanjar casos más críticos en el marco de los grupos de sociedades, en tanto que muchos de sus artículos dependen en últimas de la voluntariedad. Se necesitan regulaciones regionales mucho más contundentes que estén acorde a la realidad económica y que pasen de la perspectiva de las sociedades isla a la de la empresa como centro de imputación de intereses internos y externos.

5. Estados Unidos y el Bankruptcy Code

En el sistema jurídico estadounidense se han gestado varias innovaciones legales en áreas como el Derecho Societario y Concursal (Corporate and Bankruptcy Law), ejemplo de ello son los desarrollos en la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica²⁰ y la uniformidad federal creada por el Bankruptcy Code respecto de la insolvencia. Es gracias a una perspectiva de empresa que gran parte de estos avances en materia comercial se han dado en los EE.UU., no por nada han surgido doctrinas como el “Enterprise Liability” para los casos en que no sea

¹⁹ Miguens, H. J., & Rouillon, A. A. N. Op. Cit. pp. 177 – 180.

²⁰ Elkin, J. “Lifting the veil and finding the pot of gold: piercing the corporate veil and substantive consolidation in the United States”. Texas: *Journal of Business Law*, vol. 45, no. 3, p. 241-256, 2013. p. 242.

posible distinguir si un grupo de sociedades actúan como una sola entidad o no. Es en este contexto entonces que es necesario estudiar cómo se ha manejado, desde el derecho estadounidense, la insolvencia en el marco de los grupos empresariales.

El Título 11 del U.S. Code o Bankruptcy Code está subdividido en 6 capítulos, cada uno destinado a aspectos y sujetos diferentes del régimen de insolvencia estadounidense. Así, en el capítulo 7 trata lo correspondiente a la liquidación judicial de sociedades; en el capítulo 9 está regulada la insolvencia de las municipalidades; en los capítulos 11, 12 y 13 se establece el proceso de reorganización; y, por último, en el capítulo 15 se regula la insolvencia transfronteriza. Para los efectos de esta investigación se analizará la sección 101 (2) del capítulo primero, el capítulo 15 y el título 11a que contiene las Reglas Federales del Procedimiento de Insolvencia.

La sección 101 (2) establece la definición de “afiliada” como aquella persona jurídica que, directa o indirectamente, es propietaria, controla o tiene como poder de voto un porcentaje de 20% o superior en otra sociedad. Entonces, considerando que la ley concursal tiene presente la existencia de relaciones entre matrices y subordinadas, la regla 1015 establece la consolidación procesal²¹ de los procesos de insolvencia de las relaciones de control y de grupos empresariales. En virtud de este tipo de consolidación se puede autorizar la acumulación de procesos concursales para que se tramiten ante un mismo tribunal, cuando se trata de un deudor y, al menos, de una afiliada suya²². Además, la regla 2009 establece la posibilidad de designar un solo administrador para los miembros del grupo sobre los cuales haya recaído esta consolidación.

A pesar de que la consolidación procesal es un valioso mecanismo de coordinación de los procesos de insolvencia cuando se trata de grupos empresariales, el

²¹ Garg, R. Issues in Insolvency of Enterprise Groups. New Delhi: *Journal of National Law*, University Delhi, 6(1), 50–64, 2019. p. 51.

²² Miguens, H. J., & Rouillon, A. A. N. Op. Cit. pp. 168.

Bankruptcy Code no contempla la consolidación sustancial del patrimonio de los miembros del grupo. De hecho, como menciona Miguens, la consolidación sustancial ha sido reglada por medio de la jurisprudencia de los jueces estadounidenses, quedando a su merced la decisión de consolidar el patrimonio de los miembros de un grupo empresarial²³. Esta técnica, lejana del derecho continental europeo, deja a la discrecionalidad del juez la posibilidad de tomar medidas radicales cuando se está frente de la crisis de un grupo que puede llegar a afectar gravemente el mercado local.

Con respecto a la regulación de la Insolvencia Transfronteriza, contemplada en el capítulo 15, ésta refleja la preocupación global por un fenómeno económico cada vez más importante que puede afectar la estabilidad de los mercados de distintos países. Aunque no regula la insolvencia de grupos, establece la cooperación con las cortes y demás autoridades administrativas relacionadas con el proceso de insolvencia cuando un deudor tenga activos en otras jurisdicciones. Por esto resulta importante mencionar este capítulo, ya que representa la posibilidad de un avance legislativo en materia de insolvencia transfronteriza de grupos empresariales en EE.UU., tal como lo contempla el Reglamento 2015/848 de la UE.

Para concluir esta sección, la legislación estadounidense no contempla un gran abanico de normas respecto de la insolvencia de grupos empresariales, lo cual corresponde a su naturaleza marcada por precedente judicial. Es por ello que resulta valiosa la aproximación que realiza Blumberg a las razones por las cuales el juez americano podría autorizar la consolidación sustancial, las cuales serían la integración de una filial con la matriz, y cuando la matriz garantiza deudas, gestiona los negocios y determina el valor de mercado de una subordinada ²⁴. Estos criterios

²³ *Ibidem*. P. 170.

²⁴ Ayers, R. G. "Review of The Law of Corporate Groups—Bankruptcy Law, by P. I. Blumberg". United States of America: *The Business Lawyer*, 41(3), 1111–1113, 1986. p. 1113.

corresponden a la unidad económica²⁵ que se crea con la unión de las sociedades en un grupo empresarial y, consecuentemente, por las nuevas relaciones de dependencia dirigidas hacia un mismo propósito.

6. Sistema concursal colombiano e insolvencia de grupos empresariales

El ordenamiento jurídico colombiano tiene un amplio abanico normativo alrededor de los grupos empresariales, empezando con la mencionada Ley 222 de 1995 que regula los aspectos base de este fenómeno juicio-económico. Debido a la importancia económica que reviste el fenómeno económico de la insolvencia de grupos empresariales, el legislador incluyó en la Ley 1116 de 2006 diversas normas en esta materia, inspiradas tanto en fuentes de derecho local como internacional²⁶. Estas normas posteriormente fueron reglamentadas mediante el Decreto 1749 de 2011, el cual se incorporó al Decreto Único Reglamentario 1074 del Sector Comercio, Industria y Turismo en su capítulo 14.

Dada la abundante normatividad que hay sobre el tema de estudio, es necesario hacer, en primer lugar, un análisis del contenido de las normas de la Ley 1116 de 2006 en la materia. Luego, se procederá al análisis de su reglamentación por el Decreto 1749 de 2011.

6.1. La Ley 1116 de 2006 en materia de grupos empresariales

Entre las disposiciones que trae la Ley 1116 se encuentra el artículo 12, el cual establece la posibilidad de presentar una solicitud de inicio del proceso de reorganización sobre varios deudores vinculados por su carácter de controlantes, subordinados o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas

²⁵ Cubillos, C. Op. Cit. p. 34.

²⁶ Sotomonte Mujica, D. y Rodríguez Espitia, J. J. *El Derecho Concursal: Del Comerciante al Grupo de Empresas*. Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Tomo I. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2013. p. 125.

personas, directamente o por intermedio de otra persona. Este artículo responde al efecto nocivo que puede tener la concatenación de patrimonios cuando sociedades vinculadas, mediante control o en el marco de un grupo empresarial, entran en crisis y pueden afectar a otras sociedades vinculadas. Sin embargo, tal como lo expone Rodríguez Espitia, además de no requerir que la situación de control esté inscrita en el registro mercantil, la norma contiene una sugerencia y no una obligación a la solicitud conjunta, por lo cual la escogencia de este mecanismo respondería a la estrategia del deudor o deudores para negociar con sus acreedores²⁷.

Siguiendo el nuevo régimen de insolvencia establecido por la Ley 1116, el artículo 15 establece la potestad de la Superintendencia de Sociedades de iniciar de oficio un proceso concursal de una sociedad vinculada, cuando, a causa del inicio de un proceso de insolvencia de su matriz u otra sociedad dependiente, la primera entre en cesación de pagos. Esta disposición se asemeja al artículo 61, al establecer que cuando la situación de insolvencia (reorganización o liquidación) haya sido producida por las actuaciones de la controlante o matriz en contra del beneficio de la subordinada, la primera responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de la segunda. Además, el artículo 61 introduce beneficio para los acreedores de la subsidiaria al decir que se presume que la situación concursal de la dependiente tiene su origen en los actos de la matriz.

Los artículos anteriores expresan el interés del legislador en darle un adecuado manejo a la insolvencia de sociedades vinculadas, ya sea por control o por ser parte de un grupo empresarial. La posibilidad de atraer otros sujetos al proceso de insolvencia, ya sea por haber sido afectados por la insolvencia de otros o debido a haber llevado a otros a una situación de cesación de pagos, puede subsanar situaciones de abuso del derecho por el uso indebido de las estructuras societarias y, más aún, cuando estas se usan en perjuicio de sociedades vinculadas. Esto tiene

²⁷ Rodríguez Espitia, J. J. Op. Cit. p. 142.

su razón de ser en que, aunque es válido buscar el bienestar e incremento de utilidades del grupo empresarial como unidad económica, no es jurídicamente válido afectar el interés individual de cada sociedad vinculada.

Con respecto a la calificación y graduación de créditos y determinación de derechos de voto, según el artículo 24, en la relación de acreedores deberá indicarse cuáles de ellos son vinculados al deudor, a sus socios, administradores o controlantes, por razones como la existencia de una situación de control o de un grupo empresarial. Asimismo, al momento de aprobar el acuerdo de reorganización, de acuerdo con el artículo 32, cuando los acreedores internos o cuando uno o varios acreedores, pertenecientes a un grupo empresarial, emitan votos en un mismo sentido que equivalgan o superen a la mayoría absoluta exigida por el artículo 31, se requerirá la aprobación extra de un número plural de acreedores de cualquier clase igual o superior al 25% de los votos restantes admitidos. Estas disposiciones responden a necesidades de transparencia e igualdad entre los acreedores del deudor o deudores, en concordancia con la obligación establecida en el artículo 78 respecto a la inclusión de un Código de Gestión Ética Empresarial y de responsabilidad social en los acuerdos de reorganización.

En línea con lo anterior, entre los artículos que buscan la protección de los acreedores se encuentra el artículo 69, el cual establece que se entienden como postergados los créditos de las personas especialmente relacionadas con el deudor, a menos que hayan sido adquiridos luego de la iniciación del trámite y que sean destinados a la recuperación de la empresa. El pago posterior de estos acreedores se explica en que tienen información preferente o porque ejercen un poder dominante sobre el deudor²⁸. Además, esta norma puede provocar que otros

²⁸ Rodríguez Espitia, J. J. Op. Cit. p. 402.

acreedores busquen la declaración de existencia de un grupo empresarial como estrategia de pago de sus acreencias de forma más oportuna frente a las de otros²⁹.

Por último, la Ley 1116, en su capítulo 4, establece algunas disposiciones frente al fenómeno de la Insolvencia Transfronteriza, siendo la base de éstas la cooperación con tribunales y representantes extranjeros (promotores y liquidadores), tal como lo establece el artículo 110. Así, el artículo 112 resalta ciertas formas de cooperación, como lo son el nombramiento de una persona para que actúe bajo la dirección de la autoridad colombiana competente; la comunicación de información por cualquier medio; la coordinación de la administración de la supervisión de los bienes y negocios del deudor; la aprobación o aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de procedimientos; y la coordinación de los procesos seguidos simultáneamente respecto de un mismo deudor. Estos artículos responden a la voluntad de cooperación entre los Estados en el marco de los procedimientos mercantiles y concursales, tal como fue inspirado por la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

6.2. El decreto 1749 de 2011

El Gobierno Nacional de Colombia reglamentó por medio del Decreto 1749 de 2011 los anteriores artículos mencionados de la Ley 1116 de 2006 con el objeto de regular la insolvencia de grupos empresariales, junto con la cooperación y comunicación para el caso de la Insolvencia Transfronteriza. El Decreto contiene dos aproximaciones a los procesos concursales de grupos, siendo la primera el establecimiento de la solicitud conjunta de un proceso de insolvencia, y, la segunda, la posibilidad de decretar la consolidación patrimonial de los miembros del grupo. En ese sentido es necesario estudiar cada una de estas posibilidades para así identificar sus virtudes y dificultades.

²⁹ *Ibidem.* p. 497.

6.2.1. Solicitud conjunta y coordinación procesal

En forma similar a como se regula en el Reglamento 2015/848 de la UE, el Decreto 1749 establece la posibilidad, siguiendo el artículo 12 de la Ley 1116, de entablar una solicitud conjunta de apertura de procesos de insolvencia de deudores vinculados por control o participación en un grupo empresarial. Además de la posibilidad del inicio conjunto del proceso de insolvencia por la Superintendencia de Sociedades, la solicitud puede presentarse por dos o más partícipes del grupo, por un acreedor o un número plural de acreedores de cualquier miembro del grupo³⁰, junto con los estados financieros consolidados de los partícipes del grupo empresarial. En esa línea, de acuerdo con el artículo 3, los objetivos de la solicitud conjunta son:

- a. Facilitar el examen coordinado de la solicitud de apertura de un proceso de insolvencia.
- b. Facultar al juez del concurso para obtener información acerca del grupo empresarial o de los deudores vinculados que permita determinar si procede la apertura de un proceso de insolvencia para uno o más miembros del grupo.
- c. Promover la celeridad y eficiencia, y, también, reducir costos, gastos de apertura y de administración de los procesos concursales.
- d. Hacer posible la coordinación de los procesos de insolvencia de cada uno de los deudores que presenten la solicitud conjunta.

Una manifestación de los fines de eficacia y reducción de costos se expresa en la posibilidad, establecida en el artículo 6, de celebrar un solo o varios acuerdos de reorganización para los deudores vinculados referidos en la solicitud conjunta. Además, según el artículo 8, los procesos de insolvencia de los miembros del grupo

³⁰ Decreto 1749 de 2011, Art. 4.

pueden ser coordinados (sin menoscabo de su identidad jurídica propia). Dicha coordinación podrá ser ordenada de oficio por el juez del concurso o por medio de solicitud a éste de algún partícipe del grupo objeto de solicitud conjunta o que ya esté en un proceso de insolvencia, del promotor o liquidador de uno de los miembros del grupo inmerso en un proceso concursal, o de un acreedor de un miembro del grupo sobre el que se haya presentado solicitud conjunta o ya esté en un proceso de insolvencia.

Es importante resaltar que la coordinación de los procesos se realiza con el objetivo de “facilitar el trámite de los procesos y racionalizar los gastos y lograr el aprovechamiento de los recursos existentes para alcanzar eficiencia, gobernabilidad económica y elevar la tasa de reembolso o de retorno para los acreedores”. Esto tal como lo establece el ya mencionado artículo 8.

Entre las medidas de coordinación procesal establecidas en el Decreto en su artículo 10 se encuentran:

- a. La designación de un único promotor o liquidador.
- b. La coordinación de audiencias.
- c. El intercambio y revelación de información relacionada con uno o varios miembros del grupo.
- d. La coordinación de las negociaciones para la celebración de un acuerdo de reorganización o adjudicación.
- e. La coordinación para la presentación y verificación de los créditos.
- f. La valoración conjunta de los activos.
- g. La venta de activos en bloque o por unidades de explotación.

Será el juez del concurso quien, en todo caso, especificará el alcance y modificaciones de la coordinación procesal decretada y, asimismo, ordenará la

inscripción de ésta en el registro mercantil de la Cámara de Comercio del domicilio principal de cada uno de los deudores vinculados, tal como lo señala el artículo 11.

Adicional a lo anterior, el Decreto 1749 introduce la opción para las sociedades miembro del grupo de otorgarse financiación y garantías mutuas cuando se esté en un proceso concursal. Esta alternativa, dispuesta entre los artículos 14 y 20, buscaría la obtención de recursos para la recuperación de las sociedades económicamente viables o para el pago oportuno de los créditos en el caso de una liquidación judicial, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61 al respecto de la responsabilidad subsidiaria de la matriz. Para que proceda dicha financiación pactada en el acuerdo de reorganización se requiere el voto favorable de los acreedores, de conformidad con la mayoría especial establecida en el artículo 32 de la Ley 1116, o autorización previa del comité de vigilancia cuando sea posterior al acuerdo, según el numeral 1) del artículo 78 de la Ley 1116.

6.2.2. Consolidación patrimonial.

Como se ha mencionado previamente, la consolidación patrimonial o sustancial es una medida excepcional por la cual se integra el patrimonio de deudores vinculados ya sea por medio de control, como las matrices y las subordinadas, o por ser parte de un grupo empresarial. Esto tiene su justificación en que la integración económica y política empresarial unificada de este tipo de deudores puede ser beneficiosa para el desarrollo de los procesos concursales, para el pago de créditos e incluso como un remedio para el abuso del derecho en el marco de las relaciones societarias³¹. Con base en esto es que el Decreto 1749 de 2011 ha establecido ciertos supuestos y reglas excepcionales en los que procede la consolidación patrimonial.

³¹ Miguens, H. J., & Rouillon, A. A. N. Op. Cit. pp. 177 – 183.

El artículo 25 establece la procedencia de la consolidación patrimonial para los casos de liquidación judicial en los cuales el solicitante (o el juez de oficio), acredite que:

- a. El activo y el pasivo del grupo empresarial están de tal forma entremezclados que no podría deslindarse la titularidad de los bienes y obligaciones sin incurrir en un gasto o demora injustificada, o que
- b. Uno de los miembros insolventes del grupo ha incurrido en alguna actividad fraudulenta (contempladas el artículo 83 de la Ley 1116 y artículo 24 del Decreto 1749) o ejecutó algún negocio sin legitimidad patrimonial alguna, que impidan el objeto del proceso liquidatorio y que la consolidación patrimonial sea esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

Es importante en este punto hacer la diferenciación entre la desestimación de la personalidad jurídica societaria y la consolidación patrimonial de las sociedades parte de un grupo empresarial. A pesar de que ambas medidas pueden responder a situaciones de abuso del derecho, estas pertenecen a regímenes diferentes de responsabilidad y, por ende, a procesos diferentes. Mientras que la desestimación persigue la responsabilidad de los socios de una sociedad por las deudas de ésta (o viceversa en casos de desestimación inversa) con base en situaciones de abuso³², la consolidación no realiza un juicio de responsabilidad extenso, sino que se trata de una herramienta objetiva para el mejor desarrollo de los procesos concursales en situaciones excepcionales.

Entre los efectos de la orden de consolidación patrimonial, el artículo 26 establece que se extinguen los créditos y deudas mutuas entre los miembros del grupo; los créditos contra los partícipes del grupo se tratarán como créditos de una única masa patrimonial; y la designación por parte del juez del concurso de un único liquidador

³² Reyes Villamizar, F. H. *Derecho societario (Cuarta edición.)*. Bogotá: Temis, 2020.

de la masa consolidada. Además, respecto de los efectos frente a la prelación de créditos, el artículo 27 establece que se mantiene como si fuesen procesos individuales, a excepción de los créditos laborales los cuales se pagarán con el activo consolidado de todas las empresas objeto de consolidación. La excepción establecida en el artículo 27 corresponde al fenómeno de constitucionalización del derecho comercial y concursal que procura la protección de los derechos fundamentales de los grupos más vulnerables en estos escenarios, como son los trabajadores y pensionados.

Adicionalmente, el título II del Decreto 1749, reglamenta las disposiciones de la Ley 1116 correspondientes al régimen de Insolvencia Transfronteriza. Desde el artículo 34 hasta el artículo 42 el Decreto establece un marco de cooperación y comunicación entre los tribunales extranjeros y nacionales para el tratamiento de los miembros insolventes de un grupo de empresas ubicados en diferentes Estados. Con esto se busca igualmente la coordinación de audiencias, la celebración de acuerdos de insolvencia transfronteriza y la protección de las partes intervinientes en estos procesos.

Por último, es clara la intención del legislador y del Gobierno Nacional por regular un tema de gran importancia económica y jurídica como lo es la insolvencia en el marco de los grupos de empresas. Estas normas, inspiradas en gran parte por los avances extranjeros en la materia, presentan una base similar a las normas de la Unión Europea, sin embargo, van más allá de la simple consolidación procesal al agregar la figura de la consolidación patrimonial. Además, hay que resaltar la gran diferencia del régimen colombiano con el estadounidense enmarcado en el Bankruptcy Code al establecer el primero normas concretas, y no dejar este asunto a la merced de los jueces y de la jurisprudencia como hace este último.

7. Conclusiones

- a. En el ámbito internacional existe una corriente de unificación respecto los regímenes de insolvencia de grupos empresariales y de Insolvencia Transfronteriza, especialmente respecto el sistema del derecho continental europeo. En este sistema es evidente el interés del legislador común europeo en la protección del crédito y estabilidad empresarial a través de medidas que permiten la unificación procesal de los concursos.
- b. El sistema del common law, a pesar de incorporar la Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI y tener ciertas normas respecto de la consolidación procesal, sigue manteniendo la prevalencia del precedente y de los razonamientos del juez para atajar los temas de insolvencia de los grupos empresariales. Sería entonces recomendable el establecimiento de ciertas reglas que guíen la actuación del juez concursal estadounidense para zanjar el riesgo de la elevada arbitrariedad judicial.
- c. El ordenamiento jurídico colombiano ha establecido, por medio del legislador o del Gobierno Nacional por medio de su poder reglamentario, diversas normas y medidas para tratar la Insolvencia Transfronteriza y de grupos empresariales. Estableciendo, por un lado, la comunicación, cooperación y coordinación como las bases de estos procesos, y, por otro lado, la consolidación patrimonial como una medida sumamente excepcional. Esto resulta favorable para los acreedores, especialmente respecto de las acreencias laborales, las cuales, según el artículo 27 del Decreto 1749, gozaran de la consolidación de los activos del grupo.
- d. La consolidación patrimonial se presenta como un mecanismo para subsanar situaciones de abuso del derecho y de confusión de los negocios de los miembros de un grupo empresarial. Así, se superan los límites actuales de la consolidación procesal, la limitación de la responsabilidad societaria y la presunción establecida en el artículo 61 de la Ley 1116.
- e. Los procedimientos concursales especializados en grupos de empresas están en una mejor posición para lograr la reconciliación entre los miembros del grupo y los acreedores de estos al tener mejores canales de

comunicación y cooperación. Así, desde la perspectiva de unidad económica y de empresa se eleva la posibilidad de reorganizar eficientemente las sociedades miembros de un grupo, junto con el pago de las deudas a los respectivos acreedores.

- f. La consolidación procesal de los procesos concursales de grupos empresariales permite una mejor administración del patrimonio de los miembros del grupo, así como una mejor negociación de los acuerdos de reorganización con los diferentes acreedores.
- g. El hecho de que la mayoría de los ordenamientos regulen la insolvencia de grupos empresariales desde la cooperación y comunicación puede provocar que estos procedimientos estén a la merced de la voluntad de los deudores quienes decidirán hacerse parte según su propio beneficio. Por ello, es necesario establecer facultades de oficio en cabeza de los jueces concursales para poder consolidar, cuando sea necesario, los activos del grupo o buscar alguna otra forma de coordinación.

8. Referencias

- **Doctrina**

Ayers, R. G. "Review of The Law of Corporate Groups—Bankruptcy Law, by P. I. Blumberg". United States of America: *The Business Lawyer*, 41(3), 1111–1113, 1986.

Cordoba, P. "Autonomía Privada, el Gobierno Societario y el Derecho de Sociedades - Visión General". Bogotá: *Revista de Derecho Privado*, 6, 155-182. 2000.

Cubillos, C. "Parámetros a Seguir de los Grupos Empresariales; Sistemas Anglosajón y Continental". Bogotá: *Revista E-Mercatoria*, 6(1), 1–73, 2007.

Darling, A. G., Hotze, J. C., & Blumberg, J. “Basic bankruptcy”. Sacramento: *Department of Justice, Journal of Federal Law and Practice*, 66(2), 79-96. 2018.

Elkin, J. “Lifting the veil and finding the pot of gold: piercing the corporate veil and substantive consolidation in the United States”. Texas: *Journal of Business Law*, vol. 45, no. 3, p. 241-256, 2013.

Galgano, F. *Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades (2ª ed.)*. Bogotá: Universidad del Rosario. 2012.

Garg, R. Issues in Insolvency of Enterprise Groups. New Delhi: *Journal of National Law*, University Delhi, 6(1), 50–64, 2019.

Imbrescu, C. M. “Insolvency of the Group of Companies. Agricultural Management”. Romania: *Lucrari Stiintifice Seria I, Management Agricol*, 18(2), 223–226. 2016.

Keay, A. “Stakeholder theory in corporate law: has it got what it takes”. Leeds: *Richmond Journal of Global Law and Business*, 9(3), 249-300. 2010.

Lehuedé, E. J. “Responsabilidad Por Insolvencia en Los Grupos Empresariales. Una Aproximación a La Teoría Del Administrador De Hecho en El Derecho Chileno”. Santiago de Chile: *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 567–594. 2015.

Miguens, H. J., & Rouillon, A. A. N. *Extensión de la quiebra y la responsabilidad en los grupos de sociedades*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

Montiel, C-2. *La teoría de los principios y los principios del derecho concursal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019.

Montiel, C. “Acercamiento al Concepto de Grupos Empresariales: Concurrencia de Elementos para Su Existencia”. Bogotá: *Revista E-Mercatoria*, 8(1), 1-27. 2009.

Peña, L. *De las sociedades comerciales (8ª. ed.)*. Ecoe Ediciones. Bogotá: Universidad del Rosario. 2017.

Reyes Villamizar, F. H. *Derecho societario (Cuarta edición.)*. Bogotá: Temis, 2020.

Reyes Villamizar, F. H. *Derecho societario en los Estados Unidos: Introducción comparada (2a. ed.)*. Bogotá: Legis, 2005.

Rodríguez Espitia, J. J. *Nuevo régimen de insolvencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Siemon, K., & Frind, F. “Groups of Companies in Insolvency: A German Perspective”. Hoboken: *International Insolvency Review*, 22(2), 61–84, 2013.

Sotomonte, D. R. “La Desfiguración de los Principios Concursales por la Ausencia de una Normativa Transfronteriza unificada”. *Revista de derecho privado*, número 34; procesos concursales y derecho procesal. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005.

Sotomonte Mujica, D. y Rodríguez Espitia, J. J. *El Derecho Concursal: Del Comerciante al Grupo de Empresas*. Conmemoración de los 40 años del Código de Comercio. Tomo I. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2013.

Soveral Martins, A. “Groups of companies in the Recast European Insolvency Regulation: Around and about the “group””. Coimbra: *International Insolvency Review*, 2019.

- **Normas Jurídicas**

Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre, 1995). Ley 222 de 1995.

Congreso de la República de Colombia. (27 de diciembre, 2006). Ley 1116 de 2006.
Constitución Política de Colombia (C.P.). (1991).

Decreto 410 de 1971. (16 de junio, 1971). Código de Comercio de Colombia.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (26 de mayo, 2011). Decreto 1749 de 2011.

Reglamento 2015/848, Unión Europea. Parlamento Europeo, 20 de mayo de 2015.

Título 11 del Código de Estados Unidos de América o Bankruptcy Code. Congreso de los Estados Unidos de América.