

SOCIEDADES MATRICES DE LA UNIÓN EUROPEA, Y SU RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA INSOLVENCIA DE LAS SUBORDINADAS EN COLOMBIA.¹

Por: Laura Catalina Zuluaga Meneses*

¹ El presente trabajo tiene su origen en la Maestría en derecho (profundización) de la Facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana , como artículo investigativo asesorado temáticamente por el abogado Maximiliano Londoño y metodológicamente por la abogada magister Marcela Umaña.

Resumen.

El surgimiento de nuevos actores económicos en el contexto internacional, pone en evidencia la crisis del derecho nacional como normatividad estática, razón por la cual se hace necesario la adopción de nuevas herramientas que respondan a la movilidad del mercado y que faciliten el desarrollo de las relaciones comerciales entre las sociedades, avanzando hacia la claridad en asuntos de responsabilidad civil vinculados a la insolvencia de una persona jurídica. El planteamiento hace un llamado a proponer posibles soluciones en materia de responsabilidad civil, ante la insolvencia de sociedades colombianas cuya matriz pertenezca a la Unión Europea, en procura de garantizar la estabilidad y la confianza en las operaciones económicas internacionales y su continuidad y sostenibilidad en el tiempo. El presente artículo, expone los conceptos que estructuran la responsabilidad civil de las sociedades matrices con domicilio en los países que hacen parte de la Unión Europea, ante la insolvencia de sus sociedades subordinadas en Colombia y los posibles escenarios que se pueden presentar como consecuencia de las relaciones entre ambos entes jurídicos. La información se apoya en estudios realizados en el derecho comparado, especialmente en Europa, continente pionero en temas de insolvencia transfronteriza, analizando su evolución y regulación en el tiempo, tomando como referencia el estudio de casos que han servido de norte para estructurar planteamientos que aporten seguridad jurídica y protección a las empresas nacionales constituidas con capital extranjero.-----

Palabras claves: Insolvencia, sociedades matrices, sociedades subordinadas, transfronteriza, globalización, subordinación, situaciones de control.

Abstract:

The emergence of new economic actors in the international context , highlights the crisis of national legislation by its static character. Likewise, with the increase of international economic relations, it is necessary to adopt tools that facilitate the mobility of trade and the development of legal relations, structuring clear rules on the stage of liability where the damage is reflected in the insolvency of a company subject to the control of another legal entity established in the countries of the European Union.

This paper presents the concepts covering the civil liability of parent companies that are part of the European Union, by the insolvency of their subsidiaries in Colombia . The information is based on studies of comparative law especially in Europe, a pioneer in cross-border insolvency issues continent , analyzing their evolution and regulation over time, with reference to the studies that have served to structure a response that provides legal certainty and protection to domestic companies with foreign capital.

Key Words: Insolvency, parent, subsidiary companies, cross border, globalization, subordination, control situations.

Introducción

La responsabilidad civil de las sociedades matrices de la Unión Europea, por la insolvencia de la sociedades subordinadas en Colombia, se ubica en un tópico de

investigación del comercio extracomunitario, alusivo a transacciones de importación y exportación realizadas por los miembros del mercado único europeo con terceros países. Las normas que se aplican en estos intercambios, son las que promulga la Organización Mundial del Comercio en cuanto a las obligaciones contractuales, incluyendo contratación pública, en la búsqueda de mayor fluidez en las relaciones económicas.

Se han hecho grandes esfuerzos en el país para suscribir tratados de libre comercio, lo que conlleva al aumento de las operaciones comerciales de las sociedades colombianas y extranjeras, y a su vez una mayor actuación por parte de los socios y administradores de las sociedades, quienes con la intención de expandir el desarrollo de su objeto social, controlan otras sociedades en el país de su domicilio o por fuera de éste, y en otras ocasiones establecen sucursales extranjeras; generando eventuales escenarios de responsabilidad civil en la insolvencia, especialmente en el tráfico económico internacional, que exige una reparación eficiente de los daños causados. La definición de cada uno de los conceptos que integran la propuesta a desarrollar, busca delimitar los posibles argumentos y teorías que podrían exponerse desde la dogmática y la jurisprudencia, en el desarrollo de la solución de controversias.

La delimitación para la escogencia del tema requería de unos agentes definidos territorialmente, con la finalidad de trazar aspectos aplicables a posibles conflictos jurídicos que se presentarán en el escenario de la responsabilidad civil materia de estudio.

Algunos países que hacen parte de la Unión Europea, como Alemania y Francia han creado las bases para las teorías y los elementos que estructuran el estudio y las bases de la responsabilidad en Colombia, tal como se demuestra con la evolución doctrinal de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, la cual surge a partir del derecho francés, lo que permite un análisis en ambos ordenamientos jurídicos en los elementos que pueden fundamentar un eventual proceso de responsabilidad civil por insolvencia, lo que justifica el planteamiento del tema a desarrollar precisamente con la Unión Europea.

Adicionalmente, el derecho francés a nutrido al derecho colombiano con la evolución jurisprudencial que Colombia ha tenido, siguiendo los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia francesa, avanzando aún más, ejemplo de ello es el desarrollo de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, al considerar como responsabilidad directa de éstas, no sólo los actos realizados por los órganos de representación, lo cual viene del derecho francés, sino que también incluyó a los órganos de ejecución². Esta evolución doctrinal originada en el derecho francés se encuentra vigente.

Así mismo, bajo el contexto analizado, es necesario tener definido el conjunto de reglas en materia de responsabilidad civil que eventualmente podrían aplicarse, en virtud de los daños derivados del ejercicio de una situación de control empresarial, donde las decisiones de la matriz pueden ser a su favor y en perjuicio de las sociedades subordinadas, afectando a su vez a terceros de buena fé, incluyendo el estado colombiano.

2 Corte Suprema de Justicia. 30 de junio de 1992.

En consecuencia, es imperante establecer mecanismos que regulen la responsabilidad civil de sociedades, socios, administradores y terceros, en el control de sociedades que lleven a la insolvencia empresarial de la sociedad colombiana subordinada a la sociedad europea matriz, buscando crear cláusulas estatutarias de carácter preventivo, que consagren la responsabilidad objetiva de la sociedad controlante, por las decisiones que tome en su beneficio y que pongan en riesgo el equilibrio económico de la sociedad controlada.

No obstante, uno de los comportamientos que pueden alertar sobre los riesgos de insolvencia empresarial, consiste en la cesación de pagos por parte de la sociedad controlada. Tal conducta omisiva es considerada como la mayor fuente generadora de daños a la empresa, centro del corazón de toda la economía³. El origen del incumplimiento de las obligaciones, se desencadena en la voluntad y la conducta de los socios, administradores o empleados profesionales de la sociedad, o por la omisión consistente en no impedir el deterioro patrimonial de la sociedad controlada.

Señala el doctor Maximiliano Londoño⁴: *“La dirección y administración de la empresa han sido objeto de desarrollos especiales en materia de responsabilidad. Estos desarrollos han sido especialmente trascendentales en el caso de las empresas en crisis, toda vez que las dificultades económicas de la empresa amenazan de manera grave la subsistencia de la empresa como unidad de explotación económica y fuente*

³ BALVIN, Sebastián. Quiebra y responsabilidad de administradores y terceros. Buenos Aires República Argentina. 2008.

⁴ LONDOÑO, Maximiliano. Responsabilidad civil, control y administración de la empresa en crisis. Trabajo para obtener el título de especialista en responsabilidad civil y seguros. Medellín – 2007.

generadora de empleo, el derecho de crédito y los intereses de quienes han realizado aportes al fondo económico que sustenta la actividad.”

En este orden de ideas, la responsabilidad civil que configura el daño de la insolvencia empresarial transfronteriza, dentro del marco territorial determinado para este análisis, requiere de una delimitación en los factores objetivos y subjetivos que la integran, planteando un posible escenario acorde con las exigencias internacionales de los mercados, en cuanto a las formas de compensación en controversias por incumplimientos contractuales determinados por el poder de decisión concentrado en las sociedades matrices europeas.

Las conclusiones buscan plantear posibles soluciones a una situación desconocida todavía en la práctica y en el contexto de responsabilidad civil, agrupando todos elementos que serán necesarios para la configuración de la responsabilidad civil con las delimitaciones aplicadas geográficamente y en cuanto al daño causado, motivo por el cual deben ser tomadas como propuestas a una situación, que de conformidad con la consulta realizada a la Superintendencia de Sociedades, no ha sucedido a la fecha.

1. Contextualización del tema

En primer lugar, el escenario de la responsabilidad civil propuesto, se desarrolla bajo el contexto de la **globalización**. Actualmente, los diferentes marcos jurídicos de los estados se enfrentan al inicio de una nueva época, donde los límites fronterizos no existen en materia comercial, surgiendo la necesidad de aplicar ordenamientos jurídicos que se integren cada vez más con normas de derecho internacional público y privado, con una visión más amplia y pluridimensional de las diferentes situaciones

jurídicas, que pueden presentarse con ocasión de las relaciones contractuales y extracontractuales, generadas entre personas naturales y jurídicas de diferentes países.

La velocidad de las relaciones comerciales actuales, requiere de medidas jurídicas ágiles y eficientes, que se anticipen a los problemas jurídicos que puedan surgir en el dinamismo de la economía global, como en el caso de la insolvencia empresarial, que genera la cesación de pagos y el incumplimiento contractual, desacelerando o suspendiendo el crecimiento en un sector de la economía nacional.

Los antecedentes de la globalización, se ubican a mediados del siglo xx, después de una calma histórica, donde las motivaciones de grandeza fueron reprimidas. Sin embargo, empiezan a surgir las grandes empresas capitalistas, bajo la premisa de crear sociedades de consumo, compuestas por los denominados hombres masa⁵. Como respuesta a la generación de altas necesidades de consumo, el comercio emerge de un lugar a otro de manera progresiva y en cantidades exorbitantes, ejemplo de ello es el desarrollo acelerado de la tecnología, los medios de comunicación y de transporte.

Es así como la globalización nos lleva a analizar ópticas del derecho que no habían sido cuestionadas anteriormente, y que inevitablemente requieren de una respuesta, a la luz de la integración económica cada día mas cotidiana, entre América Latina, específicamente Colombia con su estructura jurídica, con los países que conforman la Unión Europea. Por lo anterior, es que surge la necesidad de definir un cauce común de legalidad, en situaciones de control entre sociedades matrices europeas y empresas

5 PAMPILLO Juan Pablo. Una teoría global del derecho para una nueva época histórica. Chía Colombia. 2010.

subordinadas colombianas cuya relación desencadene la insolvencia de las compañías nacionales.

Con el surgimiento de las economías emergentes, para satisfacer las necesidades de consumo, nace la Unión Europea, producto de la integración entre países vecinos, en la búsqueda de una economía más sostenible que le permita interactuar con el resto de la economía mundial. La relación entre los países que conforman esta estructura política, se fundamenta en el principio de solidaridad y complementariedad entre los diferentes estados.

2. Contextualización del concepto transfronterizo.

El término transfronterizo alude a operar por fuera de las fronteras territoriales, marítimas, legislativas, culturales, como consecuencia de la globalización y de la apertura de transacciones comerciales que requieren armonización y unificación en materia de leyes civiles y comerciales, garantizando a sociedades, empresarios e inversionistas certeza sobre la legislación a que se acogen en el desarrollo de sus negocios⁶.

Las relaciones contractuales y extracontractuales transfronterizas, conforman el antecedente de la existencia de los tratados internacionales en diversos temas, así como la creación de diferentes comunidades como la Unión Europea, donde cada uno de los estados miembros se acoge a una regulación, sin importar las fronteras geográficas, conservando cierto grado de soberanía, bajo la integración de un gobierno

⁶ FONSECA Sandra. Régimen de insolvencia empresarial: Propuesta de unificación de los privilegios concursales para los países miembros para Comunidad Andina de Naciones. Universidad Sergio Arboleda. 2007. Bogotá.

común, incluyendo procesos de insolvencia empresarial transfronteriza para sus países miembros, con procesos accesorios de responsabilidad civil, ante el deber de conservación de la empresa frente al fenómeno de la constitución de filiales y sucursales en diferentes países del mundo, dando paso a la libre circulación de personas, bienes y servicios, los cuales pueden eventualmente sufrir una crisis en su actividad que le impide atender obligaciones contraídas por el deudor con sus acreedores, y ante el contexto mundial actual se aumentan las posibilidades de insolvencias transfronterizas de sociedades, ante lo cual debe buscarse un marco legislativo que otorgue seguridad jurídica en el tráfico mercantil, aumentando la eficiencia en los procedimientos judiciales y el uso alternativo del derecho. La eliminación de fronteras para integrar la economía mundial es un fenómeno social, político y económico que seguirá aumentando con la progresividad de figuras jurídicas como escisiones, fusiones transnacionales y ofertas públicas de adquisición.

3. Evolución del concepto de insolvencia y derecho comparado.

El pionero en experiencias de insolvencia transfronteriza es la Unión Europea; actualmente el régimen de insolvencia entre sus países miembros está consagrado en el reglamento europeo 1346 de 2000, dentro del cual se hace referencia a la existencia de un proceso de insolvencia principal, cuya ubicación se determina por el estado miembro en el que el deudor tenga el centro de administración de sus intereses. Paralelamente pueden existir procesos secundarios en el estado miembro en el que el deudor tenga un establecimiento; sus efectos están limitados a los bienes ubicados en los estados miembros donde se originen procesos secundarios y a sus acreedores

locales. Una de las causas que genera la apertura de procesos secundarios son las diferencias abismales entre el sistema jurídico del estado miembro donde se lleva a cabo el procedimiento principal, y el sistema jurídico del estado miembro donde la sociedad insolvente posee activos, debido a que en ciertos casos pueden surgir dificultades cuando los efectos del proceso principal se extienda a los estados miembros de donde estén situados los activos. Con la apertura de procesos secundarios se buscan evitar las anteriores dificultades, buscando una administración eficaz de los bienes y la coexistencia de varios procesos de insolvencia respecto al mismo deudor bajo los principios de cooperación y comunicación.

Como antecedente histórico es importante resaltar el aporte que hizo el borrador de la convención sobre procedimientos de insolvencia en 1968, regulando en la sección segunda los efectos del concurso en los miembros de cualquier persona jurídica con régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada, (se puede iniciar proceso concursal contra ellos cuando sus normas internas lo permitan), los efectos del concurso sobre los administradores de la persona jurídica y las acciones de responsabilidad civil del concurso. El proceso concursal de la persona jurídica, el proceso concursal de sus administradores y socios y las acciones de responsabilidad civil, tenían la misma jurisdicción siempre y cuando la declaratoria de concursado, del administrador fuere por causa o con ocasión del concurso de la persona jurídica y su responsabilidad en dicho evento.

Por otro lado, el borrador de la convención sobre procedimientos de insolvencia en 1968, estableció acciones derivadas del procedimiento concursal, tales como acciones revocatorias, acciones de reintegro del patrimonio con fundamento en la declaratoria de

invalidez de un acto realizado dentro del periodo de sospecha, acciones que persigan la indemnización, (acciones de responsabilidad civil), por los eventos anteriormente mencionados, solicitud de suspensión de operaciones efectuadas en fraude a acreedores, disputas originadas en las actuaciones del liquidador o agente del concurso respecto a enajenación de activos, rendición de cuentas, falta de diligencia, (actuaciones inmersas en el marco de la responsabilidad civil), acciones de separación de bienes del patrimonio del deudor, acciones contra el cónyuge del concursado, disputas relativas a la admisión o no de créditos de los acreedores, disputas sobre la terminación de contratos por causa o con ocasión del proceso concursal, a excepción de los contratos laborales y de arrendamiento.

En las acciones descritas se generan responsabilidades atribuibles a sujetos que intervienen en actuaciones que rodean el concurso por insolvencia de la persona jurídica, son situaciones de insolvencia que pudieron llevar a la sociedad a una cesación de pagos de sus obligaciones contractuales.

El borrador de la convención de 1968 fracasó. Uno de los factores que lo llevó al fracaso y que tiene alguna relación con el tema a investigar, es que los estados contratantes no estaban listos para que las normas de otros estados fueran aplicadas sobre sus nacionales, sobre todo a aquellos que la ley beneficiaba a unos estados más que a otros.⁷

En el año de 1980 fue revisado nuevamente el procedimiento de insolvencia entre los países europeos, regulando los efectos del concurso en los miembros de cualquier

⁷ Duran, Antonia. Europeización del derecho internacional privado: Del convenio de Bruselas de 1968 al reglamento (U E) 1215 de 2012. Notas sobre el proceso de construcción de un espacio judicial europeo. Salamanca. España. 2013.

persona jurídica a quienes se les pudiere aplicar un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada, los efectos del concurso sobre los administradores de la persona jurídica, y también se faculta al liquidador de la empresa, para que actúe como acreedor, en los procesos concursales de los administradores de la persona jurídica o sus miembros.

Posteriormente se celebró el Convenio de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia de 1995, el cual no sufrió modificaciones ni avances importantes, así mismo sucedió con el Reglamento del Consejo Europeo 1346 de 2000, donde se establecieron un grupo de principios y reglamentos de obligatorio cumplimiento en todos los casos de insolvencia transfronteriza de ámbito comunitario.

La Convención de Estambul en 1990, adoptó una cooperación judicial y una asistencia legal, dejando de lado el principio de la unidad – universalidad. La convención excluye de su aplicación a los procedimientos concursales con relación a empresas de seguros e instituciones de crédito. Así mismo, establece para la jurisdicción principal (donde se encuentre el centro de los intereses del concursado, es decir, su domicilio), un procedimiento, como también establece procesos secundarios en diferentes estados donde se encuentren los bienes de la sociedad insolvente, y la transferencia de remanentes entre los distintos procesos.

Finalmente, la competencia residual, donde podría iniciarse el procedimiento principal, corresponde a cualquier estado miembro en el que la persona jurídica tenga un establecimiento de comercio.

4. Las organizaciones internacionales frente a la insolvencia transfronteriza.

Diferentes instituciones han participado en la evolución del concepto y aplicación de la insolvencia transfronteriza a nivel mundial, promoviendo principios rectores que han inspirado varias legislaciones internas que comparten el mismo origen. Las siguientes organizaciones se destacan por su aporte al derecho mercantil internacional y a la creación de leyes marco en materia de insolvencia:

- a. **La International Bar Association.** (<http://www.ibanet.org>) Textos de ésta organización de abogados: The Model International Insolvency Co- operation Act (MIICA). Nueva legislación marco elaborada por esta organización en materia de insolvencia.
- b. **The Cross-border insolvency concordat – 1995** : El consejo de la asociación internacional de abogados en Paris, en el año de 1995, aprobó lo denominado concordato de insolvencia transfronteriza, creando una serie de principios generales en el tema, bajo la teleología de la no implementación de normas rígidas y la armonización de procedimientos de insolvencia transfronteriza que buscan llenar los vacíos actuales en la materia desde el derecho internacional. La función de estos principios generales contenidos en el concordato es que fueran utilizados y sugeridos a las partes de un proceso de insolvencia transfronteriza, a los jueces y tribunales involucrados en ellos, como medida provisional ante la ausencia de tratados o normativas adoptadas entre diferentes países que tuvieran relaciones comerciales. Se caracteriza por promover un régimen de insolvencia justo, previsible y

- conveniente, otorgándole herramientas a los abogados para adaptarse a las circunstancias de cualquier insolvencia transfronteriza en particular.
- c. The American Law institute:** Proyecto de insolvencia transnacional que produjo: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries (Principios de cooperación entre los países del tratado de libre comercio de América del norte); International Statement of United States Bankruptcy Law (declaración internacional sobre ley de bancarrota de Canadá) e International Statement of Mexican Bankruptcy Law (declaración internacional sobre la ley concursal de Mexico).
- d. Instituto internacional de insolvencia – International insolvency institute**
Realiza el proyecto: Transnacional insolvency project, trata sobre principios de cooperación y comunicaciones entre cortes para los casos de insolvencia transfronteriza.
http://www.ali.org/doc/nafta_2003.pdf
<http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf>
- e. Comisión de Naciones Unidas para el derecho internacional (CNUDMI)**
La comisión de las naciones unidas para el Derecho mercantil Internacional (UNCITRAL) finalizó y adoptó la ley modelo sobre insolvencia transfronteriza, incorporada a la legislación de los siguientes países: Australia (2008), Eslovenia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Japón (2000), Mauricio (2009), Mexico (2000), Polonia (2003), Montenegro (2002), Nueva Zelanda (2006), República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004), Sudáfrica (2000) y territorio de ultramar del Reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Islas Virgenes Británicas (2005).

- f. **Tratado de derecho comercial internacional de Montevideo del 12 de febrero de 1989.**
- g. **Tratado de derecho comercial Terrestre internacional de Montevideo de 1940**
Artículos 40 -53: Concursos mercantiles, hace una adecuación a la realidad jurídica de 1940.
- h. **Tratado de derecho procesal internacional de Montevideo de 1940:** Sólo reguló concursos civiles de acreedores.
- i. **Código de derecho internacional privado de 1928 (Código de Bustamante)** (Sólo para America latina).
- j. **Convenio Franco – Belga del 8 de julio de 1899, sobre competencia judicial, valor y ejecución de las resoluciones judiciales, laudos arbitrales y documentos públicos con fuerza ejecutiva.**

5. Normas de insolvencia transfronteriza en Colombia.

En el caso colombiano, la primera normatividad en regular asuntos de insolvencia transfronteriza, fue la Ley 1116 de 2006, al incorporar la ley modelo de UNCITRAL. En materia transfronteriza indica temas como el reconocimiento de procedimientos extranjeros, cooperación de tribunales entre distintos estados, procedimientos concurrentes o paralelos, acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales y procedimientos y su propio ámbito de aplicación, los temas regulados comprenden:

- Acceso de los representantes y acreedores extranjeros ante las autoridades colombianas
- Reconocimiento de un proceso extranjero y medidas otorgables
- Cooperación con tribunales y representantes extranjeros

- Existencia de procesos paralelos, surgiendo el interrogante respecto a la clase de procesos paralelos, si podrían ser de responsabilidad civil derivados de la insolvencia o se refiere estrictamente a procesos paralelos de insolvencia. Respecto a la responsabilidad civil actualmente se presentan litigios entre los países de la Unión Europea, especialmente cuando la sociedad matriz se encuentra en otro estado diferente al de la sociedad subordinada, y pretende aplicarse el principio de responsabilidad solidaria de la Unión Europea, como es el caso.

6. El derecho comparado y la legislación colombiana respecto a la insolvencia transfronteriza.

El marco jurídico de la Unión Europea, responde a la expansión de las relaciones entre sus diferentes países e individuos, logrando la armonización de las legislaciones en temas de derecho concursal, responsabilidad civil y derecho comercial. La integración de los países sucede con la unificación legal en principios rectores de los diversos ordenamientos jurídicos, lo cual conlleva no solo al movimiento de inversiones y utilidades de un país a otro, sino que también tienen en ciertos casos, efectos y resultados negativos, como los que se presentan ante el fenómeno de la **insolvencia empresarial**.⁸ Tal estado económico de quiebra y detrimento patrimonial, puede ocasionarse de manera intencional en el contexto de las personas jurídicas, cuando ocurre entre sociedades que interactúan en una situación donde una de ellas tiene el poder de decisión sobre la que sufre el deterioro de su capital, y en consecuencia, se actúa en defensa de los intereses de la sociedad dominante. El marco jurídico de la

⁸ El término de insolvencia es definido como la falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda. (REAL academia española. 20013)

insolvencia empresarial es diferente en cada estado que hace parte de la Unión Europea, sin embargo, todos tienen como finalidad la organización de los acreedores en algunas casos para reorganizar la empresa, o su liquidación definitiva.

7. Origen del régimen de insolvencia empresarial en Colombia.

El régimen de insolvencia empresarial, constituye el marco normativo regulador del concurso en Colombia, el cual tuvo sus inicios en 1940 con una escasa regulación en el Código de Procedimiento civil, respecto al concurso de acreedores, posteriormente el Código de Comercio expedido en 1971, reglamentó el concordato preventivo y la quiebra.⁹

Luego de varias reglamentaciones, el 27 de diciembre de 2006 se promulgó la ley 1116 con el nombre de régimen de insolvencia empresarial, estableciendo el actual régimen concursal en Colombia, buscando adaptar la legislación comercial a las condiciones del comercio internacional y cuya finalidad esencial es salvar la empresa en crisis. Es así como se determinó mediante la ley de insolvencia empresarial, que una sociedad se encuentra en estado de insolvencia cuando se presenta una cesación de pagos por más de noventa días, de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores contraídas en el desarrollo de su actividad o que tenga por lo menos dos demandas de ejecución de dos o más acreedores para el pago de obligaciones.

En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones debe representar no menos del 10% del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la

⁹ ISAZA Álvaro, LONDOÑO Álvaro. Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Bogotá, Colombia. 2011.

solicitud, además de una incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave el cumplimiento normal de sus obligaciones con vencimiento igual o inferior a un año.¹⁰

La ley 1116 une los conceptos de insolvencia transfronteriza, e incorpora la ley modelo de Uncitral¹¹, creada por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, con la finalidad de resolver casos en los que deudores y acreedores tiene negocios en mas de un Estado, permitiendo una cooperación internacional en temas como el reconocimiento de procedimientos extranjeros, comunicación entre tribunales de distintos estados, procedimientos concurrentes o paralelos, acceso de los acreedores extranjeros a los tribunales y procedimientos en diferentes países.

Aunque no se reguló de forma taxativa la forma de hacer efectiva la cooperación entre tribunales representantes extranjeros en la ley 1116 de 2006, en lo relacionado con la insolvencia transfronteriza, se ha pensado en el nombramiento de un órgano o persona que actúe bajo la dirección de la autoridad colombiana y ante el tribunal extranjero que coordine los bienes del deudor, su administración, la información, y los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente contra el mismo deudor en diversos estados ; A su vez dicho órgano puede ampliar sus funciones coordinando los procesos de responsabilidad civil accesorios a la insolvencia transfronteriza.

10 Congreso de la República de Colombia .Ley 1116. 2006. Bogotá, Colombia.

11 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2006. <http://www.uncitral.org>

La regulación de la insolvencia transfronteriza en el derecho colombiano es una herramienta para la apertura de mercados internacionales, eliminando obstáculos normativos, que a su vez abren puertas para propuestas legislativas, que respondan a procesos de responsabilidad civil donde se busque la compensación eficiente del daño causado, buscando alternativas como la destinación obligatoria del remanente social en un proceso concursal, a los procesos de responsabilidad civil concatenados con la insolvencia de una sociedad sometida al régimen concursal.

En los próximos apartes, se exponen los diferentes escenarios de responsabilidad que pueden presentarse con ocasión de la insolvencia, en primer lugar se desarrolla el escenario de la responsabilidad subsidiaria por la situación de control, en segunda se analiza la responsabilidad contractual en la que puede estar tipificada la conducta de la sociedad, y por último se desarrollan aspectos que pueden aplicarse entre la responsabilidad civil de la sociedad controlante y la figura de abuso del derecho, para pasar a analizar los principios generales que en materia de responsabilidad civil rigen en la Unión Europea y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico colombiano.

10. Sociedades matrices y subordinadas: El concepto de la palabra matriz que aplica al tema en estudio es aquel que la define como entidad principal generadora de otras¹², en este caso, sociedad principal de la cual dependen una o varias sociedades. Para que una sociedad pueda ser matriz requiere una relación de subordinación con las sociedades que controla y esa relación puede configurarse a partir de la constitución de sociedades en las que posee más del 50% del capital, como consecuencia de una escisión por creación, o de manera posterior a la constitución de la sociedad controlada,

12 REAL academia española. 2013.

en los casos de compra de acciones o cesiones de cuotas, cuyo socio mayoritario es la llamada sociedad matriz.

Una vez configurada y constituida la situación de control, para el caso colombiano, debe realizarse su inscripción en el registro mercantil para efectos declarativos, mediante comunicación del representante legal de la sociedad controlante, indicando el presupuesto que da lugar a la situación de control, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en el artículo 30 de la ley 222 de 1995, la cual aplica para sociedades matrices nacionales y extranjeras que tengan vinculados bienes, inversiones, o participen en actos jurídicos o contratos de sociedades en Colombia, al no distinguir la legislación colombiana la nacionalidad de las sociedades que deben inscribir la situación de control, así mismo aplica para las sociedades subordinadas nacionales o extranjeras.

Esta exigencia legal de inscribir la situación de control de las matrices y subordinadas extranjeras, es una aproximación para llevar a cabo procesos en los que una sociedad extranjera calificada como matriz de una sociedad colombiana puede responder por la insolvencia de esta, probando la situación de control, mediante certificado existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de las sociedades involucradas.

La responsabilidad civil de las sociedades matrices con respecto a las subordinadas, surge por el ejercicio del poder casi que autónomo de las matrices, influenciando en las decisiones que tomen los órganos de administración de las sociedades controladas, dentro de un margen de discrecionalidad que debe limitarse a pesar del control sobre el funcionamiento de la empresa subordinada, pues el interés del grupo, de manera conceptual es distinto al interés de cada una de las empresas que lo integran, y ese

interés es un factor limitante para la administración de la sociedad matriz. En consecuencia, los administradores de las empresas subordinadas, bajo el presupuesto de cumplir el deber de lealtad, están obligados a rechazar decisiones de la matriz o del grupo empresarial que ocasione pérdidas irreparables en la empresa, en virtud de que la situación de subordinación no lo exime de responder por sus deberes como administrador en su modelo a seguir de buen hombre de negocios. Por otro lado, no debe ignorarse la situación de los acreedores de la sociedad controlada, donde algunas legislaciones como las mejicanas han hecho responder a todo el grupo empresarial, en los casos en que se configura una situación de control en su interior, por la obligaciones de las sociedades controladas. Actualmente se presentan litigios de responsabilidad civil al interior de la Unión Europea bajo el contexto trasnacional, donde se involucran sociedades matrices y subordinadas, ejemplo de ello es el caso¹³ de las empresas portuguesas Impacto Azul y BPSA 9, las cuales celebraron un contrato de promesa de compraventa en virtud del cual Impacto Azul se comprometió a vender una nueva construcción para BPSA 9, y éste se comprometió a comprar. Según Impacto Azul, BPSA 9 no cumplió sus obligaciones contractuales. BPSA 9 fué 100% propiedad de SGPS, que también tenían su sede en Portugal, y que fue, a su vez, totalmente controlada por la francesa Bouygues Immobilier, la empresa matriz que gestiona todas las empresas que forman el grupo. Debido a la crisis económica y las condiciones desfavorables del mercado, Bouygues Immobilier decidió retirarse del proyecto, causando pérdidas a Impacto Azul. Las sociedades demandadas afirmaron que las normas portuguesas no aplican el principio de la responsabilidad solidaria de las

13 Consultado en la página conflictoflaws.net el 27 de junio de 2014.

matrices respecto a sus subordinadas, cuando la matriz no está en el mismo estado de la sociedad subordinada, en éste caso la matriz está ubicada en Francia; al respecto se afirmó que las normas que regulan los grupos societarios en virtud de situaciones de control no están armonizadas a nivel de la Unión Europea, por lo que los Estados miembros, en principio son los competentes para elegir la norma aplicable, por ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea refiriéndose expresamente a la responsabilidad de las sociedades matrices sobre las deudas de las sociedades subordinadas, en sus consideraciones hace alusión a la alternativa de los medios contractuales para determinar y establecer el sistema de responsabilidad solidaria por las deudas de la sociedades filiales que se encuentren en otro estado. En este caso también puede visualizarse el poder de decisión y de determinación que tiene la sociedad matriz sobre la sociedad subordinada, donde los verdaderos administradores sobre ésta son los de la controlante y son quienes la llevan a conflictos por responsabilidad civil en el incumplimiento contractual descrito.

En este orden de ideas, la sociedad subordinada es aquella que depende de la sociedad matriz, que para este caso el control se genera de una sociedad extranjera respecto a una sociedad colombiana, es por esto que el tema tiene una importancia trascendental, teniendo en cuenta que si se presenta la insolvencia de una sociedad colombiana, se está quebrantando la estructura económica del país, la inversión extranjera que se había destinado a determinado sector productivo desaparece, y la estadística en utilidades por dicha inversión se afecta, generando desconfianza para constituir sociedades con capital extranjero en Colombia sino se esclarece la causa de la insolvencia.

Así pues, con la determinación de estrategias legislativas y estatutarias en lo que respecta a situaciones de control empresarial transfronterizo, se conserva la inversión extranjera en el tiempo, se sostiene el empleo y la salvaguarda del sistema crediticio ante la intervención del Estado en la voluntad de aquellos administradores y socios que intencionalmente busquen la insolvencia de las empresas constituidas en Colombia.

11. Conceptualización de la subordinación empresarial y su relación con la responsabilidad civil, en el escenario de la responsabilidad subsidiaria.

El término subordinación ha sido definido como la pérdida de autonomía de predominio económico, financiero, administrativo de una sociedad por parte de otra llamada matriz, en virtud del sometimiento de la capacidad decisoria de la sociedad a la voluntad de otra u otras personas¹⁴.

En el tema que nos ocupa, señala el Doctor Maximiliano Londoño: *Es apenas entendible que los actos del controlante puedan dar lugar a la situación de insolvencia de la controlada, con repercusiones que puedan afectar a terceros que sufren daños como consecuencia de dicha situación. No es extraño pensar en una matriz que utiliza su poder de decisión sobre la sociedad subordinada, en beneficio propio, pero con perjuicio de socios y de terceros*¹⁵

La subordinación de una sociedad a otra puede conllevar a un grado tal de control, que la existencia de la sociedad subordinada puede verse en riesgo, según los intereses de la sociedad que la controla, o también llamada matriz; es por ello que la ley 1116 de

14 Código de Comercio, artículo 262, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995.

15 ISAZA Álvaro, LONDOÑO Álvaro. Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Página 387. Bogotá, Colombia. 2011.

2006 regula para las sociedades domiciliadas en Colombia, la responsabilidad subsidiaria de la matriz, ante el concordato o liquidación obligatoria, cuando la insolvencia de la controlada o subordinada se cause por la actuación de la controlante.

En este orden de ideas, la ley 222 de 1995 introdujo modificaciones al artículo 260 y siguientes del código de comercio, definiendo los siguientes presupuestos para la configuración de situaciones de control entre sociedades, los cuales no son taxativos, y pueden presentarse otras situaciones que desencadenen el control empresarial:

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

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

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.¹⁶

A partir de la existencia de subordinación, el artículo 61 de la ley 1.116 de 2006, consagra la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz por las deudas de la controlada cuando ésta no puede responder por sus propias deudas; **la norma no hace**

¹⁶ Código de Comercio, artículo 261, subrogado por el artículo 27 de la ley 222 de 1995.

referencia a la nacionalidad de las sociedades, por lo que podría aplicarse dicha configuración de responsabilidad entre sociedades colombianas y extranjeras.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, la acción de responsabilidad consagrada en el artículo 61, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años.

Otro de los elementos importantes para que se configure la responsabilidad de la sociedad matriz, es el nexo causal, y consiste en que la situación de insolvencia o liquidación judicial se haya producido por causa o con ocasión de las actuaciones de la matriz, por su interés y por la existencia de la subordinación y en contra del interés de la sociedad subordinada que se encuentra en liquidación judicial, o en reorganización.

Lo anterior se reglamenta en la ya mencionada norma especial que introdujo el régimen de insolvencia colombiano, (artículo 61 de la ley 1116 de 2006), donde se presume que la situación de insolvencia de la sociedad controlada, fue causada por las actuaciones de control provenientes de la sociedad controlante quien podrá demostrar otra causa.

La presunción expuesta, no incluye el otro presupuesto para que se configure la responsabilidad civil y es demostrar que la actuación de la sociedad controlante, fue en defensa y en beneficio de sus intereses y en perjuicio de la sociedad controlada que sufre un detrimento patrimonial.

Al respecto señala Maximiliano Londoño:

“En consecuencia surge el siguiente interrogante: ¿El inciso segundo del artículo 61 también presume que los actos fueron realizados en interés de la matriz (o de sus subordinadas) y en contra de la sociedad en reorganización o liquidación? Creo que la respuesta a este interrogante es negativa. La presunción que venimos comentando se

refiere solo a la causalidad del acto de control con la situación de insolvencia y, por ello, no puede extenderse por vía analógica y contemplar el punto relativo a presumir la contraposición de intereses que debe presentar el acto. Esta interpretación extensiva en materia de presunciones no es de recibo.”

Siguiendo con los elementos que estructuran la responsabilidad civil para el caso en estudio, para que la sociedad matriz responda subsidiariamente por las obligaciones de la sociedad subordinada, es necesario que exista y que se demuestre el daño causado al acreedor de ésta, probando los elementos que configuren su crédito.

Otro evento de responsabilidad subsidiaria de los socios consagrado en la ley 1116 de 2006, aplicable a la sociedad matriz por calidad de socia mas no de controlante, es la consagrada en el artículo 49 sobre aspectos relativos a la apertura de la liquidación judicial, estableciendo que: “Si el juez del concurso verifica previamente que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente en cuanto a llevar contabilidad regular de sus negocios, conforme a las leyes vigentes, podrá ordenar la disolución y liquidación del ente, en los términos del artículo 225 y siguientes del Código de Comercio, caso en el cual los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes”.

12. Análisis de los elementos que estructuran el escenario de la responsabilidad civil contractual de la persona jurídica controlante.

Apartándonos de la responsabilidad subsidiaria que tiene la sociedad controlante respecto a la deudas de la controlada, pasamos al otro escenario que proyecta la situación de insolvencia de una sociedad, que consiste en el hecho dañoso de dejar a

la persona jurídica misma en estado de insolvencia, y la responsabilidad no por las deudas sino por la imposibilidad en que queda la sociedad controlada para ejercer su objeto social en Colombia, generando adicionalmente perjuicios a los socios minoritarios, en el caso que existan, a los administradores de la sociedad subordinada, o a un determinado sector de la economía nacional. En otras palabras, es analizar los elementos de la responsabilidad civil imputables a la sociedad matriz por la insolvencia de la subordinada, y si del análisis se desprende la indemnización de perjuicios por parte de la sociedad controlante, se establece la posibilidad de reorganizar la sociedad controlada y de evitar su liquidación. Por lo tanto, la sociedad controlante se ve inmiscuida en dos escenarios de indemnización: El primero es la responsabilidad subsidiaria por las deudas de la sociedad controlada, y el segundo es la indemnización de los perjuicios que debe efectuar a la persona jurídica controlada por las conductas dolosas o culposas ejercidas como accionista.

En primer lugar es pertinente precisar que la relación entre la sociedad controlante y controlada, surge en virtud del contrato de sociedad, de donde deben establecerse los deberes de los socios con la sociedad que constituye, la cual en este caso sería una sociedad controlada en cumplimiento de alguno de los presupuestos para la configuración de la situación de control.

Desde los elementos que estructuran la responsabilidad civil de la sociedad matriz, podría determinarse que el elemento subjetivo lo conforma la defensa de los intereses de la sociedad controlante, y en consecuencia la conducta dolosa de dejar en situación de insolvencia a la sociedad que controla. Sin embargo, la sociedad también pudo haber actuado de una manera culposa, respecto a lo cual, a la luz de la

responsabilidad civil tendríamos que analizar si la sociedad controlante actuó de manera imprudente, negligente o tenía poca pericia para manejar los negocios en Colombia.

Así las cosas, si el ordenamiento jurídico impone a los individuos de determinado territorio en forma expresa ciertos deberes y obligaciones, el incumplimiento de éstos genera automáticamente, la culpa en el transgresor de la norma. En este sentido se ha pronunciado el Doctor Javier Tamayo con respecto a la configuración de la culpa¹⁷.

En este orden de ideas, el socio o accionista controlante debe cumplir con el deber general de prudencia que debe tener todo buen hombre de negocios a través de los actos de sus administradores, bajo el supuesto de concebir a la matriz social o accionista como persona jurídica. No obstante, los estatutos requieren de cláusulas donde los socios se obliguen a proteger la sociedad en la cual participan y a defender sus intereses, especialmente por la inversión extranjera percibida por el país. En consecuencia, ante el incumplimiento del deber general de prudencia y de los deberes explícitos en los estatutos para los socios, se configura la culpa contractual de la sociedad controlante, por el incumplimiento de una obligación preexistente, o por cumplirla mal, o bien, ante la conducta dolosa consistente en aprovechar la posición de control y dominio para sacar ventaja de ella en su propio beneficio, tomando decisiones a sabiendas de los perjuicios que se causarían a la sociedad controlada.

¹⁷ “En la mayoría de los casos esos deberes impuestos en forma taxativa por el legislador, no hacen más que recoger la experiencia de la vida diaria, la que nos indica que los individuos deben comportarse de una manera y no de otra. Así por ejemplo las prohibiciones o imperativos consagrados en el Código de Tránsito (L. 769 de 2002) pretenden evitar comportamientos imprudentes, negligentes o imperitos de los conductores. (...). TAMAYO Jaramillo Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo. Página 225. Bogotá. Colombia.

Ante la conducta dañosa o imprudente desplegada por la persona jurídica socia o accionista, es necesario ligarla a la causa del perjuicio sufrido por la sociedad controlada, elemento denominado nexo de causalidad, el cual debe ser cierto y actual, imputándole el hecho de la situación de insolvencia a la sociedad matriz, por haber omitido conductas a las cuales estaba legalmente obligada, tales como defender el patrimonio económico de la sociedad controlada, estando en el deber de ordenarle a los administradores de la sociedad subordinada, el pago oportuno de las obligaciones adquiridas. Es así como los socios minoritarios o los administradores de la sociedad controlada, están en la obligación de aportar elementos probatorios que permitan llegar a este nexo de causalidad, pues en este sentido la situación de insolvencia es un indicio para demostrar la falta de diligencia que tuvo la sociedad matriz para mantener económicamente estable a la sociedad controlada. En este sentido, los testigos, los peritos, las inspecciones judiciales, los documentos tales como actas de asamblea de accionistas o junta de socios que reposen en los libros registrados de la sociedad, serán la base para consultar las decisiones que se habían tomado con respecto a las posibilidades de iliquidez que tenían la sociedad colombiana y las medidas preventivas y de cuidado que debieron ser tomadas en las reuniones de socios o accionistas.

En concordancia con lo anterior, y ante la prueba de la culpa por parte del demandante, a la sociedad matriz le corresponde demostrar la diligencia y cuidado efectuado en las decisiones y actuaciones realizadas para evitar la situación de insolvencia, ante la obligación de medio que adquiere con la suscripción del contrato social, en virtud del cual se obliga a realizar el aporte económico para obtener el porcentaje de participación en el capital, aunque pese a ello no haya alcanzado el objetivo mediato buscado al

celebrar el contrato de sociedad, el cual consiste en el ejercicio del objeto social para el cual se constituye la sociedad en la cual tiene participación. Así mismo, la sociedad matriz podría probar la fuerza mayor o el caso fortuito que llevaron a la sociedad subordinada a la situación de insolvencia, demostrando que el hecho fue imprevisible o irresistible.

En lo que respecta al daño causado, es claro que se traduce en la insolvencia derivada del incumplimiento contractual frente a terceros. El daño debe ser cierto, en esa medida, el proceso de insolvencia ante la Superintendencia de Sociedades debe estar por lo menos en su etapa de apertura, para establecer mas claramente el estado de iliquidez de la sociedad colombiana, facilitando la imputación de la responsabilidad civil de la controlante, si dicho proceso se lleva de manera accesoria ante la misma Superintendencia. Así mismo, se debe tener certeza de la cuantía del daño, para lo cual se pueden presentar los estados financieros consolidados, regulados por el artículo 35 de la ley 222 de 1995, que muestran la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinadas como si fuese de un solo ente, y cuyas copias se pueden adquirir en la cámara de comercio respectiva, si fueron presentados o en la Superintendencia de sociedades. De los estados financieros descritos se puede deducir movimientos financieros en beneficio de la sociedad matriz que no reflejen un beneficio común, sino un deterioro de la capacidad financiera de la sociedad subordinada que la llevó al estado de insolvencia.

Haciendo una pausa en las cláusulas de exoneración total o parcial de responsabilidad civil pactadas en los estatutos, es pertinente afirmar que no son válidas si generan una

situación de desventaja entre las partes que celebran el contrato societario o buscan defraudar a terceros, ni pueden atentar contra normas de orden público. Tampoco proceden cuando se refieren a las cláusulas de exoneración de responsabilidad, si hay daño, y que este no sea imputable a dolo o culpa grave del deudor.

Así las cosas, las cláusulas relativas a la agravación y exclusión de responsabilidad civil, en materia contractual, son válidas como lo son en el derecho comparado, también son válidas las que invierten la carga de la prueba, las que eliminan o aumentan cláusulas accesorias del contrato. Estas cláusulas si bien tienen ventajas cuando son redactadas en condiciones de igualdad para las partes que intervienen, son riesgosas en materia de situaciones de control transfronterizas, cuando la sociedad matriz es la única accionista que además elabora los estatutos, lo cual le permite con mayor facilidad, emplear una diligencia mínima en el desarrollo del objeto social de la sociedad controlante o en su crecimiento económico, estipulando cláusulas que facilitan su regular desempeño como accionista, cuando la causa intrínseca de la sociedad matriz para elaborar el acto constitutivo de la sociedad con domicilio en Colombia, era obtener el mayor provecho para ella misma sin buscar un equilibrio económico con la sociedad de la cual hace parte, y más cuando el tipo societario elegido es la sociedad por acciones simplificada, donde los socios son anónimos y responden hasta el monto de sus aportes. Sin embargo la ley 1258 de 2008, como marco normativo de la S.A.S, estableció en el artículo 42 la responsabilidad solidaria que tienen los accionistas y los administradores de dicho tipo societario en las obligaciones derivadas de actuaciones defraudatorias de la ley o en perjuicio de terceros, sin perjuicio de la acción indemnizatoria que se derive de tales actos, dentro de los cuales se incluyen las

conductas que provocaron el estado de insolvencia, de sociedades por acciones simplificada, en virtud del ánimo defraudatorio que se tuvo en las decisiones tomadas por su accionista mayoritario, en ejercicio de su poder de control.

Con todo lo anterior, en la relación sociedad matriz - subordinada y ante el ingreso de inversión extranjera, cuando esta última se crea con capital proveniente del exterior, es de suma importancia que el juez del caso analice las cláusulas que pongan en desventaja o en riesgo de insolvencia a la sociedad controlada y que detecte cuando pueden estar en contradicción de una norma de orden público e inclusive de una norma consagrada en la Constitución Política de Colombia, implementar políticas gubernamentales de inversión extranjera a través de entidades como Proexport, ahora Procolombia, que promuevan cláusulas en igualdad de condiciones tanto para el inversionista como para la sociedad que se crea y mediante el cual el país recibe la inversión.

Las cláusulas abusivas o de exoneración de responsabilidad pactadas en los estatutos de la sociedad colombiana, se pondrán en evidencia ante la apertura del proceso de insolvencia donde se tramite un proceso de reorganización, el cual prohíbe la adopción de reformas estatutarias, salvo que existe autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso. En caso de reforma estatutaria sin autorización, la sanción es la ineficacia y sanciones severas para los administradores que pueden ser removidos o multados y responderán solidariamente por los daños y perjuicios causados a la sociedad, a los socios y a los administradores.(artículo 17, de la ley 1116 de 2006).

Las normas que permiten la existencia de cláusulas de agravación o exclusión de responsabilidad del deudor incumplido, o las que eliminan obligaciones accesorias del

contrato se encuentran en el artículo 15, 1604, 1616, del Código civil aplicables a los contratos mercantiles por remisión del artículo 822 del Código de Comercio. No obstante, para el caso de la insolvencia empresarial, la ley 1116 de 2006 consagra una norma especial que consagra de manera expresa, la ineficacia de las cláusulas contractuales de exoneración de responsabilidad de los socios cuando con su conducta dolosa o culposa afecte el patrimonio de la sociedad en la cual se pactaron dichas cláusulas. Dicha norma consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 82. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS SOCIOS, ADMINISTRADORES, REVISORES FISCALES Y EMPLEADOS. *Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.*

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

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

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

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

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

En cuanto a los casos analizados por la jurisprudencia y la doctrina en el tema de cláusulas exonerativas de responsabilidad, se han enfocado en contratos bilaterales donde es clara la figura del deudor y del acreedor, sin embargo, en el contrato de sociedad, donde su naturaleza es de colaboración y la constitución de la sociedad se fundamenta en el desarrollo del objeto social, es más complejo permitir la inclusión de cláusulas exonerativas de responsabilidad para los socios, quienes en muchos casos son los únicos accionistas de la sociedad, y ostentan todo el poder de decisión y administración en la sociedad controlante.

No obstante lo anterior, si el contrato social contiene cláusulas estatutarias contrarias al orden público, son absolutamente nulas, sin embargo el contrato social es completamente válido y la nulidad solo es aplicable a la cláusula.

Así las cosas, y respecto a la indemnización de perjuicios que debe realizar la sociedad matriz, ante la iliquidez y el detrimento patrimonial que ha ocasionado en la subordinada, la reparación puede consistir en un pago por equivalente al valor de las deudas de la sociedad controlada, y una posible negociación de los términos contractuales estatutarios, para que la sociedad colombiana insolvente, en el caso que pueda continuar con su actividad, no siga en desventaja con los intereses de la sociedad que la controla. El juez también podría ordenar la venta de acciones en el mercado nacional.

La figura del abuso del derecho en las situaciones de control empresarial.

De conformidad con lo afirmado por el Doctor Javier Tamayo¹⁸ la teoría del abuso del derecho, encuentra su fundamento en el artículo 830 del código de comercio, donde se establece que en materia de actos mercantiles, el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause. A su vez, la figura del abuso del derecho tiene rango constitucional en el artículo 95, al consagrar que son deberes de la persona y el ciudadano, respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

De las anteriores normas se deduce la existencia de la responsabilidad civil por abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, de igual forma se debe determinar en su configuración, si hay dolo, el cual consiste en el conocimiento que tiene el titular del derecho de sus facultades, las cuales utiliza con el fin de perjudicar a un tercero.

El dolo se evidencia con la falta de interés serio por parte del agente, y de la conciencia de este respecto a la falta de dicho interés¹⁹.

Para el caso de la sociedad matriz, puede aplicarse la figura del abuso del derecho, toda vez que dicha persona jurídica, valiéndose de los derechos que le concede el contrato social que rige la sociedad subordinada, y estructurándolos en su beneficio,

18 Tamayo Jaramillo Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Página 587. Bogotá – Colombia.

19 Tamayo Jaramillo Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Página 597. Bogotá – Colombia.

abusa de las facultades que dichas cláusulas estatutarias le otorgan, causándole daño a la misma persona jurídica que constituye o a otro socio con menor poder de decisión. Así las cosas, la insolvencia de la sociedad controlada por lo hechos de la matriz, puede ser un caso de abuso del derecho, cuando esta persona jurídica ejerce sus facultades como socio o accionista, teniendo plena conciencia desde la etapa precontractual, de la falta de interés serio en el desarrollo del objeto social de la empresa subordinada, y actuando en función a la intención por la cual se constituye el ente jurídico en Colombia, fundamentado en el beneficio de la sociedad extranjera, a sabiendas de los daños que puede causarle a terceros y a la misma sociedad que constituye.

Desde el abuso del derecho, es intrascendente que haya incumplimiento puro y simple, toda vez que la sociedad matriz puede estar cumpliendo sus obligaciones estatutarias en un principio, pero si toma decisiones valiéndose de control hacia el ente subordinado por determinadas cláusulas estatutarias y normas que lo permiten (el ejercicio de tomar decisiones de administración, aumentar o disminuir el capital, celebrar o no celebrar determinado contrato en beneficio de la sociedad matriz). También se considera una forma de incumplimiento, ya que la sociedad matriz se valida mas de la literalidad de los estatutos o la ley, que de la buena fe y de los principios generales aplicables para desentrañar la intención de las partes.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha desarrollado la figura del abuso del derecho en fallo de la Corte suprema de justicia el 19 de octubre de 1994, sentando con claridad la responsabilidad por abuso del derecho de quien abusa de su posición dominante en materia contractual, para este caso la sociedad matriz tiene la mayoría de la

participación en la sociedad lo que la faculta a tomar decisiones aprovechando su legitimación en la literalidad de los estatutos y la ley para hacerlo. En uno de sus apartes la Corte manifiesta:²⁰

“En este orden de ideas, tratándose de la autonomía de la voluntad privada y el conjunto de facultades con que en virtud de ella cuentan las personas, facultades que se condensan en la de celebrar un determinado negocio jurídico o dejar de hacerlo, en la elegir con quien realizarlo y en la de estipular las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas, que en cuanto ocasionen agravio con intereses legítimos no amparados por una prerrogativa específica distinta, dan lugar a que el damnificado, aún encontrándose vinculado por el negocio y por fuerza precisamente de las consecuencias que para él acarrea la eficacia de este último es propia, pueda exigir la correspondiente indemnización.”

No obstante, en materia societaria, la Corte Constitucional, mediante sentencia C- 090 de 19 de febrero de 2014, hace referencia a la figura del abuso del derecho consagrada en el artículo 43 de la ley 258 de 2008, afirmando que los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en interés de la compañía, y que se considera abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, como también el voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los accionistas.

Para este caso, la norma de la ley que crea la sociedad por acciones simplificada, consagra la nulidad absoluta e indemnización de perjuicios de la determinación respectiva, tanto en casos de abuso de mayoría, minoría y paridad. Dichas acciones se

20 Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Octubre 19 de 1994.

pueden adelantar mediante proceso verbal sumario ante la Superintendencia de sociedades.

Sin duda, este escenario es completamente aplicable a las situaciones de control y a la insolvencia ocasionada en virtud del ejercicio de dicho poder de dominio.

A reglón seguido, es importante hacer la conexión de toda la estructura que en materia de responsabilidad civil se aplica en Colombia, con los principios que rigen la Unión Europea en la materia, teniendo en cuenta que la aplicación de los principios va ligada a la normativa que rige en cada país miembro de la comunidad y tendrá una aplicación diferente en cada ordenamiento jurídico, motivo por el cual tema se hace muy casuístico, sin embargo se esbozarán los principios y las posibilidades de una indemnización frente al daño causado, que para este caso es la insolvencia.

En primer lugar, se señala que los principios de la Unión Europea en materia de responsabilidad civil no es un listado cerrado, y al momento en que en virtud del proceso de insolvencia transfronteriza, le llegue a un juez de la Unión Europea, solicitudes de cooperación para los procesos accesorios de responsabilidad civil que se lleven a cabo en Colombia, el juez de cada país tiene la facultad de ampliar mas no de disminuir los principios básicos de la comunidad, aceptados por cada nación, con el ingreso a este colectivo de países.

Los principios son muy amplios, y su norma fundamental señala que “La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra esta obligada a repararlo”.

Así mismo consagra que el daño puede imputarse a la persona cuya conducta culposa lo ha causado, cuya actividad anormalmente peligrosa lo ha causado o cuyo auxiliar lo

haya realizado en el ejercicio de sus funciones, a menos que exista una razón jurídica que le permita trasladar las consecuencias de ese daño a otra persona.

En virtud de lo anterior, no se presentan incompatibilidades con nuestra estructura para la imputación del daño, toda vez que se parte de la necesidad de la existencia de un perjuicio, la relación o nexo de causalidad y la necesidad de que exista un criterio de imputación subjetiva, bien sea culpa o dolo.

Los principios también exigen la lesión de un interés jurídicamente protegido, y dentro los intereses enumerados, se encuentra el llamado daño patrimonialmente puro, el cual se caracteriza por una disminución en el patrimonio del afectado que puede ser resarcible.

Así mismo, los principios exigen la prueba del daño, sin establecer los diferentes medios de prueba, señalando que serán los procedimientos ordinarios, dejando la puerta abierta, para que cada estado determine los medios probatorios adecuados.

Adicionalmente, en cuanto al tema del daño llamado insolvencia por la sociedad europea, es importante resaltar que los principios le dan relevancia a los daños causados con dolo, lo que permite que el daño puede ser objeto de una protección mas amplia, teniendo en cuenta para ello, los intereses del afectado, y los intereses del causante del daño.

El nexo de causalidad es concebido bajo el criterio denominado “*conditio sine qua non*” al disponer que una actividad o conducta es causa del daño, si de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido. El criterio señalado es utilizado en Colombia, por lo que se recomienda fundamentar los argumentos del proceso de responsabilidad civil en dicho criterio, para la facilitar la eventual apertura de un proceso

de responsabilidad civil por insolvencia, en un país miembro de la mencionada comunidad, o para los casos en que la sentencia proferida por un juez colombiano, o por la superintendencia de sociedades, deba ser ejecutada en dicho territorio, toda vez que la doctrina nacional se ha encargado de desarrollar las diferentes teorías aplicables al nexo de causalidad, las cuales no son desconocidas para el panorama jurídico del país, ya que muchos de nuestros fundamentos jurídicos tienen origen en autores y legislaciones europeas. Tal situación se puede visualizar en el tratado de responsabilidad civil del Doctor Javier Tamayo²¹, donde explica cada una de las teorías relacionadas con el nexo de causalidad, así como la teoría de la equivalencia de las condiciones, con origen en Alemania, y en hora buena, la teoría elegida por los principios de la Unión Europea, conocida en Colombia como la teoría de la causalidad adecuada, también de origen alemán, la cual ha sido aplicada en la práctica judicial y en consecuencia no es una teoría desconocida en el panorama de la responsabilidad civil en Colombia.

Profundizando en elemento de la culpa, los principios adoptan una noción objetiva de la culpa, esta noción afirma que la conducta debe ser observada por todos con independencia de las capacidades, destrezas y habilidades personales de cada uno. Así pues, la conducta exigible es la de una persona razonable que se halle en la misma circunstancias, no obstante ese estándar puede variar y adaptarse, no a las características individuales de cada persona sino a la categoría de personas que ella representa, por ejemplo en materia médica, no es lo mismo la conducta exigible a un

21 Tamayo Jaramillo Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Página 378. Bogotá – Colombia.

médico general que a un médico especializado en la rama médica relevante para el caso concreto.

Este principio también tiene en cuenta la previsibilidad del daño, entendida como una previsibilidad ex ante y la relación de confianza y proximidad entre las personas implicadas, que comporta la aplicación de los principios de buena fe y de proporcionalidad, al entender que cuando un resultado puede tener diferentes formas de llegar a él, el agente debe ser consciente de los peligros y riesgos que su conducta puede generar frente a terceros, y escoger y obtener la vía más razonable y menos peligrosa para obtener el resultado.

En vista de los presupuestos esbozados en los principios de responsabilidad civil en materia de culpa, podría asimilarse a la teoría de la culpa en abstracto expuesta por el francés Mazeaud Tunc Chabas²², de manera flexible, pues de alguna manera, aunque se predica la aplicación objetiva de la culpa, la Unión Europea si tiene en cuenta ciertas condiciones del agente al momento de realizar la conducta dañosa, por lo que no es una teoría puramente objetiva y abstracta.

Finalmente, los principios hacen referencia a los daños patrimoniales, refiriéndose en un primer escenario al daño patrimonial resarcible como “la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso”, acogiendo una noción amplia de la disminución del patrimonio de la víctima, que incluye no solo los derechos materiales e inmateriales del afectado, sino también la capacidad para obtener ingresos, concepto que beneficia la procedencia de la indemnización de perjuicios por el daño consiste en

22 Tamayo Jaramillo Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. Página 199. Bogotá – Colombia.

la insolvencia, en ocasión a los ingresos que va a dejar de percibir la persona jurídica controlada. El daño deberá ser cuantificado teniendo en cuenta los ingresos que percibía la empresa, así como cuantificar las pérdidas que tuvo la sociedad, con decisiones tomadas en las reuniones de junta de socios o asamblea de accionistas, fácilmente verificable, en los estados financieros consolidados a los cuales se hizo referencia anteriormente.

13. Conclusiones.

Colombia ha generado políticas claras de protección a la inversión para los inversionistas extranjeros, más no para la protección de quienes contratan con ellos, es decir para los acreedores nacionales. Estas políticas pueden traducirse en la adquisición de unos compromisos adicionales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales ante la insolvencia de las empresas destinatarias de la inversión. Ante la necesidad de establecer dichos compromisos bajo una legislación marco, es imperante que las entidades promotoras de la inversión en Colombia, en el caso de Proexport, trabajen de manera conjunta con las cámaras de Comercio del país y de ser necesario con la DIAN, solicitando un informe de todas las empresas que tenga registrada una situación de control cuya matriz haga parte de un país de la Unión Europea, y determinar condiciones mínimas para la existencia y continuidad de dichas empresas en Colombia, tales como un capital mínimo, para garantizar las obligaciones de los acreedores nacionales, disminuyendo los riesgos de insolvencia en la empresa destinataria de la inversión extranjera, con un objeto social determinado y claro que

permita descifrar la intención o no de una insolvencia consciente a largo plazo, generando políticas de sostenibilidad de la inversión.

Para empezar, es fundamental que el Estado logre construir un mapa de riesgos que le permitan identificar alertas tempranas para definir el adecuado tratamiento de la potencial situación de insolvencia detectada, con la finalidad de asumirlo y minimizarlo, buscando evitar llegar a la situación de insolvencia realizando un oportuno acuerdo conciliatorio entre representantes legales de la sociedad controlada y sociedad matriz, para que conjuntamente se trabaje por el sostenimiento de lo invertido en Colombia y su proyección en el tiempo, dando a conocer las consecuencias de actuar bajo la intención de defraudar a terceros acreedores en Colombia desde la responsabilidad civil.

Así mismo, es posible plantear un acuerdo de pagos, previo a la situación de insolvencia, en el evento en que la superintendencia de sociedades, en las inspecciones que realice, detecte que se encuentran próximos a ella. Si tomando las medidas necesarias la sociedad matriz permite la insolvencia de su sociedad subordinada en Colombia, puede aplicarse la presunción en el nexo causal y así demostrar su responsabilidad civil por la insolvencia de la sociedad de origen autóctono.

Otra de las propuestas que se puede generar al interior de las políticas macroeconómicas de prevención, además de las existentes, acerca del manejo de la inversión en empresas creadas en Colombia, por una sociedad con origen en la Unión Europea, es tomar información del registro mercantil de donde claramente puede determinarse si una sociedad es creada con capital extranjero, mediante el formulario

de inscripción, y a través de los estatutos determinar los accionistas constituyentes, ó bien mediante los registros de situaciones de control, identificando sociedades matrices con origen en la Unión Europea, verificando con un seguimiento constante las operaciones financieras y comerciales de la sociedad controlada colombiana, analizando su aumento o disminución de activos declarados en la renovación de su matrícula mercantil, y en ese caso a través de la Superintendencia de Sociedades, en las diferentes inspecciones que realizan, incluir el análisis de la disminución de activos, encontrar el motivo que está produciendo dicha disminución, y si del resultado final generado mediante un informe, se concluye que están a portas de una insolvencia transfronteriza por la protección de los intereses de la sociedad matriz de la Unión Europea, (teniendo en cuenta las situaciones definidas en la ley 1116 de 2006 para determinar si una sociedad se encuentra en estado de insolvencia), debe elaborarse un documento privado donde la matriz se comprometa a reactivar económicamente la sociedad controlada y le otorgue continuidad en Colombia, y si es necesario, el gobierno conjuntamente con las universidades del país, pueda proporcionarle profesionales interdisciplinarios que cooperen estructuralmente con la continuidad de la actividad económica, a cambio de beneficios tributarios para estas instituciones educativas, herramienta condicionada respecto a la sociedad matriz, al compromiso de no utilizar la sociedad constituida en Colombia para defraudar a terceros o proteger sus intereses y evitar una sanción económica por parte del gobierno colombiano, sanción establecida en las políticas macroeconómicas de inversión extranjera, aplicada a través de la sociedad constituida en Colombia.

Buscar la coordinación entre los diferentes procesos concursales, evitando la disminución de activos en Colombia, garantizando el pago de deudas con los mismos sin que sean transferidos a la sociedad matriz, el remanente debe quedar en una especie de prejudicialidad ante la existencia de procesos de responsabilidad civil concatenados al proceso concursal de la controlada.

La regulación de los procesos de insolvencia y la determinación de la responsabilidad civil que produjo dicha quiebra económica de la sociedad controlada debe ir más allá de la elección de una norma aplicable por el principio de territorialidad o ubicación de los bienes y optar por la norma de un estado u otro, de lo contrario es necesaria la búsqueda de normas sustantivas comunes y flexibles que propendan a la continuidad y reactivación de las relaciones comerciales y a la recuperación de los activos que ingresaron a Colombia mediante inversión extranjera. La flexibilidad en las normas es indispensable para la aplicación de un sistema de insolvencia transfronteriza.

Se propone la creación de un tratado marco que se aplica a todos los tratados de libre comercio suscritos por Colombia, ya que ninguno actualmente regula el tema de la responsabilidad civil, y es el momento adecuado para su creación, debido a que las operaciones comerciales basadas en tratados, están en sus inicios y con el paso del tiempo dichas transacciones se irán multiplicando así como también las posibilidades de situación de insolvencia transfronteriza. De su manejo y solución dependerá la continuidad de las relaciones mercantiles, para el caso concreto entre la Unión europea y Colombia, teniendo en cuenta que ya entre los países que conforman la Unión Europea, existe el reglamento número 1436 de 29 de mayo de 2000, del cual es posible tomar herramientas para la creación de un tratado con Colombia en el tema.

Para la construcción de reglas aplicables a situaciones de insolvencia empresarial transfronteriza y todo lo que la rodea, como la determinación de la responsabilidad civil en el asunto, en primer lugar es necesaria la búsqueda de la coordinación de medidas respecto del activo del deudor insolvente cómo por ejemplo evitar la favorabilidad de un proceso de insolvencia dependiendo de su lugar de iniciación, la armonización de las normas en el proceso de insolvencia debe establecer como lugar para iniciar el concurso, el lugar de domicilio de la empresa insolvente es decir en Colombia, estableciendo medidas que permitan que el país de la empresa controlante ubicado en la Unión Europea sea incluido en el proceso a través de un juez de dicho país y la comunicación con los jueces de nuestro país.

A diferencia del reglamento europeo en insolvencia transfronteriza, del cual se excluyen los acuerdos entre la empresa insolvente y sus acreedores, además de la ejecución de sentencias en materia de responsabilidad civil, el espíritu del tratado entre Colombia y la Unión Europea, debe propender por la recuperación del capital extranjero invertido en Colombia y la determinación de responsabilidades civiles contractuales y extracontractuales que generaron la insolvencia, estructurando precedentes en el tema, para evitar que la constitución de sociedades en Colombia por parte de sociedades extranjeras sean utilizadas para defraudar a terceros o para beneficiar a la sociedad constituyente y controlante.

Adicionalmente, es necesario establecer el reconocimiento de la sentencia judicial de Colombia en materia de concurso y de responsabilidad civil por parte del juez cooperante de la Unión Europea, para su ejecución con bienes ubicados en el país de la sociedad controlante, cuyo derecho aplicable para el caso en estudio debe ser

colombiano. Sin embargo en materia probatoria debe respetarse y aceptarse en el proceso de insolvencia, las pruebas que de acuerdo al derecho colombiano y a la normatividad del país europeo de origen, pueda presentar la sociedad controlante en el proceso concursal y accesorio de responsabilidad civil que se adelanta en nuestro país, garantizando el debido proceso para la sociedad matriz.

El tratado sería aplicado en procesos concursales y accesorios de responsabilidad civil contractual y extracontractual, consagrando la obligatoriedad de la apertura de procesos de responsabilidad civil para los administradores de la sociedad controlante y controlada y los socios de aquella, siempre que acontezca una situación de insolvencia de una sociedad colombiana creada por una sociedad de la Unión Europea.

Las empresas de seguros, entidades de crédito, organismos de inversión con fondos negociables de terceros u organismos de inversión colectiva, están excluidas de la aplicación del reglamento europeo en materia de insolvencia transfronteriza ya que están sujetos a regímenes e intervenciones de cada país. Colombia deberá analizar si incluye dichas empresas en el tratado y si la Unión Europea lo permite, presumiendo que se exigirá su exclusión tal y como sucede en su derecho comunitario.

El proceso que se llevará a cabo en Colombia será el proceso principal, y los procesos que se inicien en países de la Unión Europea necesarios para la aplicación de medidas provisionales y cautelares sobre bienes ubicados en dichos lugares y la ejecución de sentencias serán los procesos secundarios, en los que se realice el nombramiento de los administradores de bienes de la sociedad matriz y de fe de ello ante la jurisdicción colombiana competente para el proceso concursal y de responsabilidad civil. La norma

aplicable en los procesos secundarios para la aplicación de medidas y administración de bienes será la que rige en dichos países.

En la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad controlada, ubicada en Colombia debe registrarse a título informativo la existencia de un proceso de insolvencia transfronteriza y accesorio de responsabilidad civil mediante un oficio enviado por el juez de cada caso, con la finalidad de que dicha situación sea de conocimiento público, en especial para los terceros que buscaban o estaban en alguna negociación comercial o de crédito con la empresa insolvente.

Para que el pronunciamiento de los jueces colombianos sea reconocido en los países de la Unión europea, dichas autoridades deberán estudiar previamente los principios rectores del concurso y la responsabilidad civil en la Unión Europea para que no sea completamente contradictorio a un principio rector del país europeo en dicha decisión. El tema fue regulado de manera expresa en el artículo 26 del reglamento de la Unión europea, en el cual se consagra la posibilidad que tiene los estados miembros de no reconocer un procedimiento de insolvencia o a ejecutar una resolución de otro Estado miembro, cuando produzca efectos claramente contrarios al orden público del Estado en el que se va a ejecutar la resolución.

Adicionalmente es necesaria la aplicación del principio establecido en el reglamento europeo, de la confianza mutua con las autoridades colombianas en el desarrollo de los procesos de insolvencia, presumiendo la buena fe de todos los actores involucrados en el proceso.

El proceso principal de insolvencia iniciado en Colombia deberá respetar los derechos reales de los acreedores sobre bienes materiales e inmateriales, muebles e inmuebles independientemente de su domicilio o adquisición de su derecho.

La sociedad matriz de la Unión Europea, responderá con sus bienes ubicados en un país de dicha comunidad por la responsabilidad civil de la insolvencia de su sociedad subordinada en Colombia, a través de la apertura de procesos secundarios que protejan la garantía de acreedores colombianos.

Los procesos de responsabilidad civil deben abarcar los incumplimientos contractuales como consecuencia de la insolvencia de la sociedad subordinada. En cuanto a estos procesos el demandado será la sociedad matriz, la cual debe nombrar un representante para asuntos judiciales en Colombia que cooperará con los procesos secundarios existentes en la Unión Europea.

En ponderación de derechos como la autonomía de la voluntad y del derecho constitucional que promueve la inversión, debe existir una trazabilidad entre lo que la sociedad matriz puede estipular en las cláusulas estatutarias de la sociedad que crea en Colombia, y la protección y permanencia de la inversión extranjera.

Las obligaciones de información y cooperación consagradas en el reglamento de la Unión Europea deben ser establecidos en el tratado que regule la insolvencia transfronteriza entre Colombia y la Unión Europea. Los coordinadores de los procesos secundarios deben comunicar toda información útil para el resto de procesos secundarios y para el principal.

La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad controlada, una vez sea probado que en su administración se defendieron los intereses de la sociedad matriz sobre los intereses de la sociedad que administraban, cuyo daño se materializa en la insolvencia de la sociedad que administraban, puede ser determinada en el proceso accesorio de responsabilidad civil respecto a la matriz. Dicho proceso debe ser concomitante con el concursal, ya que en muchas ocasiones los representantes legales y miembros de junta directiva son personas extranjeras provenientes del lugar de origen de la sociedad matriz, y con la sociedad insolvente pueden devolverse de inmediato a su lugar de origen, dejando su responsabilidad como administradores sin el análisis del juez.

Los representantes legales de la sociedad subordinada, tendrán la obligación de comunicar a los representantes legales de la sociedad matriz, toda la información y requerimientos en el proceso de insolvencia y en el proceso de responsabilidad civil que determine los motivos por los cuales la sociedad colombiana entró a su estado de insolvencia, aportando a los dos procesos toda la documentación e información requerida, ya que puede derivarse una responsabilidad civil como accionista de la sociedad controlada, así mismo los jueces de los procesos secundarios deberán cooperar de la misma manera con los jueces colombianos.

Mediante mecanismos de protección para la inversión extranjera, como la regulada en el decreto 1859 de septiembre de 2012, el estado colombiano puede generar políticas de prevención de controversias para los casos de insolvencia transfronteriza, planteando la posibilidad de regular una posible indemnización por parte de la sociedad matriz si después de una investigación por parte de la Superintendencia de sociedades

a través de material probatorio se concluye el ánimo de fraude que tenía la inversión en Colombia con la constitución de una sociedad colombiana de calidad de subordinada. El proceso principal de insolvencia iniciado en Colombia, llevaría paralelamente un proceso de responsabilidad civil en contra de la persona jurídica matriz ubicada en un país de la jurisdicción perteneciente a la UE, con las herramientas creadas con ley 1116 de 2006, es pertinente que el juez del proceso principal, envíe la solicitud de inicio de un proceso secundario en el lugar donde posiblemente la sociedad controlada puede tener bienes, o de lo contrario citar a la empresa controlante para que asiste al proceso en Colombia y desvirtúe la responsabilidad demostrada por los terceros afectados en la insolvencia de la sociedad que controla.

Los elementos que estructuran la responsabilidad civil en Colombia, encajan en los principios generales que en materia de responsabilidad civil fueron acogidos por los países miembros de la Unión Europea por lo que permite un mayor acceso a la procedencia de las indemnizaciones por la insolvencia causada a una sociedad colombiana, la cual puede continuar con el desarrollo de su objeto social mediante la recuperación económica obtenida con la indemnización, al ser considerada como una víctima de las decisiones tomadas por la sociedad matriz.

En concordancia con lo anterior, es la Superintendencia de Sociedades quien debe decidir en el proceso de insolvencia, si la sociedad controlada continúa con los mismos administradores, al momento de descartar su responsabilidad en la insolvencia de la sociedad (responsabilidad que aborda otro análisis en otro escenario) o si es necesario el nombramiento de nuevos administradores para la reactivación de la empresa y su continuidad en el tiempo y de manera paralela es necesario desarrollar el proceso de

responsabilidad civil antes esta misma entidad que responda a la agilidad que requiere la resolución de los conflictos en las relaciones comerciales.

8. Bibliografía

- Código de Comercio, artículo 262, subrogado por el artículo 26 de la ley 222 de 1995.
- Congreso de la República de Colombia .Ley 1116. 2006. Bogotá, Colombia.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 2006.
[http// www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)
- SANCHEZ, Alberto. Globalización y derecho interno. Argentina. 2004.
- BALVIN, Sebastián. Quiebra y responsabilidad de administradores y terceros. Buenos Aires República Argentina. 2008.
- LONDOÑO, Maximiliano. Responsabilidad civil, control y administración de la empresa en crisis. Trabajo para obtener el título de especialista en responsabilidad civil y seguros. Medellín – 2007.
- ISAZA Álvaro, LONDOÑO Álvaro. Comentarios al régimen de insolvencia empresarial. Bogotá, Colombia. 2011.
- PAMPILLO Juan Pablo. Una teoría global del derecho para una nueva época histórica. Chía Colombia. 2010.
- SOTOMONTE. D. R. (2009) Insolvencia transfronteriza: evolución y estado de la materia. Bogotá D.C.
- CALERO J. S. (2004) El deber del deudor de iniciar el concurso. Caracas.
- REAL academia española. 2013.

- FONSECA Sandra. Régimen de insolvencia empresarial: Propuesta de unificación de los privilegios concursales para los países miembros para Comunidad Andina de Naciones. Universidad Sergio Arboleda. 2007. Bogotá.
- Comunidad Europea. (2000) Reglamento C.E. N° 1346/ 2000. Sobre procedimientos de insolvencia. Bruselas.
- PONSA DE LA VEGA. H. J. (1999) La responsabilidad patrimonial en los concursos de sociedades en el ámbito de la Unión europea. Bogotá D.F.
- DUPRAT. D. (2005) Sobre la eficiencia de la regla de la responsabilidad limitada en las sociedades anónimas cerradas. Argentina.
- MIQUEL MARTÍN CASALS. (2005) Una primera aproximación a los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Barcelona.

