

LOS GRUPOS SOCIETARIOS

Dirección y coordinación de sociedades

Francesco Galgano

Horacio Roitman

Edgar Iván León Robayo

Yira López Castro



Segunda edición

Colección Textos de Jurisprudencia



UR

Los grupos societarios

Dirección y coordinación de sociedades

Homenaje a
Francesco Galgano

Francesco Galgano
Horacio Roitman
Edgar Iván León Robayo
Yira López Castro

Segunda edición



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2012 Editorial Universidad del Rosario
© 2012 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2012 Francesco Galgano, Horacio Roitman, Edgar Iván León Robayo, Yira López Castro
© 2012 Alejandro Venegas Franco, por la presentación

ISBN: 978-958-738-257-0

Segunda edición: Bogotá, marzo de 2012
Primera edición: Bogotá D.C., agosto de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Gustavo Patiño Díaz, Ella Suárez
Diseño de cubierta: Antonio Alarcón
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Roitman, Horacio

Los grupos societarios : dirección y coordinación de sociedades / Horacio Roitman, Edgar Iván León Robayo y Yira López Castro.—2ª. Ed.—Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
354 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-257-0

Derecho comercial – Colombia / Sociedades – Legislación – Colombia / Sociedades comerciales – legislación - Colombia / Contratos – Legislación – Colombia / Compañías – legislación - Colombia / Galgano, Francesco, 1933-2012 – Homenajes póstumos / I. León Robayo, Edgar Iván / II. López Castro, Yira / III. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / IV. Título. / V. Serie.

346.066 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

del

Marzo 28 de 2012

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

| | |
|-------------------------------------|----|
| Francesco Galgano (1933-2012) | xi |
| <i>Horacio Roitman</i> | |

| | |
|--|------|
| Presentación a la primera edición..... | xvii |
| <i>Alejandro Venegas Franco</i> | |

Francesco Galgano y su obra

Horacio Roitman

| | |
|--|---|
| 1. El autor y su obra | 1 |
| Coordinazione e direzione di società | 5 |

Introducción

La empresa de grupo

Francesco Galgano

| | |
|---|----|
| 1. El grupo societario como realidad recuperada por el derecho | 11 |
| 2. El valor económico de la empresa de grupo..... | 15 |
| 3. La empresa de grupo en la economía terciaria | 20 |
| 4. La sociedad <i>holding</i> entre la economía industrial y la economía de las finanzas | 23 |
| 5. El grupo transnacional | 25 |
| 6. ¿Unidad solamente económica de la empresa de grupo? | 33 |
| 7. La esencia jurídica de la empresa de grupo..... | 39 |
| 8. Cómo la unidad se combina con la pluralidad..... | 45 |
| 9. Corolarios de la unidad de la empresa..... | 54 |
| 10. Los corolarios laborales | 61 |
| 11. La administración centralizada de las relaciones de trabajo | 64 |
| 12. Corolarios penales: empresa de grupo y responsabilidad de la sociedad <i>holding</i> | 65 |
| 13. Democracia económica y empresa de grupo..... | 70 |

| | |
|---|----|
| 14. Todavía sobre el grupo transnacional: <i>holding</i> nacional y controladas extranjeras | 74 |
|---|----|

Dirección y coordinación de sociedades

Francesco Galgano

| | |
|---|-----|
| 1. Tipología de los <i>holdings</i> | 79 |
| 1.1. El sujeto activo y el sujeto pasivo de la dirección y coordinación | 79 |
| 1.2. Premisa sobre la noción de “interés empresarial” | 83 |
| 1.3. Las asociaciones <i>holding</i> | 89 |
| 1.4. Las fundaciones <i>holding</i> | 93 |
| 1.5. El grupo cooperativo | 100 |
| 1.6. Los <i>holdings</i> públicos | 105 |
| 1.7. Las sociedades con participación regional | 109 |
| 1.8. Las sociedades con participación de entes locales | 115 |
| 2. La responsabilidad de los <i>holdings</i> | 121 |
| 2.1. Responsabilidad de la persona jurídica..... | 121 |
| 2.2. Naturaleza de la responsabilidad | 123 |
| 2.3. Ley nacional aplicable | 127 |
| 2.4. Los derechos protegidos | 128 |
| 2.5. La acción de la controlada contra la controlante | 131 |
| 2.6. Los principios de correcta gestión empresarial y social..... | 132 |
| 2.7. La incorrecta redacción del balance consolidado..... | 139 |
| 2.8. La carga de la prueba | 146 |
| 2.9. La legitimación pasiva..... | 149 |
| 2.10. Excusión previa de la controlada..... | 151 |
| 3. Publicidad..... | 153 |
| 3.1. Exteriorización de la relación de grupo | 153 |
| 3.2. Los deberes y responsabilidades de los administradores | 156 |
| 3.3. Información sobre los intercambios infragrupo. Reenvío..... | 160 |
| 4. Motivación de las decisiones..... | 160 |
| 4.1. La fuente del poder de dirección y coordinación | 160 |
| 4.2. Las directivas del <i>holding</i> | 166 |
| 4.3. El interés de grupo | 167 |
| 4.4. Los intercambios infra grupo..... | 174 |
| 4.5. Los intercambios infragrupo de participaciones | 176 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 4.6. | El reglamento de grupo..... | 189 |
| 5. | Derecho de receso | 197 |
| 6. | La asistencia financiera endogrupo | 200 |
| 6.1. | Las garantías endogrupo | 200 |
| 6.2. | La carta de <i>patronage</i> | 204 |
| 6.3. | La gestión centralizada de las finanzas y moneda del grupo. | 208 |
| 7. | El reembolso de los financiamientos..... | 214 |
| 7.1. | Ámbito de aplicación de la norma..... | 214 |
| 7.2. | La postergación forzosa..... | 215 |
| 8. | La consolidación del control..... | 219 |
| 8.1. | Las sociedades obligadas a consolidación | 219 |
| 8.2. | La noción legislativa de control: control mediante participación y control contractual..... | 221 |
| 8.3. | El control indirecto y el efecto telescopio..... | 223 |
| 8.4. | El control mediante sociedades fiduciarias o interpósitas personas..... | 226 |
| 8.5. | Control contractual y contrato de dominación | 229 |
| 9. | La presunción y la prueba en contrario..... | 235 |
| 9.1. | La presunción de dirección y coordinación..... | 235 |
| 9.2. | La prueba en contrario en presencia de control..... | 237 |
| 9.3. | La prueba en contrario en ausencia del control..... | 241 |
| 10. | La ficción de grupo..... | 243 |
| 10.1. | La <i>fattispecie</i> | 243 |
| 10.2. | Del abuso del derecho al abuso de la personalidad jurídica | 250 |
| 10.3. | La represión del abuso y los remedios alternativos | 253 |
| 11. | Coordinación entre sociedades | 256 |
| 11.1. | Grupos horizontales y grupos verticales..... | 256 |
| 11.2. | Las normas aplicables | 258 |
| 11.3. | Los conglomerados financieros | 260 |

Los grupos en el derecho argentino

Horacio Roitman

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Introducción | 265 |
| 2. | Antecedentes argentinos. El anteproyecto de reforma de la ley de sociedades comerciales | 266 |
| 3. | Las leyes societarias y de quiebras | 266 |

| | |
|--|-----|
| 4. El sistema argentino..... | 267 |
| 5. Sociedades vinculadas. Sociedad controlante | 267 |
| 6. Formalidades y limitaciones..... | 271 |
| 7. Contratos de colaboración empresaria..... | 275 |
| 8. Contabilidad. Balance consolidado | 278 |
| 9. Régimen sancionatorio..... | 280 |
| 9.1. Situaciones <i>in bonis</i> | 281 |
| 10. A modo de reflexión final | 286 |
| Bibliografía argentina sobre grupos de sociedades..... | 287 |

Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia

Edgar Iván León Robayo, Yira López Castro

| | |
|---|-----|
| 1. Introducción | 299 |
| 2. Los conglomerados o grupos en la legislación colombiana..... | 303 |
| 3. Concepto de grupo empresarial | 304 |
| 3.1. Subordinación o control societario..... | 306 |
| 3.2. Unidad de propósito y dirección | 322 |
| 4. Obligaciones del grupo empresarial | 323 |
| 4.1. Informe especial | 324 |
| 4.2. Remisión de información a la DIAN..... | 325 |
| 5. Otros aspectos relacionados con los grupos empresariales | 328 |
| 5.1. La unidad de empresa, según el derecho del trabajo | 328 |
| 5.2. Subordinadas en crisis | 329 |
| Bibliografía..... | 334 |

Francesco Galgano (1933-2012)

Horacio Roitman

Desaparece el iusprivatista italiano más importante de la segunda mitad del siglo xx. Enseñaba en la universidad más antigua del mundo, la de Bolonia, y así continuaba la tradición de quienes lo precedieron en los últimos cien años (Vivante, Bolaffio, Ascarelli, Bigiavi). Ellos modelaron el derecho privado que hoy conocemos (la letra, el seguro, el acto de comercio, las sociedades, el contrato, la persona jurídica, los grupos y la globalización).

A un gran jurista, como a todo intelectual, solo se le puede valorar por el aporte que su obra ha hecho al conocimiento o al progreso de su disciplina. *Personas jurídicas*, escrito a la edad de 33 años, constituye el segundo volumen del *Commentario del codice civile a cura de Sialoja e Branca*, publicado por Zanichelli en Bolonia. Aquellos quienes en el siglo xx estudiaron la teoría de la “personalidad” jurídica tienen dos faros en la literatura italiana: Ferrara, antes de 1942, y Galgano, luego de la sanción del Código Unificado. En esta obra, años más tarde y ya desaparecidos Sialoja y Branca, el maestro Francesco Galgano sería designado director. Es, por cierto, el comentario más importante, más difundido y el que mayor peso ha tenido en la jurisprudencia italiana y en la doctrina internacional luego de la unificación del derecho privado.

La *teoría de la empresa*. Después de que el CCI de 1942 la adoptara, los italianos profundizaron en este sistema organizado del desarrollo económico, en el que convergían el derecho de las sociedades, el del trabajo, el de los impuestos y las teorías económicas modernas. Primero, la publicada por Zanichelli, que comenzaba con *L'imprenditore*; continuaba con *Il contratto di società*, referido a las sociedades de personas, y culminaba con el tercer volumen, dedicado a *La società per azioni*. Tuvo su correlato en obras importantísimas contenidas en otra colección que fundó y dirigió para CEDAM: el *Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. A su cargo “La sociedad por acciones” y la “La costituzione economica”. Culmina con el capítulo más importante de toda la obra “La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali”:

Es una libertad, aquella del empresario, que debe exteriorizarse en el diálogo con las otras libertades: en el diálogo con la libertad política, y en el diálogo con la libertad sindical. El diálogo es regla de coexistencia entre las tres libertades, método para el ejercicio de cada una de ellas. Este es el sentido profundo de aquel pluralismo —pluralismo que es, a un mismo tiempo, político, social, económico— y que informa por sí nuestra carta Constitucional.

Su reflexión es la historia de la economía moderna, es decir, las luchas entre las fuerzas del capital y las fuerzas del trabajo, que en esas amargas confrontaciones pasó por la ilusión y el fracaso del sistema bolchevique, la reconstrucción de Europa tras la guerra, los errores del intervencionismo estatal y el estado benefactor, para culminar el siglo con la globalización y la libertad de los mercados, donde el empresario es factor decisivo, pero siempre en diálogo con las otras dos libertades, en una interacción permanentemente con la libertad sindical y la política.

El aspecto humano se traduce en un libro importante, curiosamente el menos difundido. Junto a su maestro Walter Bigiavi, por quien siempre tuvo admiración, fundan una colección que se llama *Il roveschio del diritto*, en la cual presentan con humor la trágica y conmovedora realidad cotidiana del mundo jurídico, pero al revés. Esta colección alberga títulos como *Memoria de una jurista perversa*, *Un juglar en el palacio de justicia*, *Los diez mandamientos* y tantos otros. Me detengo en *El revés del derecho* cuando analiza “La soberbia del hombre”:

Y Dios creo al hombre a su propia imagen y semejanza, pero el hombre no quiso ser menos: creó a imagen y semejanza propia, la persona jurídica. La dota de una asamblea y de un consejo de administración y le dice: estos son tus órganos, la asamblea es tu cerebro; verás, escucharás, hablarás con los ojos, con las orejas, y con la boca de tus administradores.

Continúa luego:

Y Dios le dijo al primer hombre y a la primera mujer: creced y multiplicaos. La persona jurídica ha sido concebida por el hombre como unisex: las sociedades madres generan las sociedades hijas o controladas, y estas a su vez, sus propias hijas, y los cinco continentes se han poblado de sociedades madres, sociedades hijas, y sociedades hermanas. El desarrollo demográfico de los seres humanos y de las personas jurídicas procede, si no *pari passo*, según la ley de la compensación: donde la tasa de natalidad disminuye, como acaece en los países industriales, crece en modo vertiginoso el número de personas jurídicas. Y hay países, quizá minúsculos países, que se jactan de ser símbolo de esta estupenda proliferación: en Lichtenstein, en Mónaco, en Panamá los ciudadanos de carne y hueso son una pasable minoría de la población, formada por la casi totalidad de una imponente multitud de personas jurídicas, y así revelarse como una raza sólida capaz de moverse a la conquista del mundo. Una considerable cuota de la riqueza mundial pertenece a personas jurídicas nacidas en estos prolíficos países.

Y para finalizar:

Dios le dijo a la primera mujer: parirás en el dolor. El parto de la persona jurídica es lo opuesto, cuanto de simple e indoloro se pueda imaginar. No se derrama sangre, sino solo dinero; en los minúsculos países felices, que he mencionado, basta para crear una persona jurídica con el pago de una suma similar a la de un vestido.

Eso que tiene la apariencia de una broma es nada menos que el serio problema de las sociedades *off shore* de la que hoy se ocupan los centros económicos mundiales. El tercer aspecto de su obra para destacar es, a mi juicio, el más importante, porque es la síntesis de su pensamiento. Constituye un breviario de filosofía del derecho desde el Medioevo hasta nuestros días. *La Historia del derecho mercantil*, publicada por Il Mulino, en 1976, luego reeditada en 1980, la tercera edición bajo el nombre de *Lex mercatoria*, y la cuarta en el 2001, sobre las que es obligatorio detenerse durante un instante.

En la primera, de donde todos los hombres del derecho comercial de Occidente han estudiado, destaca el valor de ese “derecho de clase”, de esos sujetos denominados *comerciantes*, otrora parias en la sociedad civil y hoy factores esenciales del desarrollo de la economía. Los estatutos, los tribunales (la famosa *logia dei mercanti*), los cónsules, los códigos y el trasvasamiento en el derecho de este siglo: la unificación del derecho privado. En la edición que aparece publicada como *Lex mercatoria* se agrega el capítulo noveno denominado “La nuova lex mercatoria”, descripción técnica de la mundialización de la economía y el anticipo, dos décadas antes de terminar el siglo, de cual sería el rol del “derecho en la sociedad postindustrial”, donde aparecen dos de sus más agudas reflexiones: el proceso de desmaterialización de los títulos valores (en que se anticipa a la era digital en veinte años) y que el contrato sería una fuente de derecho.

También formula la sentencia más conmovedora en el ámbito jurídico que se haya pronunciado en todo el siglo xx “*Il contratto prende il posto della legge anche per organizzare la societa civile...*” (“El contrato ocupa el lugar de la ley también para organizar la sociedad civil...”). La antigua primacía del comercio, que caracterizó al capitalismo preindustrial, parece reemerger en la era postindustrial, y de allí viene la conclusión final “El renacimiento de la *lex mercatoria*”: “La expresión tiene un origen culto —dice el maestro—: pretende aludir al Renacimiento, en la época modera, de un derecho tanto universal cuanto fue universal el derecho de los mercaderes medioevales”. Está naciendo un derecho objetivo no estadual, supranacional, un derecho objetivo de la *societas mercatorum*. El arbitraje de hoy es la *logia dei mercanti* de la Edad Media; los árbitros de hoy son los “cónsules” de aquellos tribunales.

Este libro fue el antecedente de la *Globalizzazione nello specchio del diritto*, la continuación de aquella que marcó rumbos en el siglo pasado. Como él mismo lo afirmaba: “sobre el mismo tema aquel libro narraba el pasado, mientras que este se refiere al presente”. Todo aquello que anunciaba en la *Lex mercatoria* aquí se observa materializado. Y como si fuera un descripción literaria, presenta el nacimiento de la nueva ley no escrita, la decadencia de los derechos nacionales, el contrato transformado en regulador de la sociedad del comercio internacional, el avance del derecho judicial como fuente sustitutiva

del legislador, los grupos económicos y su rol en la época nueva, para culminar con un epílogo de fascinantes conclusiones sobre el multiculturalismo y las influencias recíprocas del derecho transnacional. Se publicó en Bolonia, en el 2005, tres meses más tarde entre nosotros (Rubinzal-Culzoni), y desde entonces a varias otras lenguas.

La reforma del CCI, en el 2003, en materia societaria, culminó con un volumen sobre el artículo 2497 (Grupo de Sociedades, Dirección y Coordinación de Sociedades), que integró el *Trattato...* de Zanichelli, y que traducido al español publicó la editorial La Ley (en el 2007).

En el 2007 publicó *La forza del numero e la legge della ragione* (subtitulado *Historia del principio de mayorías*). Estudia cómo funciona en las sociedades comerciales, y de su investigación resulta lo que denomina *historias paralelas*. Así es como John Locke escribió su *Segundo tratado del gobierno* (base del principio de mayoría en los sistemas políticos modernos), no basado en la realidad política de su tiempo, sino en el funcionamiento de la East India Company (de la que presume era accionista). El derecho público tenía su origen en el derecho privado.

Era un eximio artista plástico. Sus oleos y su grabados constituyen otro aporte en la historia de la cultura italiana, que fueron recogidos en un magnífico volumen ilustrado. Culminó luego en una obra sobre la relación del derecho y el arte.

Profesor extraordinario en Trieste (1966), luego en Bolonia en las cátedras de Derecho Comercial y Civil. Honoris Causa en Lima, en Sevilla y en Córdoba. Miembro correspondiente de la Academia de Ciencias de Bolonia, Medalla de Oro de los beneméritos de la cultura, de la enseñanza y del arte. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho (Buenos Aires y Córdoba) y miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Fundador y director de la revista *Contratto e Impresa* e *Contratto e Impresa/Europa*, y formó parte de la dirección de la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, *Rivista Critica di Diritto Privato*, *Rivista delle Società*, *Rivista della Informazione e dell'Informatica*, *Rivista della Cooperazione*. Sus obras y sus manuales, en múltiples ediciones en Italia, y numerosas traducciones, constituyen un aporte sin par al derecho privado.

Agudo, profundo, humano, severo, generoso, era el maestro. Tan importante fue su obra y tan difundida en el mundo del derecho privado que habría bastado para rendirle homenaje decir: el lunes 6 de febrero del 2012 murió en la *dotta* Bolonia Francesco Galgano.

Marzo de 2012

Presentación a la primera edición

En el imaginario colectivo existe la creencia de que iniciar un negocio a cierta escala solamente es posible a través de la intermediación de una persona jurídica. En efecto, mediante el aporte de capital de los asociados es más fácil alcanzar el objetivo propuesto y conseguir un incremento patrimonial que les posibilite tanto recuperar la inversión efectuada como producir dividendos. De esta manera, el partícipe se acogerá a la estructura que le ofrezca mayores ventajas, en asuntos tales como la limitación de responsabilidad, los aspectos fiscales y la facilidad de los trámites gubernamentales para su constitución y funcionamiento.

Esto no sólo ocurre respecto de las personas naturales, sino también frente a las propias personas jurídicas. En efecto, sus organismos de administración pueden optar por contratar con otras empresas la realización de ciertas labores que no están en capacidad de llevar a cabo; eventos en los cuales se configuran los llamados “contratos de colaboración empresarial”.

Así, es posible que encuentren viable invertir capital y recursos de la compañía en algunas entidades que desarrollan actividades complementarias a las propias, que representen un mayor crecimiento económico. Es allí donde aparecen los denominados “grupos de sociedades” o “grupos empresariales”. Los trámites de integración son establecidos por el legislador y revisten cierta complejidad; su validez depende de la minuciosidad en el cumplimiento de los mismos por parte de los operadores, dentro de un marco de legalidad.

Dada la importancia de este tema, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario tiene el honor de presentar a la comunidad académica la obra *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*, escrita por Francesco Galgano, profesor de la Universidad de Bologna (Italia), reconocido a escala global como uno de los jusprivatistas más prestigiosos de los últimos tiempos.

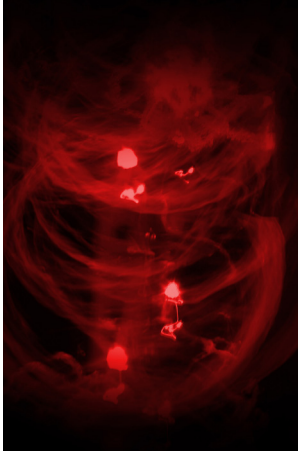
Este privilegio ha sido posible gracias a la amable intermediación de Horacio Roitman, profesor titular plenario de la Universidad de Córdoba

(Argentina) y profesor visitante de esta casa de estudios, quien no solamente realiza la presentación de la obra de Galgano, sino que complementa esta publicación con un interesante análisis de los grupos en el derecho argentino. A él, nuestro profundo agradecimiento por su desinteresada gestión.

Adicionalmente, este libro concluye con un estudio elaborado por Edgar Iván León Robayo y Yira López Castro, en el cual se aborda el tema de los grupos empresariales en Colombia, de conformidad con su regulación y tratamiento en la legislación nacional.

Este trabajo se constituye en el primer gran proyecto de la Línea de Investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. A todos sus integrantes, mis mejores deseos para continuar con la importante labor emprendida y que su trabajo contribuya a la evolución del derecho comercial latinoamericano.

Alejandro Venegas Franco
Decano
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario



Los grupos de sociedades les permiten a las empresas que los integran satisfacer algunos de sus requerimientos económicos para ejecutar operaciones y negocios más fácilmente, así como proyectarse de manera eficiente en los mercados nacionales e internacionales. Se trata de mecanismos indispensables para

aunar recursos, pues la concentración de capitales, trabajo y tecnología les procura obtener beneficios directos gracias a las relaciones que se construyen en su interior.

En esta nueva edición, en homenaje al Profesor Francesco Galgano, el lector encontrará un valioso instrumento para entender la regulación de estos entes jurídicos corporativos en Italia y en Argentina, de la mano de dos reconocidos juristas: Francesco Galgano – quien fue profesor de la Universidad de Bologna (Italia)– y Horacio Roitman –profesor de la Universidad de Córdoba (Argentina)–.

Igualmente, en esta publicación se incluye un estudio de los “grupos empresariales”, nombre dado por la legislación colombiana a esta figura, el cual es producto del proyecto “Temas tradicionales de derecho comercial”, de la Línea de Investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

