

**UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES**

**CUENCA**



**LA RESPONSABILIDAD EN LOS GRUPOS COOPERATIVOS  
EN EL DERECHO ESPAÑOL Y COLOMBIANO.**

Tesis Doctoral presentado por  
**JOSÉ VICENTE HURTADO PALOMINO**  
para optar al título de  
Doctor en Derecho.

Tutora: Pfr<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> **M<sup>a</sup> DEL SAGRARIO NAVARRO LÉRIDA**

Cuenca, España, 2019



## CONTENIDO

	Pág.
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN	12
I. EL GRUPO EMPRESARIAL.	16
A. EL CONCEPTO DE GRUPO.	17
B. ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL.	21
1. <i>Elemento subjetivo: La pluralidad de empresas o de sociedades.</i>	25
2. <i>El control efectivo.</i>	28
3. <i>El poder de dirección unitaria o unidad de decisión.</i>	30
C. SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO.	32
1. <i>Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales.</i>	35
2. <i>Derecho Societario Colombiano. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales.</i>	55
3. <i>Concepto operativo de grupo empresarial.</i>	68

D. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA EXISTENCIA DE UNA EMPRESA DE GRUPO.	71
1. <i>Derecho Societario Español.</i>	72
2. <i>Derecho Societario Colombiano.</i>	79
E. CLASIFICACIÓN DE GRUPOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y POR COORDINACIÓN.	83
F. EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.	89
1. <i>El contrato de grupo jerárquico.</i>	91
2. <i>El contrato de grupo paritario.</i>	95
3. <i>La importancia del contrato de grupo como instrumento jurídico para canalizar el interés grupal.</i>	97
4. <i>El contrato de grupo en Colombia.</i>	99
II. GRUPOS COOPERATIVOS.	102
A. ANÁLISIS DE ALGUNOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS DE LA ACI QUE TIENEN IMPORTANCIA PARA ENTENDER EL CONCEPTO DE GRUPO COOPERATIVO.	106
1. <i>El principio de intercooperación.</i>	106
2. <i>Los principios de autonomía de gestión y democracia cooperativa.</i>	111

B. CLASIFICACIÓN DE <i>GRUPOS COOPERATIVOS</i> .	115
1. <i>Las cooperativas de segundo grado como forma jurídica de grupo cooperativo.</i>	116
2. <i>Grupo cooperativo en sentido estricto.</i>	124
C. FASES DE CREACIÓN DEL <i>GRUPO COOPERATIVO EN SENTIDO ESTRICTO</i> .	130
1. <i>Fase preliminar.</i>	132
a) El proyecto de grupo.	134
i) Las cláusulas esenciales particulares del contrato de grupo cooperativo.	136
ii) Las cláusulas accidentales que las partes pueden pactar en el contrato de grupo cooperativo.	141
2. <i>Fase Decisoria.</i>	146
3. <i>Fase de Ejecución.</i>	152
D. EL CONTRATO DE GRUPO COOPERATIVO.	153
1. <i>Estructura del contrato de grupo cooperativo.</i>	158
a) Contenido.	158
i) Las cláusulas naturales y su relación con el principio de la buena fe.	159
b) Forma.	162
2. <i>Efectos del perfeccionamiento del contrato de grupo cooperativo.</i>	166
a) La obligatoriedad para las partes del <i>contrato de grupo</i>	

<i>cooperativo.</i>	167
b) La incorporación o constitución del <i>grupo cooperativo</i> conlleva a la modificación del objeto social de las cooperativas de base en razón al cambio del <i>interés social</i> por el <i>interés grupal.</i>	169
3. <i>Oponibilidad o publicidad del contrato de grupo cooperativo.</i>	173
 III. RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.	178
 A. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA EN EL ÁMBITO DE GRUPOS.	182
1. <i>Administrador de hecho.</i>	184
2. <i>La gestión de negocios ajenos y el mandato.</i>	199
3. <i>La acción individual del 241 LSC como mecanismo de responsabilidad intragrupo.</i>	201
4. <i>El levantamiento del velo corporativo.</i>	207
 B. CRÍTICA A LAS TEORÍAS QUE SE HAN FORMULADO PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD A LA ENTIDAD CABEZA DE GRUPO	213
1. <i>Frente a la teoría del administrador de hecho.</i>	214
2. <i>Con respecto a la teoría de la gestión de negocios ajenos y el mandato.</i>	217

3. <i>Sobre la teoría de la acción individual del 241 LSC como mecanismo de responsabilidad intragrupo.</i>	221
4. <i>Frente a la doctrina del levantamiento del velo corporativo.</i>	222
C. UNA SOLUCIÓN: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL GRUPO COOPERATIVO.	226
1. <i>La responsabilidad contractual en la Teoría del Derecho y su articulación en la Responsabilidad intragrupo.</i>	227
2. <i>La imputación a la capogruppo para que responda jurídicamente por los daños-perjuicios causados a los integrantes del grupo cooperativo.</i>	232
a) La dirección unitaria como clave para la imputación de responsabilidad contractual a la cabeza de grupo.	236
b) La cláusula de ventajas compensatorias en el ámbito del grupo cooperativo.	242
c) La obligación contractual de la entidad cabeza de grupo de abstenerse de abusar el ejercicio de la facultad de ejercer el poder de <i>dirección unitaria</i> .	244
i) Abuso de la <i>capogruppo</i> del ejercicio de la dirección unitaria que impide al miembro de <i>grupo cooperativo</i> el desarrollo de su actividad empresarial.	247
ii) Abuso de la entidad cabeza de grupo cuando ejerce con negligencia la <i>dirección unitaria</i> conferida por el contrato.	249

d) Límites a las facultades unilaterales otorgadas a la entidad cabeza de grupo para ejercer el poder de dirección unitaria.	257
i) El <i>contrato de contrato de grupo cooperativo</i> como límite a las facultades unilaterales concedidas a la <i>capogrupo</i> para ejercer el poder de <i>unidad de propósito y dirección</i> .	257
ii) El <i>interés grupal</i> como límite del ejercicio de la <i>dirección unitaria</i> de la entidad cabeza de <i>grupo cooperativo</i> .	259
iii) La buena fe contractual como parámetro para no abusar del poder de dirección unitaria por la entidad cabeza de grupo cooperativo.	261
3. <i>La imputación a la capogrupo por los daños-perjuicios causados a los asociados de los miembros del grupo cooperativo.</i>	269
a) La correcta interpretación del numeral 6 del artículo 78 LCoop.	270
b) Coligación de contratos.	273
i) Regulación en España y Colombia.	277
ii) Elementos para estructurar la figura de los contratos coligados.	279
iii) Configuración de la Responsabilidad Contractual a partir de la existencia de la coligación de contratos en el <i>grupo cooperativo</i> .	287

c) Caso: Responsabilidad de la <i>capogruppo</i> por aplicación privada del Derecho de la Competencia.	292
CONCLUSIONES	300
BIBLIOGRAFÍA	316

## ABREVIATURAS

CC	Corte Constitucional de Colombia
CCivC	Código Civil de Colombia
CCivE	Código Civil de España
CComE	Código de Comercio de España
CComC	Código de Comercio de Colombia
CE	Constitución Española.
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CP	Constitución Política de Colombia
CSJ	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil
LCAND	Ley 14/2011 de Sociedades Cooperativas Andaluzas
LCAR	Ley de Cooperativas de Aragón (Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2014)
LCCAT	Ley 12/2015 de Cooperativas de Cataluña
LCCC	Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo
LCCL	Ley 4/2002 de Cooperativas de Castilla y León
LCCLM	Ley 11/2010 de Cooperativas de Castilla La Mancha
LCCM	Ley 4/1999 de Cooperativas de la Comunidad de Madrid
LCCV	Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2015)

LCD	Ley 3/1991de Competencia Desleal
LCEX	Ley 9/2018 de Cooperativas Extremadura
LCIB	Ley 1/2003 de Cooperativas de Islas Baleares
LCLR	Ley 4/2001 de Cooperativas de la Rioja
LCMUR	Ley 8/2006 de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia
LCoop	Ley 27/1999 de Cooperativas
LCPV	Ley 4/1993 de Cooperativas del País Vasco
LDC	Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.
LFCN	Ley Foral 12/2006 de Cooperativas de Navarra
LMV	Ley de Mercado de Valores (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 4/2015)
LSC	Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido aprobado por RD Legislativo 1/2010)
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera
NFCAC	Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por Real Decreto 1159/2010
SAT	Sociedades Agrarias de Transformación
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDM	Revisa de Derecho Mercantil
RESE	Reglamento (CE) 2157/2001 relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea

RLSCA	Decreto 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas
RRM	Real Decreto 1784/1996 relativo a Reglamento del Registro Mercantil.
RRSC	RD 136/2002 Reglamento del Registro de Sociedades Cooperativas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TS	Tribunal Supremo.

## INTRODUCCIÓN

La implementación del modelo de Cooperativas en distintos sectores de la economía española, como el inmobiliario, agrícola, financiero, entre otros, ha sido primordial para reactivar el mercado que se encuentra sumergido en una grave crisis económica.

Por otra parte, en Colombia la aplicación del aludido modelo no ha tenido mucho auge y desarrollo legal, sin embargo, se reconoce su importancia y utilidad para afrontar los reveses que surgen de los momentos de crisis en la economía de los Estados.

No obstante las bondades que trae consigo el empleo del modelo de Cooperativas para el desarrollo económico y social, surgen una serie de problemas jurídicos cuando dicho modelo se articula dentro del ámbito de los *grupos cooperativos*, como aquellos atinentes a la *génesis* de la citada forma jurídica de la empresa; a la imputación de responsabilidad de la *capogruppo* por los daños-perjuicios ocasionados a las sociedades vinculadas al *grupo cooperativo* y a sus asociados, en virtud de las instrucciones emitidas por aquella en ejercicio de la *dirección unitaria*; el tipo de responsabilidad que se estructuraría frente a los citados afectados, entre otros cuestionamientos.

Las citadas problemáticas exigen su estudio por los juristas, pues no es conveniente para el mercado dejar sin respuesta a ellas y tampoco agrandar el ambiente de inseguridad jurídica ocasionado por la exigua o precaria

regulación en los ordenamientos de España y Colombia, toda vez que ello se presta para que algunos empresarios usen de forma inadecuada los *grupos cooperativos* al acudir al *interés de grupo* como pretexto para causar daño a los demás miembros o los asociados cooperativistas.

En ese sentido, este trabajo de investigación se dirige a dar una respuesta plausible a los cuestionamientos descritos a la luz del Derecho español y colombiano, sin aplicar en estricto rigor una metodología de Derecho Comparado. Para tal propósito, en el primer capítulo se realiza un estudio amplio y detallado del *Derecho de Grupos*, con la finalidad de efectuar una aproximación a la delimitación del concepto de *grupo empresarial* e identificar los problemas jurídicos que dicha forma jurídica de empresa desencadenan, a partir de la identificación y análisis de sus elementos constitutivos o esenciales; del estudio del concepto de *interés de grupo*, precisando su alcance y repercusiones en la actividad empresarial de cada una de las sociedades integradas; de la revisión de las clasificaciones de *grupos empresariales* que ha desarrollado la doctrina, en especial aquella que hace referencia a los *grupos por subordinación y por coordinación*; y del examen del contrato de grupo en general como instrumento jurídico para canalizar el *interés grupal*.

Posteriormente, en el segundo capítulo se aborda el concepto de *grupo cooperativo*, con base en el análisis de algunos principios cooperativos de la ACI; se estudia su clasificación, efectuando mayor énfasis a la especie de *grupos cooperativos en sentido estricto*, en razón a que es la tipología de grupo en que se centra la presente investigación; se analiza las fases de creación del

*grupo cooperativo en sentido estricto*; se efectúa una revisión exhaustiva del *contrato de grupo cooperativo*, en cuanto a su contenido, perfeccionamiento, efectos y su oponibilidad o publicidad.

Para finalizar, en el tercer capítulo se realiza una descripción de algunos de los criterios de imputación de responsabilidad desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina en el ámbito de grupos, como el administrador de hecho, la gestión de negocios ajenos y el mandato, la acción individual del 241 LSC como mecanismo de responsabilidad intragrupo y el levantamiento del velo corporativo; se hace una reflexión crítica de cada uno de los mencionados criterios de imputación, verificando su compatibilidad o no con la naturaleza *paritaria* del *grupo cooperativo* y a su origen contractual; y se plantea la responsabilidad contractual de la *capogruppo* como una solución a la problemática de la imputación de responsabilidad, abordando su estudio según las personas legitimadas en la causa por activa para reclamar los perjuicios a la entidad cabeza del *grupo cooperativo*, es decir, las sociedades integradas y/o los socios, y desarrollando temáticas como la dirección unitaria, la procedencia o no de las cláusulas de ventajas compensatorias, los límites a las facultades unilaterales otorgadas a la *capogruppo* para ejercer el *poder de dirección unitaria*, la coligación de contratos, entre otras, abordadas según el Derecho español y colombiano.

Como se puede apreciar, el presente trabajo busca demostrar a través de una investigación jurídica documental y de acuerdo al método lógico-deductivo y sistemático, que el *contrato de grupo cooperativo* además de ser el

instrumento jurídico idóneo para canalizar el *interés grupal*, se constituye como punto de referencia a efectos de imputar responsabilidad a la *capogruppo* por los daños-perjuicios causados a los miembros del *grupo cooperativos* y a sus asociados, en virtud del ejercicio abusivo y extralimitado del poder de *unidad de propósito y dirección*.

## I. EL GRUPO EMPRESARIAL.

En la actualidad los empresarios españoles y colombianos acuden a las concentraciones empresariales personificadas y despersonificadas para desarrollar economías de escala, y diversificar su portafolio de servicios, todo lo anterior con el propósito de volver más competitivo su negocio dentro de una economía de mercado, claramente marcado por una tendencia globalizada y capitalista.

Dentro de los mecanismos de concentración empresarial que se utilizan en la práctica de los negocios está la *constitución de grupos*, que se caracteriza, entre otros aspectos, por la subsistencia de las personalidades jurídicas de quienes la conforman, en contraposición a otras formas de concentración, como la fusión, en donde la personalidad jurídica de sus partícipes se diluye o desaparece.

La *constitución de grupos* ha tenido un papel tan grande en el mercado que se ha extendido en el ámbito de la economía social, surgiendo dentro de ella las “tipologías” de los *grupos cooperativos*, los cuales son el centro de interés de la presente investigación, en razón a que las soluciones jurídicas que plantean su marco normativo, tanto en España como en Colombia, no responden a las exigencias o necesidades que emanan de la realidad empresarial o de su naturaleza jurídica, en especial la responsabilidad que se puede imputar a alguno(s) de sus miembros por los daños ocasionados a los demás integrantes del *grupo cooperativo*. En otros términos, en España y

Colombia no existe un concepto jurídico de grupo que permita efectuar con claridad meridiana la imputación de responsabilidad a uno o varios de sus integrantes frente a los daños que ocasionaron a los otros miembros.

El estudio de la citada problemática, se inicia con el análisis riguroso del concepto de “grupo”<sup>1</sup>, a partir de la revisión de sus elementos y clasificación, acudiendo a la doctrina reconocida de España y Colombia en el ámbito jurídico. Luego, se hace una revisión de manera particular de los *grupos cooperativos*<sup>2</sup>, acogiendo la misma metodología de revisión descrita.

Dicho estudio permitirá entender las razones jurídicas por las cuales un grupo de sociedades cooperativas se cataloga como "grupo"; identificar los matices particulares en sus elementos estructurales que los permite distinguir frente a los grupos conformados por sociedades de capital; y comprender los argumentos que explican su ubicación dentro la tipología de *grupos paritarios* o *por coordinación* que ha desarrollado la doctrina.

## A. EL CONCEPTO DE GRUPO.

Los grupos han sido abordados por la doctrina como una de las formas de lograr la integración empresarial y su estudio no se ha limitado en el

---

<sup>1</sup>(...), la alusión más significativa a formas de integración auténticamente desprovistas de personalidad jurídica la encontramos en la reiterada alusión a los “grupos”. EMBID IRUJO, J. M. (1998), “Problemas actuales de la integración cooperativa”, *RDM, Editorial Civitas*, núm. 227, págs. 7-36, pág. 24.

<sup>2</sup> *Vid. Infra, Capítulo II GRUPOS COOPERATIVOS.*

escenario estrictamente jurídico, sino también se ha analizado desde el ámbito económico, al considerar dicha figura como una sola empresa cuyos miembros se encuentran dotados de individualidad jurídica<sup>3</sup>.

En ese sentido, el grupo empresarial se consolida como una forma de organizar jurídica y económicamente<sup>4</sup> la actividad empresarial, sin que ello estructure un sujeto de derecho con personalidad jurídica distinta a sus integrantes<sup>5</sup>. Por lo tanto, el concepto de *grupo* hace referencia en su esencia a un agregado de sujetos que no persigue una personalización específica, pues, existe una superposición y no una refundición de figuras, como sucede en otras modalidades de concentración económica, como la fusión<sup>6</sup>. La clave en el concepto de *grupo* es la permanencia de personalidades jurídicas de los sujetos que se “agregan”.

---

<sup>3</sup>El profesor Córdoba complementa señalando que la orientación económica de los grupos se basa en los siguientes factores:

“- Normalmente un solo capital alimenta a todas las sociedades, es decir el de la sociedad cabeza de grupo que directa o indirectamente adquirió participaciones determinantes o totales en dichas compañías. – Un solo capital se remunera por la actividad de cada sociedad, pues directa o indirectamente las utilidades llegan a la sociedad cabeza de grupo. – En principio existe un solo centro en el que se toman las decisiones fundamentales”. CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), “El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (corporate governance)”, en SOTOMONTE, S. y otros, *La Empresa en el siglo XXI*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. págs. 115-205, pág. 123.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pág. 122.

<sup>5</sup> “(...) es posible que el supuesto de integración se presente ante nosotros sin mediación personalizadora, lo que no quiere decir sin relieve para el ordenamiento”. EMBID IRUJO, J. M. (1998), *op. cit.*, pág. 23. “El grupo será *no personificado* en el supuesto de la doble sociedad, pues sigue subsistiendo la «sociedad invisible», siendo la sociedad órgano su «pantalla» y un instrumento de la primera. Por el contrario, cuando la integración se produce en la sociedad órgano, el grupo paritario aparece *personificado* bajo la vestidura jurídica de la forma social elegida. En efecto, si el grupo se integra en los estatutos de la nueva sociedad y se manifiesta exclusivamente como ésta, la sociedad órgano no sólo es el instrumento sino también el receptáculo del grupo”. ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: La cooperativa de segundo grado*. Universidad de Murcia. Murcia, pág. 193. Sobre estas ideas se volverá en los epígrafes que siguen.

<sup>6</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Editorial Comares, Granada, pág. 3.

Con base en lo anterior, se deduce que del *grupo* se desprende una unidad empresarial y una pluralidad de sujetos independientes que la conforman, permitiéndole al empresario alcanzar sus objetivos económicos, como la especialización, la economía de escala y la autosuficiencia<sup>7</sup>; sin embargo, existen inconvenientes de naturaleza jurídica, como la deficiencia normativa tanto de España como de Colombia sobre los *grupos*, la inexistencia de un concepto jurídico de *grupo* a efectos de la imputación de la responsabilidad, la indeterminación de la atribución del riesgo jurídico a sus miembros, la ausencia de claridad del alcance del beneficio de la responsabilidad limitada entre sus integrantes, entre otras situaciones, además que las soluciones jurídicas que se plantean en tales ordenamientos jurídicos desconocen la realidad empresarial<sup>8</sup>.

Dicha tensión que surge entre la unidad empresarial y la pluralidad jurídica rompe con el esquema o modelo clásico de empresa<sup>9</sup>, propio del derecho de sociedades, en particular de capital, que se funda en dogmas como

---

<sup>7</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, págs. 138-139.

<sup>8</sup> En el ámbito del derecho español la doctrina en general señala que “En todo ese debate sobre el concepto de grupos queremos señalar que en nuestro ordenamiento jurídico es difícil encontrar una definición de grupo, dada la carencia de una normativa completa”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), “El proceso de Constitución de una Sociedad Europea Holding” en *RdS*, N. 31. Editorial Arazandi S.A. Navarra. pág. 56. Nota 87.

<sup>9</sup> “Frente al modelo clásico de empresa que sólo tiene un titular jurídico (por ejemplo, una sociedad anónima), la unidad empresarial del grupo se descompone, desde el punto de vista del Derecho, en una pluralidad de titulares. Esa dialéctica unidad empresarial-pluralidad jurídica caracteriza esencialmente al grupo y es la fuente de la complejidad de la figura y de la dificultad de su tratamiento normativo. Y aunque el grupo se manifieste como tal públicamente, las relaciones jurídicas concretas, de hecho, se establecen y concluyen por sus sociedades componentes”. EMBID IRUJO, J. M. (2008), “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía, Editorial Gobierno Vasco: Departamento de Hacienda y Administración Pública*, núm. 68, págs. 84-101, pág. 86.

la personalidad jurídica, la responsabilidad limitada y el control societario<sup>10</sup>; y pone en evidencia la diversidad y la flexibilidad como características esenciales del *grupo*<sup>11</sup> para entenderla como única empresa, es decir como *empresa de grupo*<sup>12</sup>, pues, a nuestro juicio, el *grupo* se debe apreciar como un solo sujeto o empresa, no solo cuando participa en concursos o licitaciones para la obtención de ciertos contratos o de créditos con entidades financieras, sino también en los eventos de insolvencia de alguno de los miembros del *grupo* por razones externas y en el estudio de los deberes y la responsabilidad de los administradores.

De acuerdo con lo expuesto, los *grupos* son un fenómeno empresarial que le exigen nuevos retos al derecho societario tradicional, pues su estudio no se debe efectuar exclusivamente desde la arista jurídica, sino también debe incluir una arista económica<sup>13</sup>. Dentro de tales perspectivas, a nuestro juicio, se subsumen los elementos que estructuran el *grupo*, los cuales se analizan a continuación, pues ello resulta vital para construir un concepto serio de *grupo*.

---

<sup>10</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 139.

<sup>11</sup> “La diversidad y la flexibilidad son características esenciales del grupo que, al carecer de personalidad jurídica, ha de ser «visto», si cabe la expresión, en lo que auténticamente le singulariza bajo el espeso manto de sujetos y entidades societarias que lo componen, y no es otra cosa sino su esencial naturaleza de nueva forma de empresa cuyos perfiles son delimitados por la extensión e intensidad de la dirección económica que en su seno se ejerza”. EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 13.

<sup>12</sup> “El empresario en sentido económico es, sin duda, el grupo (así, es más correcto hablar de «empresa de grupo», que de «grupo de empresas), y ello porque el grupo no está constituido por la suma aritmética de muchas empresas, sin que constituye en sí mismo una «superempresa», con su propio interés, el interés del grupo”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, pág. 57.

<sup>13</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 123.

## B. ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL.

Sin perjuicio de considerar aquellos desarrollos jurisprudenciales y doctrinales de España y Colombia que permitan realizar una aproximación de los elementos que conforman el *grupo empresarial*, se debe partir de la premisa que el *grupo* es la expresión de una serie de hechos económicos y empresariales, según lo dicho, por lo tanto, en dicha forma de empresa se contempla e identifica la realidad económica sin necesidad de algún aporte por el Derecho para efectos de su génesis<sup>14</sup>, a diferencia de lo que ocurre con otras formas de empresa tradicionales, como las sociedades mercantiles de capital, en donde su existencia depende de manera exclusiva por el Derecho<sup>15</sup>, es decir, las sociedades mercantiles *existen* porque normativamente se les da personalidad jurídica cuando se cumplen determinados requisitos<sup>16</sup>, situación que *por lo general* no acaece en el ámbito de los *grupos*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup>“(…) al fin y a al cabo, la realidad empresarial del grupo no viene constituida por el Derecho ni por los instrumentos que éste puede configurar; el grupo existe, como es bien sabido, desde que con control o sin él, ya sea el grupo jerárquico o paritario, se ejerce una dirección unitaria sobre un conjunto de sociedades”. EMBID IRUJO, J. M. (2000), “El contrato de constitución del grupo en el derecho español”, *RdS, Editorial Aranzadi*, núm. 15, págs. 57-78, pág. 60.

<sup>15</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 6.

<sup>16</sup> En el derecho societario español se establece que la personalidad jurídica nace por voluntad de los socios de actuar conjuntamente en el tráfico y de constituir un patrimonio separado según lo estipula el artículo 1669 del Código Civil, el cual no condiciona la concesión de la personalidad jurídica al otorgamiento de escritura pública y a la inscripción registral. En concordancia con lo anterior, está el artículo 116 II del CComE, que afirma que la sociedad mercantil, “una vez constituida”, “tendrá personalidad jurídica”, situación que corrobora que la constitución de la sociedad es anterior a su formalización -escritura pública- y publicación -inscripción. Complementando lo anterior, la doctrina general se señala que la sociedad adquiere personalidad jurídica plena cuando se manifiesta hacia el exterior, por lo tanto, la sociedad interna no tiene esa personalidad jurídica plena. Ahora bien, si la voluntad es constituir una sociedad mercantil, entonces, para que surja, es necesario cumplir con unas formalidades. En ese sentido, no existe, por ejemplo, una sociedad anónima no inscrita, sino una sociedad irregular. Al respecto, ver NAVARRO LÉRIDA, M<sup>a</sup>, S. (2016), “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 (1066/2012) Nulidad de sociedad anónima inscrita”, en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil*, Vol V, Dykinson, págs. 383 y ss. Por su parte, en el derecho

En ese sentido, la realidad de los mercados pone en evidencia que los *grupos* están conformados por una matriz o cabeza de grupo que dirige a otras compañías que incursionan en distintos sectores<sup>18</sup>, lo cual les permite acceder a financiación, materia prima, transporte, entre otras necesidades a precios razonables y competitivos<sup>19</sup>. Todo ello le facilita al empresario efectuar el montaje de una economía de escala en donde todas las empresas que conforman el *grupo* se sostienen de manera recíproca, diversifican su portafolio de servicios que ofrecen a sus clientes, tienen asegurados los proveedores, los

---

societario colombiano se establece como regla general que la constitución de la Sociedad Comercial, salvo las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), como ente jurídico diferente a sus accionistas, es a partir que el contrato social se eleve a Escritura Pública ante Notario, en el cual se haga constar el nombre y domicilio de los socios, el domicilio social, el objeto social determinado, el capital social, la duración precisa de la sociedad y las causales de disolución anticipada de la misma, entre otros requisitos contemplados taxativamente en el artículo 110 del CComC.

<sup>17</sup> Sobre la personalidad en los *grupos empresariales* es importante aclarar que existen posiciones jurisprudenciales en el ámbito del Derecho Laboral emanados de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España como de la Corte Constitucional de Colombia que han acudido a la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo a efectos de imputar responsabilidad a la sociedad cabeza del grupo, generando la controversia en la doctrina sobre el *supuesto* reconocimiento de la existencia del atributo de la personalidad en los *grupos*. Vid. *Infra*, Capítulo III RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO. Sobre dicha temática, CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *La Teoría del Levantamiento Corporativo en los Grupos Societarios*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

<sup>18</sup> Los grupos tienen diferente naturaleza y por tanto puede que actúen sólo en un mercado. Se diferencia así entre grupos verticales (actúan en la cadena entera desde por ejemplo la extracción de materia prima hasta la comercialización del producto final al consumidor), grupos horizontales (que actúan en un mercado concreto, en uno de los estratos de la cadena – por ejemplo un grupo de sociedades de distribución-, o conglomerados.

<sup>19</sup> Partiendo de la premisa que los *grupos* son una de las modalidades de lograr la concentración empresarial, el profesor Manóvil señala que las motivaciones que dan origen al fenómeno de la concentración de empresas es de diversa índole, que van desde las meramente subjetivas, como la ambición de poder, búsqueda de mayor prestigio, entretenimiento, entre otros; hasta las más diversas de tipo económico que son: Lograr el punto óptimo de rentabilidad en función de una producción ampliada, es decir lograr una adecuada economía de escala; alcanzar el mejor aprovechamiento de los recursos que ofrece el conjunto de sujetos concentrados; y aprovechar mejor el negocio que muestra un mercado que se orienta al incremento de la demanda. MANÓVIL, R. (1998), *Grupo de Sociedades en el derecho comparado*. Abeledo Perrot. Editorial. Buenos Aires, Argentina. págs. 89-92.

recursos circulan entre las mismas organizaciones que conforman el *grupo* y la rentabilidad no sale de ellas sino que se queda al interior del *grupo*<sup>20</sup>.

En razón a lo descrito, se colige que el *grupo* desde una arista económica se debe entender como una sola empresa<sup>21</sup>, pues todas las compañías que conforman el *grupo* tienen un *interés común* que moldea tal *unidad empresarial*, gracias a la influencia que realiza la sociedad cabeza de *grupo* en todas la demás compañías vinculadas a ésta, con el propósito de afrontar de manera estratégica las exigencias propias de un mercado capitalista que exige la autosostenibilidad de las empresas en un mundo globalizado<sup>22</sup>. Lo descrito con antelación, ratifica la naturaleza camaleónica o ambivalente que ostenta el *grupo*<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> “La complejidad de la actividad económica y su dinamismo requieren que las empresas y las sociedades colaboren – y, en su caso, se integren – para alcanzar economías de escala, de alcance o de organización o, simplemente, para coordinar sus esfuerzos en mercados cada vez más competitivos y cíclicamente afectados por crisis económicas. Esta cooperación o integración puede adoptar diversas formas jurídicas. Desde el ropaje de los contratos de colaboración entre empresarios (...), hasta la creación de un grupo de sociedades (...)”. SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2012), “Conglomerados societarios” en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Tomo II: Derecho de Sociedades, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, págs. 461-479, págs. 461-462.

<sup>21</sup> Sobre la unidad de empresa en el contexto del grupo por dominación, y según se verá, se afirma que “[u]n mismo capital *alimenta* a cada una de las sociedades, o sea el de la *holding* que está en el vértice, la cual, sea directamente o por medio de *sub-holdings*, suscribió o adquirió la totalidad o la mayoría de sus acciones; un mismo capital resulta *remunerado* por la actividad de cada una de las sociedades particulares, ya que las utilidades obtenidas por estas afluyen directamente o por medio de las *sub-holdings*, a la *holding* que está en el vértice; un mismo centro, la *holding* del vértice, dirige todo el grupo, ya que tiene directa o indirectamente la totalidad o la mayoría de las acciones de cada sociedad y , por lo tanto, la totalidad o la mayoría de los costos en cada una de ellas”. GALGANO, F. (1999), *Derecho Comercial. Las Sociedades*. Volumen II Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá. pág. 223.

<sup>22</sup> HURTADO COBLES, J. (2005), *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Editorial Bosch, S.A., España, págs. 33-34.

<sup>23</sup> Los grupos “(...) se presentan como una realidad diversa, es decir, se muestran no de manera uniforme, respondiendo a un esquema unitario, sino por el contrario, multiforme, con una acusada variedad estructural”. GIRGADO PERANDONES, P. (2001), *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Editorial Comares S.L., Granada, pág. 6.

En ese sentido, como se desarrollará en las líneas que siguen, el *interés de grupo* se constituye como instrumento a través del cual se desenvuelve el objeto social de cada integrante del propio grupo y, a su vez, se cataloga como fin de la empresa de grupo, de tal suerte que tanto los *intereses del grupo* como de sus miembros se armonizan, por lo tanto, una gestión se considera diligente cuando sus actos se dirigen a maximizar el interés del grupo del que dimana una maximización, en su caso, del interés social<sup>24</sup>.

En ese orden de ideas, el análisis y el estudio de la legitimación del aludido *interés de grupo* se constituye como el aspecto nuclear de este trabajo, pues a partir del mismo se incide en la idea del grupo como una sola empresa a efectos del análisis de la imputación de responsabilidad, lo cual no excluye que también se emplee el *interés de grupo*, dentro de unos límites<sup>25</sup>, junto con el *principio de la buena fe* y el contenido del *contrato de grupo*, como parámetros para valorar la conducta del miembro(s) vinculado(s) a dicho fenómeno económico-jurídico, que en razón a su participación en la planeación y/o ejecución de las políticas o estrategias grupales, afectaron los intereses de otros integrantes, de los socios y de terceros<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), "Reconstrucción del concepto de grupo empresarial desde el derecho de obligaciones y contratos" en *RDM*, N° 307. Enero-marzo 2018, págs. 107-145.

<sup>25</sup> Sobre los límites del interés de grupo debe hacerse referencia a la STS 695/2015, Sala 1ª de lo Civil, de 11 de diciembre de 2015 pues afirma que "El interés del grupo no es un título que justifique por sí solo el daño causado a la sociedad filial".

<sup>26</sup> *Vid. Infra*, Capítulo III RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.

A partir de la mencionada descripción de la realidad económica del *grupo* o mejor, de la situación fáctica de dicha forma de empresa, se puede identificar los elementos fundamentales que lo estructuran, los cuales se abordan a continuación:

1. *Elemento subjetivo: La pluralidad de empresas o de sociedades.*

Como se ha señalado a lo largo del escrito, el *grupo* se caracteriza por la ambivalencia o dialéctica de unidad empresarial-pluralidad jurídica<sup>27</sup>, es decir, en dicha forma de empresa existe una falta de correspondencia plena entre *entidad económica y sujeto jurídico*, pues la empresa unificada aparece disuelta en el plano jurídico en una pluralidad de sujetos que, formalmente, conservan su capacidad de obrar intacta<sup>28</sup>.

En ese sentido, la creación del *grupo* parte de una *pluralidad de sociedades*, autónomas e independientes, que al organizarse alrededor de una dirección unitaria configuran una *empresa plurisocietaria*<sup>29</sup>, es decir, las sociedades isla pueden tener un único negocio o incursionar en varios, pero cada una es titular de una empresa, sin embargo, cuando se conforma el *grupo*, dicha pluralidad jurídica que implica varios titulares (empresarios) de diferentes empresas, resultan integrados económicamente, conformándose una

---

<sup>27</sup> Vid. *Supra*, Capítulo I.A EL CONCEPTO DE GRUPO.

<sup>28</sup> EMBID IRUJO, J. M. (1991), *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*, Universidad de Murcia, España, pág. 34.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Volumen 11 de Cuadernos mercantiles, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pág. 160.

*empresa única*, la de *grupo*. Todo ello ocasiona un cambio profundo a los presupuestos de aplicación del tradicional del derecho sociedades, en donde se predica la plena correspondencia entre empresa y titular jurídico (sociedad)<sup>30</sup>, el surgimiento de una persona jurídica diferente a los sujetos que la conforman con ocasión al perfeccionamiento del contrato social<sup>31</sup> y, según el caso, con el cumplimiento de solemnidades adicionales establecidas en los ordenamientos jurídicos, entre otras variaciones.

En ese orden de ideas, en el *grupo* se obtiene una cierta disolución de la idea de subjetividad jurídica como derivación paradójica del crecimiento de los sujetos que lo componen<sup>32</sup>. Ahora, es importante aclarar que dicha concentración en la pluralidad, deja vigente la personalidad propia de las sociedades que conforman el *grupo* e implica, por lo general, la subsistencia de su situación patrimonial<sup>33</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, se infiere que la correcta comprensión jurídica del *grupo* obliga dejar a un costado la tipificación rígida, derivada de la postura clásica de subjetividad, para poner en su lugar instrumentos que enfoquen la real estructura empresarial del *grupo*, la cual pasará a ser, de esta

---

<sup>30</sup> EMBID IRUJO, J. M. (1991), *op. cit.*, pág. 34.

<sup>31</sup> El *grupo* “(...) carece de personalidad jurídica, por lo que su contrato constitutivo ha de huir de toda fórmula que se acerque, aunque sea sumariamente, al negocio de fundación de una sociedad, respecto del cual se predica sin género de duda el carácter plurilateral”. EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 65.

<sup>32</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 29.

<sup>33</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 65.

manera, el elemento sobre el que el legislador vuelque la disciplina jurídica conveniente<sup>34</sup>.

Lo anterior no indica que al momento de reflexionar sobre el logro del adecuado régimen jurídico de los *grupos* deba omitirse del todo a las sociedades que los integran y su respectiva autonomía jurídica, a efectos de centrar la atención únicamente al *todo* empresarial que ellas estructuran, sino que se debe entender a los *grupos* mismos como unas empresas *policorporativas* o *plurisocietarias* y como el resultado de un proceso de concentración en la pluralidad y las partes (esencialmente sociedades) que los conforman<sup>35</sup>.

Dentro de esa pluralidad de sociedades como elemento estructural del *grupo*, resulta importante analizar la sociedad cabeza de grupo o *holding*, toda vez que a partir de ella se gestiona la actividad del *grupo* en su conjunto, fija la estrategia empresarial de cada uno de los sujetos que la componen y realiza su coordinación, mientras que las demás sociedades les corresponde, a través de sus órganos sociales, desarrollar la gestión ordinaria según las directivas trazadas por la *holding*<sup>36</sup>.

No obstante lo anterior, es importante aclarar que la figura de la sociedad *holding* no se identifica con el concepto de *grupo*, toda vez que este

---

<sup>34</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 30.

<sup>35</sup> *Ibíd.*, pág. 37.

<sup>36</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 141.

constituye una forma organizativa (informal) de la actividad económica, mientras que la *holding* es una de las múltiples formas organizativas (formal) que puede adoptar la cabeza de grupo<sup>37</sup>. Además, en el *grupo* el objeto de la sociedad *holding* no se limita a la mera participación o al solo control sino la «agregación económica en una unidad organizativo-productiva, de las sociedades participantes»<sup>38</sup>. Por otra parte, se debe precisar que en el campo de los *grupos paritarios* no se predica la existencia de una sociedad *holding*, en razón a que en dicha modalidad de *grupo* no se estructura una relación vertical o de subordinación entre sus integrantes.

## 2. El control efectivo.

El concepto de control que en el presente epígrafe se explica, es diferente al que se plantea desde el supuesto de hecho normativo que se desarrollará luego<sup>39</sup>, toda vez que parte de la realidad económica de los *grupos*<sup>40</sup>.

En ese sentido, el control desde la perspectiva económica hace referencia al ejercicio real de poder que realiza la sociedad cabeza de grupo de

---

<sup>37</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, pág. 55.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 24.

<sup>39</sup> *Vid. Infra, Capítulo I.C SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO.*

<sup>40</sup> Frente a la problemática de la delimitación conceptual de *control* la profesora Idoia Fernández señala que “Esta controversia sobre el propio *nomen iuris* evidencia la controversia que ha existido a la hora de delimitar legislativamente el concepto de control, no en vano se trata, como la dirección unitaria, de una noción traída del mundo económico”. FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 164.

influir en las determinaciones y comportamientos de las demás sociedades<sup>41</sup>, es decir, el control es el instrumento para llevar a cabo la dirección unitaria, por ende, la presencia del control no implica, *per se*, la existencia de un *grupo* y menos aún que ambos se identifiquen<sup>42</sup>.

Aunado a lo descrito, el control puede expresarse de distintas maneras, es decir, puede adoptar la *forma* de control accionarial o de control contractual<sup>43</sup>, en ambos casos, la superposición del *interés de grupo* al interés de cada una de las sociedades, tiene que ver con el negocio jurídico que legitima la existencia del grupo<sup>44</sup>, el cual se predica tanto en los *grupos por dominación* como en los *grupos por coordinación*<sup>45</sup>, denominándose en este último caso como *contrato de grupo paritario*<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> “Desde la perspectiva económica la solución es diferente: no se puede hablar de control en ausencia de un concreto ejercicio de poder, significando esto que el control económico no se agota en una fase abstracta o potencial de una influencia dominante que se correspondería, más bien, con el concepto jurídico de subordinación (...)”. CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 138.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pág. 129. En sentido contrario, el profesor Manóvil quien señala que el control es “[e]l elemento que caracteriza por excelencia la materia en estudio es la relación de dominio que ejerce un sujeto (o varios) sobre una sociedad, la cual será dependiente de aquél. El binomio dominio-dependencia refleja el presupuesto básico para toda regulación grupal conocida en la materia en el derecho universal. (...), es claro que sin esa relación de dominio-dependencia nada de todo ello [es decir el *grupo*] llega siquiera a plantearse”. MANÓVIL, R. (1998), *op. cit.*, pág. 251.

<sup>43</sup> “La relación de subordinación puede estar fundada en un contrato o bien por cualquier otro medio (participación, relación personal, etc.)” SANCHEZ CALERO, F. (2000), “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades” en *RDBB*, nº 77. págs. 7-63, pág. 18.

<sup>44</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>45</sup> “(...) por más que pueda hablarse de dos tipologías de grupos [grupos por dominación y por coordinación] es un error considerar que el aspecto negocial sólo se da en el segundo de los supuestos, pues en ambos, para que pueda hablarse de verdadero grupo, tendrá que aflorar lo que calificamos de negocio legitimador de la existencia de grupo”. MANZANEQUE LIZANO, M., SANTOS PEÑALVER, J., NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *Reestructuración de empresas y grupos. Reflexiones contables y jurídicas*, Editorial Wolters Kluwer, España, pág. 26.

<sup>46</sup> *Vid. Infra*, Capítulo I.F EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.

Por otra parte, existen unas tipologías de control que ha desarrollado la doctrina denominadas *control común*, *control conjunto* y *gestión conjunta*, las cuales han sido implementadas en el contexto de un concepto amplio de grupo, en el cual se incluyen los *grupos por coordinación*. En ese sentido, el *control común* se define como aquella situación en donde varias sociedades son controladas por la misma persona jurídica o física, sin que se estructure una relación de dependencia directa o indirecta entre las controladas; el *control conjunto* se estructura cuando varios sujetos de derechos ejercen o pueden ejercer control de dos o más sociedades, a partir de pactos o acuerdos estatutarios que reglamenten la toma de decisiones sin que se requiera el voto unánime de todos los partícipes para la adopción de decisiones; y la *gestión conjunta* es aquella que requiere de un acuerdo estatutario o contractual en donde las decisiones estratégicas relacionadas con la actividad necesitan del consentimiento unánime de todos quienes ejercen el control de la sociedad<sup>47</sup>.

### 3. *El Poder de dirección unitaria o unidad de decisión.*

El poder de dirección unitaria o unidad de decisión es, según se ha dicho, un elemento esencial y caracterizador del *grupo*<sup>48</sup> como institución de la

---

<sup>47</sup> MANZANEQUE LIZANO, M., SANTOS PEÑALVER, J., NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *Reestructuración de empresas y grupos. Reflexiones contables y jurídicas*, Editorial Wolters Kluwer, España, págs. 46-49.

<sup>48</sup> “Este concepto de “grupo empresarial” queda anclado en la existencia de una dirección unitaria, como nota identificadora”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

realidad económica<sup>49</sup> y es entendido como aquel poder y factor de organización o planificación de la actividad empresarial, haciendo que el interés de cada sociedad que conforma el *grupo* sea superado por el interés de este último como empresa<sup>50</sup>, es decir el *interés de grupo*<sup>51</sup>.

Adicionalmente, la realidad económica vislumbra que el poder de dirección unitaria no es homogéneo, ni se expresa con la misma intensidad o alcance en todos los *grupos*, pues ello depende del grado de centralización económica<sup>52</sup>.

Con base en lo anterior, se deduce que existe una vinculación entre el control y la dirección unitaria, pero a su vez existe entre ellos una relativa

---

<sup>49</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 12. Complementando lo anterior, se afirma que “(...) si bien no hay grupo sin dirección unitaria, el efectivo funcionamiento empresarial de cada grupo depende del contenido concreto que haya de atribuirse a la unidad de decisión y, por lo tanto, de las facultades específicas que asuma a tal efecto la entidad que la vaya a ejercer. Cuantas más facultades se atribuyan a la entidad que dirige el grupo, menos «libertad empresarial», cabría decir, corresponderá a las entidades sometidas a la unidad de decisión; y, a la inversa. Todo ello con un límite (por debajo del cual no habrá, en sentido estricto, grupo) conforme al cual la dirección unitaria debe comprender las competencias necesarias para establecer una financiación y una política de personal comunes para sus integrantes; pero el resto de competencias propias de la gestión empresarial (producción, comercialización, marketing, etc.) podrán ser distribuidas de acuerdo con las características singulares de cada grupo, presumiblemente orientadas a conseguir su funcionamiento eficiente. Si todas o prácticamente todas se atribuyen a la entidad que dirige el grupo, nos encontraremos ante un grupo centralizado, en tanto que su asignación, plena o parcial, pero significativa, en todo caso, a las entidades sometidas a la unidad de decisión, nos situará ante un grupo descentralizado”. ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), “Grupos Cooperativos” en PEINADO GRACIA, J. (Dir.), *Tratado de derecho de cooperativas*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 997-1058, pág. 1019.

<sup>50</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2001), *op. cit.*, pág. 206.

<sup>51</sup> “Il dato che caratterizza tutti i gruppi di società, e che ne costituisce in certo qual modo l'essenza, è il perseguimento di un interesse comune, che viene comunemente definito «interesse di gruppo»” LEMME, G. (1997), *Il governo del gruppo*, Editorial Cedam, Padova, pág. 26.

<sup>52</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1015-1016.

independencia, pues la presencia del control no conlleva necesariamente al ejercicio de una dirección unitaria, sin embargo, para esta última sí se exige tener un control sobre los sujetos que conforman el grupo, por tal razón, es imprescindible una voluntad de integración, de someterse a la unidad de decisión que no deriva automáticamente de las situaciones de control potencial de las sociedades<sup>53</sup>.

Por otra parte, se debe tener presente que existe una relación estrecha entre la *dirección unitaria* y el *interés de grupo*, toda vez que ambos trazan los lineamientos que deben seguir los miembros que conforman el grupo en su actividad empresarial; y se catalogan como parámetros, junto con el principio de la buena fe, que permiten efectuar la valoración del comportamiento atribuible al sujeto al que se le imputa la responsabilidad, por los daños ocasionados a otros integrantes del grupo, a los socios y a terceros<sup>54</sup>.

### C. SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO.

Se afirma que los *grupos* son el mejor ejemplo reciente del carácter consuetudinario del derecho comercial, en razón a que no han sido abarcados de manera plena por el derecho positivo de los Estados<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>54</sup> *Vid. Infra, Capítulo III RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.*

<sup>55</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 132.

Dicha afirmación no implica que los *grupos* carezcan de legitimidad en la totalidad de los ordenamientos jurídicos, pues, bien o mal, tal figura ha tenido un reconocimiento paulatino por diferentes Estados<sup>56</sup>, como España y Colombia, sin embargo se debe aclarar que no todos los elementos estructurales descritos en el anterior epígrafe<sup>57</sup> han tenido el total reconocimiento por el legislador de tales Estados, lo cual es una muestra de la relativa claridad de los principios constitutivos del grupo en sus ordenamientos jurídicos. Ante tal escenario de inseguridad jurídica, se han realizado intentos para afrontar dicha problemática como el orgánico<sup>58</sup>, el contractual<sup>59</sup>, el

---

<sup>56</sup> “(...) en el ámbito internacional los Estados han tratado de regular el grupo siguiendo una o varias de las siguientes alternativas:

- Expidiendo una ley general.
- Expidiendo leyes de sector.
- Optando porque sea la jurisprudencia y la práctica las que creen los principios generales de la materia”. *Ibidem*, pág. 124.

<sup>57</sup> *Vid. Supra*, Capítulo 1.B ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL.

<sup>58</sup> El modelo orgánico de tipificación del grupo pretende “(...) identificar el supuesto de hecho fáctico de este último con el supuesto de hecho normativo, sin que el legislador aportara elemento alguno a la pura configuración económica del grupo. De este modo, se aspiraba a lograr una regulación universal de los grupos carente de todo presupuesto artificial distinto de los elementos que «naturalmente» les caracterizan. (...). Ejemplos normativos (no consumados) de dicho modelo lo constituyeron la primera propuesta de Cousté de regulación de los grupos en Francia y las reglas correspondientes contenidas al efecto en el proyecto de estatuto de sociedad anónima europea de los años setenta, cuya virtualidad está lejos de alcanzarse en nuestros días a pesar de las modificaciones introducidas que no alteran lo indicado aquí a propósito de los grupos”. EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 14-15.

<sup>59</sup> El modelo contractual que tipifica el grupo ha sido acogido por los ordenamientos jurídicos de Alemania, Brasil y Portugal. Dicho modelo establece un supuesto de hecho normativo del grupo distinto del fáctico, toda vez que se caracteriza por la necesaria presencia de un particular negocio jurídico, de tipo organizativo, al que se denomina en el primer ordenamiento jurídico como «contrato de dominio» (*Beherrschungsvertrag*), nombre que no es acertado, pues no es un contrato forzoso para las sociedades integrantes del grupo, sino que se trata de un negocio voluntario cuya adopción abre las puertas a la plena legitimidad del grupo, al libre ejercicio de la dirección económica unificada y su conclusión establece las bases para la aplicación de las especiales consecuencias jurídicas que la tipificación del grupo contempla en los descritos ordenamientos. No obstante lo anterior, el citado modelo ha fracasado en el derecho alemán, brasileño y portugués, en razón a la escasa utilidad práctica del instrumento contractual. *Ibidem*, págs. 15-17.

fáctico<sup>60</sup> y jurisprudencial<sup>61</sup>, que tratan de explicar los *grupos* dentro de la Teoría del Derecho y la práctica de los Tribunales, sin embargo, ninguna de ellas da una respuesta unívoca, pues la realidad empresarial está en constante movimiento y ello imposibilita la escogencia de una sola postura.

No obstante lo anterior, a efectos de nuestro trabajo, partimos de la postura que entiende que para que exista constitución de grupo es imprescindible que se dé una voluntad de integración, de acogerse a la unidad de decisión, es decir, su origen está en un instrumento negocial que en los *grupos paritarios* se funda en la voluntad de las sociedades que lo integran configurando un *contrato de grupo*; y en los *grupos por subordinación* se basa en una única voluntad, la de la sociedad matriz, reflejada a través de las declaraciones de voluntad de las filiales a las que controla, constituyendo un supuesto *autocontrato*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Hace referencia a aquellos grupos que se han estructurado a partir de la práctica empresarial, sin previo perfeccionamiento de un contrato de grupo o porque el legislador no ha regulado de manera exhaustiva la citada forma de empresa. En ese sentido, se afirma que “[e]l grupo de sociedades que mantiene sus rasgos distintivos sin haberse «constituido» jurídicamente, (...), pero con propósito o finalidad idénticas, merecerá, de modo indudable, el calificativo de «fáctico» y su tratamiento normativo habrá de orientarse a través de parámetros en parte coincidentes, en parte – si bien muy relevante – diversos”. EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 134.

<sup>61</sup> Ante los vacíos normativos de la regulación de grupos en algunos ordenamientos jurídicos, los Tribunales mediante su jurisprudencia han moldeado un régimen jurídico de tipo pretoriano sobre los grupos. Muestra de ello es Alemania, en donde el Tribunal supremo ha planteado soluciones en aquellos grupos conformados por sociedades de responsabilidad limitada como dependientes, situación que no ha sido regulada de manera expresa por el legislador alemán. De esta manera estructuró la figura del grupo fáctico cualificado. *Ibidem*, págs. 18-19.

<sup>62</sup> *Vid. Infra, Capítulos I.E CLASIFICACIÓN DE GRUPOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y POR COORDINACIÓN y I.F EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.*

De otro lado, frente al desarrollo normativo de los grupos empresariales en España y Colombia se evidencia que en el primero existe el artículo 42 del CComE cuya interpretación y aplicación se ha extendido en otros ámbitos como en el derecho concursal, tributario, laboral, entre otros, gracias a la jurisprudencia o por las mismas leyes particulares que hacen remisión al artículo descrito. Situación similar acaece en el derecho colombiano, pues la normatividad de grupos se centra en la Ley 222 de 1995. A efectos de delimitar el alcance del presente trabajo, el estudio del supuesto de hecho normativo de los *grupos* se centra en el ámbito específico del derecho societario en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia, sin desconocer sus fundamentos constitucionales. Por lo tanto, no se analizan en profundidad aspectos de derecho tributario, ni laborales, entre otros, que se relacionan con la temática de los *grupos*<sup>63</sup>.

*1. Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales.*

En el contexto del derecho español se afirma que en la ordenación jurídica del grupo ha existido una evolución conforme a la cual del arranque directamente asentado en la figura y en la personalidad de las sociedades que

---

<sup>63</sup> Un profundo análisis de la gran dispersión y disfuncionalidad normativa sobre la temática de los grupos empresariales en las áreas del derecho de la competencia, laboral, tributario y concursal en España lo encontramos en NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

lo conforman, se ha pasado a una cierta subsunción de tales elementos en la concreta empresa articulada, es decir en el *grupo*<sup>64</sup>.

A pesar de dicha evolución, en el derecho societario español se evidencia que el supuesto de hecho normativo del *grupo* se entiende con alguna *holgura*, pues a pesar que en la normatividad española societaria existe una regulación sobre *grupos*, ella es somera, fragmentada y no sistemática, demostrando una ausencia de planteamiento claro de política jurídica frente a la figura<sup>65</sup>.

Efectuadas las aclaraciones precedentes, los *grupos* tienen su fundamento en el artículo 38 de la CE<sup>66</sup>, la cual reconoce el derecho a la libertad de empresa y, a su vez, se constituye como pilar central de la constitución económica de España<sup>67</sup>.

De acuerdo con lo anterior, se infiere que el constituyente acogió un sistema económico en el que el proceso productivo y la consiguiente satisfacción de las necesidades individuales y sociales se confía de manera general y en primera instancia a la iniciativa privada, la cual está subordinada a

---

<sup>64</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 20.

<sup>65</sup> *Ibidem*, págs. 21-23.

<sup>66</sup> CE. Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

<sup>67</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2001), *op. cit.*, pág. 8.

las exigencias de la economía general y puede verse sometida, en su caso, a la planificación<sup>68</sup>.

En ese sentido, se concluye que en la CE se reconoce a toda persona su derecho de escoger no solo el establecimiento de la empresa, sino su ejercicio, por lo tanto está a su libre elección la modalidad idónea para el ejercicio de la actividad empresarial, ya sea a través de una forma jurídica empresarial sencilla o a través del esquema de la unidad en la multiplicidad que caracteriza el *grupo*<sup>69</sup>, todo lo anterior dentro de los límites que traza el marco jurídico inherente a un Estado Social de Derecho.

En virtud de lo expuesto, se colige que el *grupo* está reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico español y, por ende, ostenta de plena legitimidad, toda vez que está referido en diversas disposiciones normativas y porque encuentra su fundamento en el principio constitucional de la libertad de empresa<sup>70</sup>.

No obstante que en el Derecho positivo español vigente hay un reconocimiento expreso a los *grupos* y que parte de la *pluralidad de sociedades*, ya explicada<sup>71</sup>, se aprecia la delimitación del *grupo* sobre la base

---

<sup>68</sup> PÉREZ ROYO, J. (2014), *Curso de derecho constitucional*. Editorial Marcial Pons. Madrid, pág. 436.

<sup>69</sup> GIRGADO PERANDONES, P (2001), *op. cit.*, pág. 12.

<sup>70</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007) *Grupos de Sociedades y Protección de Acreedores (Una perspectiva societaria)*. Editorial Arazandi, Navarra, pág. 141.

<sup>71</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.B.1 Elemento subjetivo: La pluralidad de empresas o de sociedades.*

exclusiva del *mero control* adquirido por vías societarias o por otros caminos (artículo 42 CComE, artículo 5 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), situación que ha generado críticas por la doctrina reconocida<sup>72</sup>.

Antiguamente, el *poder de dirección unitaria* estaba contemplado en el artículo 4 de la entonces Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, como elemento caracterizador del *grupo*, y se presumía ante la presencia de un evento o circunstancia de control contemplado en el texto del numeral 1 del artículo 42 del CComE, entre otros<sup>73</sup>. En el año 2007, dicha disposición fue modificada por el artículo único 3 de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, estableciendo que a los efectos de esta Ley, se estará a la definición de grupo de sociedades consagrada en el artículo 42 del CComE.

---

<sup>72</sup> *Vid.* por todos. Frente a esta modificación, se afirma que se “vuelve a los errores del pasado y se aleja de la concepción generalmente aceptada a nivel comunitario (...), el grupo sólo aparece cuando se sube el escalafón funcional: el control no es sino un mero instrumento para llevar a cabo una política coherente de grupo, que cristaliza en una unidad de decisión”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, pág. 58.

<sup>73</sup> Artículo 4. A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del CComC, o cuando al menos la mitad más uno de los Consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta. A efecto de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

Complementando lo expuesto, en el derecho concursal la Ley 38/11 de 10 de octubre, que modificó la ley 22 de 2003 de 9 de julio, incluyó en el artículo único 114<sup>74</sup> por primera vez una referencia expresa al concepto de *grupo*, identificándolo también con la definición que se establece en el numeral 1 del artículo 42 del CComE<sup>75</sup>.

Como se puede apreciar, la mayoría de las referencias normativas vigentes que regulan los *grupos* carecen de técnica legislativa, toda vez que inician con frases como «A los efectos de esta ley» y remiten al contenido del artículo 42 del CComE, es el caso del artículo 5 del Real Decreto Legislativo 4/2015; del artículo único 114 de la Ley 38/11 de 10 de octubre, que modificó la ley 22 de 2003 de 9 de julio de Concursos; y del artículo 18 del Real Decreto

---

<sup>74</sup> Ley 38/11 de 10 de octubre. “Ciento catorce. Se añade una nueva disposición adicional sexta, con la siguiente redacción: Disposición adicional sexta. Grupo de sociedades. “A los efectos de esta ley, se entenderá por grupo de sociedades lo dispuesto en el artículo 42.1 del Código de Comercio”.

<sup>75</sup> Código de Comercio. “Artículo 42. 1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

**Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.** En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. (...). (Negrilla por fuera del texto original)

Legislativo 1/2010, de 2 de julio, situación que no determina con exactitud consecuencias jurídicas frente al *grupo*.

En virtud de lo anterior, se deduce que el propósito del legislador se orienta a considerar el artículo 42 del CComE como clave para conseguir la definición general de *grupo* en el Derecho español, sin embargo, dicho deseo desconoce que la norma en mención en su conjunto se centra en temas contables de los *grupos*, definiendo lo que debe entenderse por perímetro de consolidación, y no exactamente sobre su constitución<sup>76</sup>; y que no puede ocultar que la *unidad de decisión* es algo más que el mero control, lo que permite colegir que la citada definición general de *grupo* que señala el artículo en mención es una tipificación limitada e insuficiente<sup>77</sup>. Además, la aludida disposición excluye la posibilidad de constituir grupos horizontales, paritarios o por coordinación, toda vez que exige una relación jerarquizada o de dominación entre las sociedades que conforman el grupo<sup>78</sup>.

En ese sentido, el artículo descrito no realiza una definición material del *grupo*, sino que emite un mandato a aquellas sociedades que sean dominantes dirigido a que realicen la consolidación contable, manteniendo su estructura

---

<sup>76</sup> El artículo 42 del CComE se ubica en la sección tercera titulada como “Presentación de las cuentas de los grupos de sociedades” dentro del TÍTULO III denominado “De la contabilidad de los empresarios”. Adicionalmente, los 6 numerales del citado artículo tratan aspectos contables que se dan dentro de los grupos empresariales, como la forma de realizar las cuentas consolidadas, el informe de gestión del grupo, entre otros aspectos.

<sup>77</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 24.

<sup>78</sup> MORENO, P. (2016), “Seguimos sin convenir qué se entiende por grupo de sociedades”. Recuperado el 17 de abril de 2017 en la página web. <http://www.argoasociados.com/es/post/26/seguimos-sin-convenir-que-se-entiende-por-grupo-de-sociedades/>

financiera y de inversiones, con independencia de la existencia de control, el cual puede ser real o potencial<sup>79</sup>.

Realizadas las reflexiones precedentes sobre la regulación de los grupos en el Derecho Español, a continuación se revisa de manera puntual los supuestos de hecho normativos de los elementos estructurales de *control efectivo* y el *poder de dirección unitaria o unidad de decisión*.

- El control efectivo.

Frente a la definición de *control* desde el punto de vista normativo, se afirma que éste es un concepto jurídicamente indeterminado<sup>80</sup>, toda vez que no ostenta un significado diferente, ni posee autonomía conceptual o jurídica autónoma frente a los términos *dominación e influencia dominante*, por ende, todos ellos indican una misma situación fáctica de *poder* que un sujeto ejerce sobre otro de naturaleza primordialmente estratégica y no únicamente participativa<sup>81</sup>. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo, se considera que el *control es un derecho o poder legal caracterizado por su estabilidad*<sup>82</sup>, amparado en los derechos de propiedad y de libertad de empresa protegidos

---

<sup>79</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 165.

<sup>81</sup> MANÓVIL, R. (1998), *op. cit.*, pág. 255.

<sup>82</sup> "(...) debemos resaltar que en todo caso ha de tratarse de un control *estable*, de tal forma que se distinga plenamente de aquellas situaciones de dominio puntual o transitorio que nacen casual y coyunturalmente sin vocación de permanencia y que dependen de factores ocasionales" FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 166.

por los artículos 33 y 38 de la CE<sup>83</sup> y hace referencia a la posibilidad en *potencia* de ejercer una influencia dominante sobre otra sociedad y se ubica de manera preferente en el ámbito societario<sup>84</sup>.

Frente a su finalidad, el *control* se orienta a la obtención de un dominio sobre otra sociedad dependiente<sup>85</sup>, lo cual permite la formación de un grupo, en sentido económico, pues el control societario o contractual, según lo dicho, es el instrumento que facilitará a la sociedad dominante el ejercicio del poder de dirección unitaria<sup>86</sup>, el cual se aborda más adelante.

Lo expuesto permite inferir que existe una diferencia entre *control* y *dominio*, en donde el primero se considera como una *facultad*, mientras que el segundo es un *poder* que se ejercerá o no por su titular, según el control sea efectivo o potencial<sup>87</sup>. Dicha distinción plantea la problemática de los *grupos cooperativos*, objeto de nuestro estudio, en donde la naturaleza jurídica de las cooperativas y los principios democráticos que las orienta, impide que el control permita ejercer dominio o subordinación por la cabeza del citado grupo.

De otro lado, frente a la persona legitimada para ser titular del control, la normatividad española no es clara al respecto, pues el citado numeral 1 del

---

<sup>83</sup> VINCENT CHULIÀ, F. (2012), *Introducción al Derecho Mercantil*, Volumen I, Editorial, Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1235.

<sup>84</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 9.

<sup>85</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 165.

<sup>86</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 61.

<sup>87</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 165.

artículo 42 del CComE hace mención de manera exclusiva a las personas jurídicas cuando utiliza el vocablo “sociedad” y deja por fuera a las personas naturales, situación que se podría entender cuando se revisa que la norma descrita está colocada sistemáticamente en el ámbito de la consolidación de cuentas.

La exclusión de las personas físicas expuesta en el párrafo precedente, ha generado polémica, no solo por la doctrina, sino también en el ámbito judicial, muestra de ello es que en el contexto del derecho concursal, ya han sido varias las resoluciones recaídas, en entre ellas la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de diciembre de 2013, en especial el voto particular formulado por el magistrado JUAN F. GARNICA MARTÍN<sup>88</sup> o más recientemente la STS de 11 de julio de 2018<sup>89</sup>, en las que no compartiendo la lectura *literal* del numeral 1 del artículo 42 del CComE, se adopta una interpretación más amplia, incluyendo aquellos eventos en donde el control es ejercido por parte de personas físicas (socios o administradores comunes) y no únicamente por una sociedad matriz<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 15ª, 449/2013 de 11 de diciembre de 2013. Un comentario a esta sentencia puede verse en <https://merchantadventurer.wordpress.com/2014/02/11/sobre-el-articulo-42-del-codigo-de-comercio-y-el-concepto-de-grupo/>

<sup>89</sup> STS, 1ª, 437/2018 de 11 de julio de 2018, F. III.16. Un comentario a esta Sentencia puede verse en <http://jsanchezcalero.com/grupo-y-control-por-persona-fisica/>

<sup>90</sup> “A nuestro modesto entender, aunque el tenor del art. 42.1 parece más bien claro, en el sentido de limitar el concepto de grupo concursal a los casos en que la cabecera es una persona jurídica, creemos, sin embargo, que no le falta razón a la Audiencia cuando se niega a enterrar la polémica; no parece lógico que una estructura de empresas controladas por una voluntad común, deje de merecer la condición de “grupo”, con todas las consecuencias que ello acarrea, por el mero hecho de que el control sea ejercido por una persona física, y no una jurídica”. MORENO, P. (2016), *op. cit.*

De otra parte, el artículo 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se infiere que la sociedad controlante puede ser una persona jurídica, distinta a una sociedad de capital, por ejemplo una sociedad personalista, una cooperativa, una fundación o una asociación, incluso puede serlo también una persona física<sup>91</sup>.

Con respecto a la naturaleza jurídica de la entidad sujeta al control, es decir la *controlada*, *en principio*, se limitaría a las sociedades, atendiendo la lectura *literal* del numeral 1 del artículo 42 del CComE y se excluirían aquellas entidades de naturaleza cooperativa, en virtud de su organización democrática que las caracteriza.

Los eventos de control reconocidos en los literales a), b) y d) del numeral 1 del artículo 42 del CComE, hacen referencia a la disponibilidad directa, que no implica necesariamente la propiedad de las acciones, ejemplo de ello sería el usufructo de acciones; o de manera indirecta, acudiendo a la mayoría decisoria en la Junta General de la sociedad controlada, de tal suerte poder designar y remover a los miembros de la administración<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> VINCENT CHULIÀ, F. (2012), *op. cit.*, pág. 1235.

<sup>92</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 132.

De acuerdo con el citado artículo, las situaciones de control aludidas son de Derecho porque la medida de la participación lo determina la ley<sup>93</sup>, es decir, los artículos 198 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010 lo estipulan, sin embargo, el artículo en mención establece la posibilidad de ostentar la mayoría accionaria *sin ser propietario de las mismas*, en este evento el control será *de hecho*, el cual es una muestra de la separación entre propiedad y control en la sociedad anónima y su configuración se da con la mera posibilidad de ejercer influencia dominante, por ejemplo el caso del usufructuario de acciones que tiene derechos políticos en la compañía<sup>94</sup> a través del cual dispone(n) de la mayoría de votos para definir la conformación de la administración de la sociedad<sup>95</sup>.

Complementando lo precedente, el concepto de control que hace referencia el artículo 42 del CComE recae en los derechos de voto en abstracto, es decir, al control referido a la mayoría de esos derechos, y es que en efecto, el control “real” puede tenerse con una “minoría” en derechos de voto (por referencia al capital) en las sociedades con capital disperso. Es por ello que, a modo de ejemplo, en el régimen español de ofertas públicas de

---

<sup>93</sup> GALGANO, F. (2012), “Dirección y coordinación de sociedades”, en GALGANO, F. y otros, *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. Universidad del Rosario, Colección textos de Jurisprudencia, Bogotá, págs. 79-264, pág. 221.

<sup>94</sup> En el derecho societario español se reconoce la viabilidad del contrato de usufructo de acciones en los artículos 467 y siguientes del Código Civil y 127 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010.

<sup>95</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, págs. 132-134.

adquisición de acciones en el mercado de valores, el umbral de control es de 30% de los de derechos de voto<sup>96</sup>.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que en el ámbito del derecho de grupos, en particular aquellos denominados *grupos verticales* o *por dominación*, ya mencionados y sobre lo que se volverá, ostentar la mayoría de la participación societaria o la posesión de la mayoría de capital no asegura la creación de una relación de dominio-dependencia, sino la tenencia de la mayoría de los derechos de voto, la cual determinará la composición mayoritaria de los miembros del órgano de administración y el contenido de los acuerdos sociales adoptados por la junta general<sup>97</sup>. No obstante lo anterior, se presume *iuris tantum* que quien ostenta la mayoría de la propiedad de la dominada posee o dispone de la mayoría de los derechos de voto, la cual se podría desvirtuar a través de pactos parasociales que le atribuyen el voto a un socio minoritario, cláusulas estatutarias de limitación de voto, cuando la

---

<sup>96</sup> Es importante aclarar que no siempre que se tenga la titularidad de la mayoría de las acciones en una sociedad, conlleva a que su titular tenga el control accionario sobre el ente societario, toda vez existen los casos denominados por la doctrina anglosajona como *empty voting* y *quadratic voting*. El primero trata de situaciones de ejercicio del derecho político de la acción, como es el voto, por sujetos que no han arriesgado capital o no ostentan la calidad de inversores. El segundo hace referencia a que la elección se resuelve por mayoría y cada participante puede emitir cuantos votos desee pero tiene que realizar un pago cuadrático en el número de votos emitidos, de tal forma que emitir 2 votos cueste 4 veces lo que cuesta emitir 1 voto y emitir 4 votos cueste 16 veces lo que cuesta emitir 1 voto. Sobre las figuras *empty voting* y *quadratic voting* se recomienda el texto de POSNER, E. & GLEN WEYL, E. (2014), "Quadratic Voting as Efficient Corporate Governance", *University of Chicago Law Review* 251, [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11400&context=journal\\_article](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11400&context=journal_article)

<sup>97</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 101-102.

dominada ha emitido participaciones o acciones de voto plural en manos de la minoría, entre otras<sup>98</sup>.

De otra parte, el *control externo o contractual* se contempla en el literal c) del numeral 1 del artículo 42 del CComE al señalar que se estructura cuando la sociedad dominante “[p]ueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto”. Por lo tanto, el control externo nace a partir de un vínculo contractual, que en cumplimiento de sus prestaciones, se coloca a una sociedad bajo la influencia de otra, sin que ello haga referencia al supuesto de grupo *paritario*, sino que se sigue moviendo en el marco del *grupo por dominación*, a través del control accionarial obtenido de manera indirecta, por ejemplo, a través de pactos parasociales.

En ese orden de ideas, se concluye que existen instrumentos contractuales para la obtención del control que no se encuentran dentro del artículo 42 del CComE, es el caso del *contrato de grupo*, el cual tiene plena validez en el ordenamiento jurídico español<sup>99</sup>, como se expondrá más adelante<sup>100</sup>, aclarando que dicho negocio jurídico no nace cuando se tiene como propósito primordial adquirir exclusivamente el control de una sociedad, pues su función económico social es la aceptación de quienes lo celebran de

---

<sup>98</sup> SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (2016), “Concepto y clases de grupos en el derecho español”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, ESTEBAN VELASCO, G. y SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coord.), *Estudios sobre derecho de sociedades. Liber Amicorum profesor Luis Fernández de la Gándara*. Editorial Arazandi SA, España. págs. 723-817, pág. 744.

<sup>99</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>100</sup> *Vid. Infra, Capítulos I.E CLASIFICACIÓN DE GRUPOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y POR COORDINACIÓN y I.F EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.*

seguir un *interés de grupo*, a través de la adopción conjunta o en consenso de la unidad de decisión o poder de dirección unitaria que ha trazado uno de los integrantes del *grupo*. En ese sentido, la consecución del control a través del *contrato de grupo* es accidental, pues lo primordial es la alineación de todos a una dirección unitaria<sup>101</sup>.

Además, existen otras tipologías de contratos en que su empleo por el empresario conlleva repercusiones o contribuyen a la obtención del control de una sociedad, sin que ello implique que se configure un *grupo*. Muestra de la situación descrita es la cláusula de exclusividad que se emplea en la mayoría de los contratos de distribución, como la concesión comercial, franquicia, entre otros, en donde se obliga a la sociedad controlada a proveer únicamente sus productos a la sociedad controlante, situación que determina su política empresarial. No se trata en este caso del control interno, basado en medios jurídico-societarios, sino más bien del control externo de naturaleza económica<sup>102</sup>, lo cual no conlleva necesariamente a que haga parte del perímetro delimitador de un *grupo*<sup>103</sup>, pues este exige la presencia de una dirección unitaria y de todo propósito organizativo entre las partes<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> “El negocio jurídico de grupo existe con independencia de que lo reconozca o no el artículo 42 del Código de Comercio y no existe aunque este precepto lo afirme en situaciones de mero control potencial. La titularidad de la mayoría de los derechos de voto de una sociedad no implica un grupo empresarial si ambas partes, dominante y dominada no están conformes en constituirse como tal y desarrollar la empresa de grupo”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>102</sup> EMBID IRUJO, J. M. (1991), *op. cit.*, págs. 49-50.

<sup>103</sup> Sobre la eventual configuración de *grupo* en el contexto de un control externo que se estructura en las redes de distribución se afirma que “[n]o se escapa que esta realidad económica podría acercarse a la idea de grupo empresarial. En ese sentido, en el propio Proyecto de Ley [de Contratos de Distribución] se establecía expresamente que cuando el diseño de una red de distribución por atribución contractual o situación de hecho, implique la atribución a un proveedor de poder de dirección comercial sobre la pluralidad de distribuidores

Complementando lo expuesto, el control puede ser un presupuesto, como resultado de la situación de titularidad de los derechos de voto, o considerarse como un efecto, como las consecuencias jurídicas que emanan luego del perfeccionamiento del contrato de constitución del grupo cuando se acuerda la unidad de decisión en los *grupos paritarios*, pero no es un elemento suficiente para que se asevere que existe una integración empresarial<sup>105</sup>.

Ahora bien, realizado el análisis de las presunciones de control que establece el artículo 42 del CComE, se afirma que las mismas han sido matizadas o ampliadas por NFCAC, pues de acuerdo con la definición que hace de tal concepto en su artículo 1<sup>106</sup> y los indicios de control contemplados en el artículo 2<sup>107</sup>, se colige que el control no depende rigurosamente de la

---

dicho poder deberá ejercerse bajo los principios de responsabilidad, desarrollo de interés común e información de los partícipes”. MANZANEQUE LIZANO, M., SANTOS PEÑALVER, J., NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*, pág. 33.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 171.

<sup>105</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>106</sup> Artículo 1. Grupo de sociedades, “(...)

3. A efectos de esta norma se entiende por control el poder de dirigir las políticas financieras y de explotación de una entidad, con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades”.

<sup>107</sup> Artículo 2. Presunción de control. “(...)

2. Además de las situaciones descritas, pueden darse circunstancias de las cuales se deriva control por parte de una sociedad aún cuando ésta posea la mitad o menos de los derechos de voto, incluso cuando apenas posea o no posea participación alguna en el capital de otras sociedades o empresas, o cuando no se haya explicitado el poder de dirección, como en el caso de las denominadas entidades de propósito especial.

Al valorar si dichas entidades forman parte del grupo se tomarán en consideración, entre otros elementos, la participación del grupo en los riesgos y beneficios de la entidad, así como su capacidad para participar en las decisiones de explotación y financieras de la misma.

Las siguientes circunstancias, entre otras, podrían determinar la existencia de control:

a) Las actividades de la entidad se dirigen en nombre y de acuerdo con las necesidades de la sociedad, de forma tal que ésta obtiene beneficios u otras ventajas de las operaciones de aquella.

participación en el capital social de la controlada, sino que se fundamenta en un modelo de derechos contractuales, en donde se incluye otras formas de control ejercidas a través de contratos o acuerdos que restringen y/o limitan y condicionan el hacer de la controlada; y se apoya en el *control de riesgos y beneficios* y la capacidad de participar en las decisiones de explotación y financieras de la controlada, refiriéndose a las *entidades de propósito especial* para incorporar estos eventos al ámbito informativo contable<sup>108</sup>.

Adicionalmente, el concepto de control también ha sido revisado por la NIIF 10 acercándolo a un *modelo de capacidad presente*, al plantear en el párrafo B2 la convergencia de tres elementos para su existencia que son el poder sobre la participada, la exposición a la obtención de rendimientos variables y la capacidad para influir en los resultados<sup>109</sup>. A partir de tales elementos se infiere que el concepto de control se enlaza con la dirección unitaria, sin embargo, no da seguridad jurídica, pues, resulta necesario el juicio

---

b) La sociedad tiene un poder de decisión en la entidad, o se han predefinido sus actuaciones de tal manera que le permite obtener la mayoría de los beneficios u otras ventajas de las actividades de la entidad.

c) La sociedad tiene el derecho a obtener la mayoría de los beneficios de la entidad y, por lo tanto, está expuesta a la mayor parte de los riesgos derivados de sus actividades.

d) La sociedad, con el fin de disfrutar de los beneficios económicos de las actividades de la entidad, retiene para sí, de forma sustancial, la mayor parte de los riesgos residuales o de propiedad relacionados con la misma o con sus activos”.

<sup>108</sup> MANZANEQUE LIZANO, M., SANTOS PEÑALVER, J., NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*, págs. 26-29.

<sup>109</sup> Para determinar si un inversor controla una participada éste evaluará si presenta todos los siguientes elementos: (a) poder sobre la participada; (b) exposición, o derecho, a rendimientos variables procedentes de su implicación en la participada; y (c) capacidad de utilizar su poder sobre la participada para influir en el importe de los rendimientos del inversor.

profesional subjetivo para precisar si un inversor controla a una sociedad y además, que se hace a efectos de elaborar los estados consolidados<sup>110</sup>.

Con base lo precedente se colige que la definición de control contemplada en el artículo 42 del CComE y en el NFCAC no es plena sino incompleta. Por su parte, la definición que trajo consigo la NIIF 10 de dicho concepto, a pesar de tener de vista el elemento de *unidad de empresa* que le dio un mayor alcance, no otorga seguridad jurídica, como ya se señaló, aunque se podría emplear para la configuración del perímetro de aquellas sociedades que se les aplicaría el método de integración global en la elaboración de las cuentas anuales consolidadas<sup>111</sup>.

- El Poder de dirección unitaria o unidad de decisión.

En el contexto del derecho español, si bien es cierto el elemento de la *unidad de decisión o el poder de dirección unitaria* no se contempla de manera expresa en el artículo 42 del CComE y por tal razón no se puede considerar, *en principio*, como supuesto de hecho normativo en *sentido estricto*, la realidad económica de los *grupos* plantea que el citado elemento es un presupuesto indispensable y último para efectos de su constitución<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> *Ibíd*em, pág. 45.

<sup>111</sup> *Ibíd*em, pág. 46.

<sup>112</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 175. Nota 184. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

Ante ello, el Derecho, desde una perspectiva amplia del positivismo como teoría<sup>113</sup>, ha acogido el elemento de *unidad de decisión*, catalogándolo como un concepto jurídicamente indeterminado<sup>114</sup>, no obstante que, desde la perspectiva del derecho mercantil, se entiende como el medio de organización que actualiza o ejecuta esa potencialidad que se materializa en el control<sup>115</sup> y está destinado a dirigir los objetivos, como las operaciones de las empresas dependientes, hacia el *interés del grupo*<sup>116</sup>, reuniendo las siguientes características como una dirección efectiva, graduable, estable, orientada y delimitada por el interés del grupo<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> “En cuanto al positivismo como teoría del derecho, creo que conviene distinguir entre un significado restringido y un significado amplio de la teoría. Si hubiese que entender por positivismo jurídico únicamente el “codicismo”, es decir, la teoría de la interpretación mecánica de la ley, creo que tendrían razón aquellos que proponen descartarlo por la razón óptima de que es desmentido por los hechos. Pero, desde la época del llamado fetichismo legislativo, ha pasado mucha agua bajo los puentes y ya nadie cree seriamente que el juez sea un autómatas. Se trata de ver si conviene llamar positivismo jurídico a la teoría ampliada, que ha modificado o va modificando radicalmente las ideas acerca de la interpretación jurídica y acerca de la obra de la ciencia del derecho. Yo creo que sí, ya porque me parece que no se han inventado otros nombres, ya porque de hecho esta acepción más amplia está siendo admitida por el uso sin provocar demasiados inconvenientes; ya finalmente, porque la ampliación, (...) no trae aparejada ninguna confusión en los presupuestos. Se ha cuidado de restaurar el interior, pero el frente y el cuerpo del edificio permanecen siempre iguales, así como su destino”. BOBBIO, N. (2004), *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara S.A., México, pág. 64.

<sup>114</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 178.

<sup>115</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 9.

<sup>116</sup> “Conforme a la doctrina Rozenblum, la consecución del interés del grupo es posible en una estructura que respete el equilibrio mutuo de todas las sociedades entre sí y de éstas con el grupo, de modo que la sociedad dominante o matriz procure que los beneficios y las cargas se distribuyan entre todas las sociedades que integran el grupo de forma equilibrada y solidaria. Otra cosa es que las filiales tengan *derecho* a participar *necesariamente* de los beneficios económicos de la gestión unitaria: las decisiones de colocar recursos financieros desde la matriz pueden resultar en la imposición de una política subóptima en una filial, pero justificada en la generación de unas mayores sinergias en el conjunto del grupo”. MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2016), “Reglamentos de grupo (reflexiones sobre el gobierno corporativo de los grupos de sociedades)”, págs. 1-5. En: ANÁLISIS Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P. [en línea]. 21 de noviembre de 2016. Pág. 3. Recuperado el 02 de mayo de 2017 en la página Web <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/reglamentos-de-grupo-reflexiones-sobre-el-gobierno-corporativo-de-los-grupos-de-sociedades.pdf>

<sup>117</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, págs. 181 y ss.

El ejercicio de la *unidad de decisión* es un *poder-deber* de la sociedad cabeza de grupo, toda vez que dentro de las funciones y competencias de su órgano de administración esta ejercer de forma sistemática la dirección y coordinación de la actividad de las sociedades integradas en el grupo y hacerlo con la diligencia debida<sup>118</sup>. Además, el *poder de dirección* es un elemento común tanto para los *grupos jerárquicos* como los *paritarios*<sup>119</sup>, su establecimiento u organización se efectúa de manera distinta y con operatividad diferente, pues en los primeros se ejerce la *dirección unitaria* de manera descendente, es decir, desde la cabeza de grupo hacia los sujetos subordinados, mientras que en los segundos de manera ascendente, pues a partir de las sociedades se realiza una distribución de las tareas empresariales, con base en el acuerdo paritario y libre que lleguen acoger<sup>120</sup>.

De otro lado, según la forma en que se ejerza el *poder de dirección unitaria* surge una clasificación de *grupos centralizados y descentralizados*. En los primeros nace una dirección unitaria estricta o intensa, donde la sociedad dominante y el interés de *grupo* influyen de manera decisiva en la mayoría de las dependencias funcionales de las sociedades que conforman el *grupo*, surgiendo una intersección entre los elementos de gobierno de tales entes con el poder central de la sociedad matriz; mientras que en los *grupos descentralizados*, las sociedades dominadas tienen un mayor margen de

---

<sup>118</sup> MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2016), *op. cit.*

<sup>119</sup> *Vid. Infra, Capítulo I.E CLASIFICACIÓN DE GRUPOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y POR COORDINACIÓN.*

<sup>120</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 7.

autonomía en la toma de sus decisiones, porque la dirección central de la *holding* se reduce<sup>121</sup>.

Es importante aclarar que el *grupo centralizado*, por lo general, coincide con la tipología de *grupos subordinados*<sup>122</sup>, en todo caso, la intensidad de la dirección unitaria está sujeta a la forma en que se ejerce el poder por la *holding*, desde el establecimiento de las directrices u objetivas generales del grupo hasta la distribución de instrucciones concretas y periódicas<sup>123</sup>. En ese sentido, existirán situaciones en que los *grupos descentralizados* sean a su vez *subordinados*, como también *grupos centralizados* que ostenten la condición de *grupos paritarios o por coordinación*<sup>124</sup>.

Por último, es vital destacar que la naturaleza paritaria o jerárquica del grupo condiciona la respuesta que vaya a darse en algunas cuestiones relevantes en materia de *poder de dirección unitaria*, en especial a la admisibilidad o no de las instrucciones perjudiciales para las sociedades integradas en él, siempre que sean compatibles con el *interés del grupo*<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, págs. 191-192.

<sup>122</sup> *Vid. Infra, Capítulo I.E CLASIFICACIÓN DE GRUPOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y POR COORDINACIÓN.*

<sup>123</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, págs. 192-193.

<sup>124</sup> “(...) no consideramos que la intensidad del poder de dirección depende de la configuración vertical u horizontal del grupo, desde el momento en que existen grupos por subordinación en los que el poder de dirección se manifiesta, única y exclusivamente, a través del reparto de «directrices generales» al grupo, dejando completa libertad para la ejecución de las mismas (grupo descentralizado), mientras que hay grupos por coordinación que son gestionados de una forma más rígida, a través de instrucciones concretas y puntuales (grupo centralizado, siempre dentro de los límites del contrato establecido”. *Ibidem*, pág. 192.

<sup>125</sup> EMBID IRUJO, J. M. (1998), *op. cit.*, pág. 28. *Vid. Infra, Capítulo III. RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.*

## 2. Derecho Societario Colombiano. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales<sup>126</sup>.

En el artículo 333 de la Constitución Política de 1991 se establece el Derecho que tiene toda persona de ejercer su derecho a la libertad de empresa, la cual ha sido definida de manera amplia por la CC en Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010 como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios, según las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo, con el fin de lograr la obtención de un beneficio o ganancia<sup>127</sup>. Adicionalmente, la citada Corporación establece que el término empresa, en el contexto del citado derecho constitucional, parece cobijar dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> El estudio que a continuación se realiza concerniente al supuesto de hecho normativo de los *grupos* en el ámbito del derecho societario colombiano, es tomado del artículo titulado “Grupos empresariales. Características económicas y jurídicas” publicado en la Cartilla de Sociedades Comerciales en las páginas 37 a 40 realizada por el autor y publicada por Actualicese.com Ltda. en el año 2015.

<sup>127</sup> CC. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

Con base en lo expuesto, se deduce que la estructuración de los *grupos* por los particulares se cataloga como una expresión del citado derecho a la libertad de empresa, toda vez que tales sujetos tienen la opción de adoptarlo como instrumento idóneo para la conformación de su organización empresarial.

Ahora, es importante destacar que dicho reconocimiento que hace el Estado a toda persona de tener la posibilidad de crear *grupos* en ejercicio de la libertad de empresa se debe realizar dentro de unos límites, como su función social; el interés social y demás postulados que enmarcan un Estado Social de Derecho, como el respeto a la persona y su dignidad establecidos en el preámbulo y en el artículo 1 de la Constitución Política<sup>129</sup>.

Frente a los límites del citado derecho constitucional, la CC señala en la sentencia descrita que la Constitución consagra cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, al interés general y la responsabilidad social, de tal suerte que lo hace compatible con la protección de los bienes y

---

<sup>129</sup> “El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: (i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompañarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico. *Ibidem*.

valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado. Además, explica que tal limitación comprende una doble perspectiva: En primer lugar, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad conlleva que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el propósito de evitar que el uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otra parte, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté legitimado para ejercer labores de regulación, vigilancia y control, por medio de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado<sup>130</sup>.

Según lo precedente, se infiere que la libertad de empresa no es un derecho absoluto, toda vez que su ejercicio por parte del titular no debe resultar afectando los intereses de los demás sujetos que intervienen en el mercado, por lo tanto, debe existir una autorrestricción por quien ejerce el mencionado derecho, en procura de evitar el ejercicio abusivo del mismo que ocasione la afectación de los bienes y valores constitucionales<sup>131</sup> que se concretizan en las operaciones de intercambio de bienes y servicios<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> *Ibíd.*

<sup>131</sup> Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una

Adicionalmente, se colige que la existencia de límites a la libertad de empresa, sirve de fundamento para que el Estado intervenga en el mercado, lo cual está sometido a la reserva de ley<sup>133</sup>. Lo expuesto, se refleja cuando el legislador colombiano, a través de la Ley 222 de 1995, estableció unos parámetros generales sobre la regulación de los *grupos*, lo cual no implica que

---

elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional". CC. Sentencia T-406 de 05 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

<sup>132</sup> "De ahí que se pueda plantear como realidad práctica que un particular ejerza la libertad de empresa a través de los contratos que celebra para determinar el qué, el cómo, el para quién de la actividad productiva (de arrendamiento, de sociedad, de compraventa, bancaria o de trabajo), que la regulación normativa de tales contratos pueda significar en determinadas circunstancias la ordenación del ejercicio de esa libertad constitucional en sus diferentes facetas (por la imposición de prórrogas forzosas, composición de órganos directivos, prohibición de acuerdos o de cláusulas imperativas), o que el despliegue de la libre disposición de la esfera privada empresarial a ellos vinculado pueda comportar limitaciones efectivas al ejercicio del derecho constitucional (por las obligaciones contraídas). Mas ese acuerdo, esa regulación o esa limitación no determinará en todos los casos una redefinición constitucional de la libertad de empresa o económica para extender su contenido o para restringirlo; todo dependerá de las circunstancias de hecho o de derecho, del grado de afectación de libertad en su ámbito iusfundamental y del alcance reconocido a la autonomía privada según el tipo de acto contractual, de los principios generales y específicos que rijan". CORREA HENAO, M. (2009), *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, págs. 485-486.

<sup>133</sup> "Así, el artículo 333 C.P. es expreso en afirmar que "*El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.*" Similares consideraciones son efectuadas por el artículo 334 C.P., el cual consagra que la dirección general del Estado en la economía se expresa a través de los modos de intervención allí previstos, adelantados, "*por mandato de la ley*" (...) La intervención del Estado en la economía es un asunto sometido a la reserva de ley, por lo que son predicables las condiciones antes analizadas. Sin embargo, no puede perderse de vista que en esa potestad de intervención concurren tanto el poder legislativo como el Ejecutivo, representado por las autoridades administrativas que ejercen actividades de inspección, vigilancia y control de los mercados. Según el esquema propuesto, corresponderá al Congreso determinar los aspectos esenciales de la intervención económica, incluso a partir de fórmulas amplias, pudiendo adscribir a dichas autoridades la facultad de definir los aspectos técnicos y puntuales, cuya determinación asegure el cumplimiento efectivo de las finalidades constitucionales de la intervención, entre los cuales se encuentra la competencia efectiva entre los agentes que concurren al mercado". CC. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

se catalogue como omnicomprensivo y totalmente sistemático<sup>134</sup>, pues, lamentablemente hubo posteriores desarrollos normativos que opacaron tal avance legislativo, como el Decreto 1749 de 2011 que reglamentó el régimen de insolvencia establecido en la Ley 1116 de 2006, en lo que respecta al Grupo de Empresas y aplica a todos los procesos concursales y a los de reorganización, liquidación y validación de Acuerdos Extrajudiciales de Reorganización en el contexto de un Grupo de Empresas, al definir de manera errada el concepto de *grupo* en el numeral 1 del artículo 2<sup>135</sup>, como una escueta unión de entes jurídicos relacionados bajo una modalidad de control<sup>136</sup>, dejando en un segundo plano los elementos de la *pluralidad de empresas o de sociedades y el poder de dirección unitaria o unidad de decisión*.

No obstante la descrita imprecisión normativa, para efectos del trabajo nos centraremos en los requisitos de constitución del *grupo* que señaló la Ley 222 de 1995, atendiendo que el citado Decreto reguló de manera específica el

---

<sup>134</sup> “(...) la normativa existente sobre esta importante figura económica es precaria, siendo su principal preocupación los asuntos relacionados con la publicidad y la protección de los terceros, antes que la formulación de normas que incentiven a los empresarios a conformar grupos económicos fuertes, capaces de competir con las multinacionales extranjeras”. Aun así, en la Ley 222 de 1995 se introdujeron en la legislación colombiana algunos cambios importantes en esta materia. Las figuras reguladas en esta normativa fueron las sociedades matrices y subordinadas y el grupo empresarial (...). VELASQUEZ RESTREPO, C. A. (2014), *Orden Societario*, Señal Editora, Medellín, pág. 672.

<sup>135</sup> Artículo 2°. Definiciones. Para efectos del presente decreto se establecen las siguientes definiciones:

1. Grupo de Empresas: Es el conjunto integrado de personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, o entes de cualquiera otra naturaleza que intervienen en actividades de carácter económico, vinculados o relacionados entre sí por su carácter de matrices, controlantes o subordinadas, o porque la mayor parte de sus capitales pertenece o está bajo la administración de las mismas personas jurídicas o naturales, ya sea porque obran directamente o por conducto de otras personas, o de patrimonios autónomos. Así mismo, se entiende que forman parte de un Grupo de Empresas aquellos vinculados entre sí porque son garantes unos de otros y las empresas que se encuentren en los supuestos establecidos en el artículo 32 de la Ley 1116 de 2006. (...)

<sup>136</sup> CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *op. cit.*, pág. 33. Nota 12.

tema concursal en el ámbito de los *grupos* y no tenía por objeto la reglamentación de los elementos estructurales y los efectos de la conformación de los *grupos*.

En ese sentido, el artículo 26 de la Ley 222 de 1995 señala que el grupo empresarial está conformado por un lado de un extremo controlante, que se denomina matriz; y, de otro, por un extremo controlado que se llama filial, si el control es directo, pero si éste es indirecto a través de una filial, se denomina a la empresa controlada subsidiaria.

Con base en lo precedente, se evidencia que el legislador colombiano de 1995 aceptó que el *grupo* es una unidad económica y una pluralidad jurídica, es decir una empresa jurídicamente plural<sup>137</sup>, de esta manera, el derecho colombiano reconoce la *pluralidad de sujetos*, que se muestra en la realidad económica<sup>138</sup>, como uno de los requisitos esenciales para la conformación jurídica del *grupo*.

Además, el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 contempla los requisitos legales que permiten estructurar el grupo empresarial. Tales son: *control* y *subordinación* por parte de la matriz sobre sus controladas y la existencia entre

---

<sup>137</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 127.

<sup>138</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.B.1 Elemento subjetivo: La pluralidad de empresas o de sociedades.*

ellas de *unidad de propósito y dirección* o también llamado *poder de dirección unitaria*<sup>139</sup>.

Al analizar ambos requisitos, según la normatividad colombiana, se deduce que el *grupo* en el Derecho Societario colombiano requiere del ejercicio efectivo y regular del control y no únicamente su mera potencialidad<sup>140</sup>, es decir, no es suficiente el *control* como mero poder abstracto de ejercer una influencia dominante, sino que además se requiere del ejercicio del *poder de dirección unitaria* por parte de la *holding*, que permita determinar e implementar la consecución del *interés de grupo*.

En ese orden de ideas, se deduce que existe un punto de encuentro o una similitud entre los Derechos español y colombiano, frente a los elementos estructurales que conforman el *grupo*. A continuación, se explica el *control*

---

<sup>139</sup> El artículo 28 de la Ley 222 de 1995 es muy claro: una cosa es la situación de subordinación y otra es el grupo. Sólo hay grupo cuando hay unidad de dirección. En este sentido, el derecho colombiano está más alineado con las ideas vertidas en la parte anterior respecto a que el mero control no genera situación grupal. Al respecto la doctrina colombiana señala "(...) el control consagrado en el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 no genera por sí solo, así sea meramente a título de presunción, la existencia del grupo empresarial, siendo posible una situación de control sin que exista grupo empresarial por falta de un ejercicio efectivo, regular, de ese poder denominado en el artículo 28 de la ley mencionada unidad de propósito y dirección, razón por la cual es pertinente salir de confusiones tales como la asimilación del control al grupo, derivando responsabilidades que muchas veces se fundamentan más en aspectos formales que en razones sustantivas consistentes en la efectiva unidad de propósito y dirección ejercida por una persona natural o jurídica sobre una o varias personas jurídicas". CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 137. Por su parte, el profesor Ignacio Narvárez García señala que "El artículo 28 de la Ley 222 de 1995 exige dos elementos para que se configure un grupo empresarial: a) Vínculo de subordinación (...), y b) Unidad de propósito y dirección de las sociedades agrupadas". NARVÁEZ GARCÍA, I. (2004), *Derecho Mercantil Colombiano, Teoría General de las Sociedades, Volumen III*, Legis Editores S.A., Bogotá, pág. 459. En el mismo sentido, REYES VILLAMIZAR, F. (2011), *Derecho Societario. Tomo II*. Editorial Temis. Bogotá, pág. 312. y CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *op. cit.*, págs. 33 y ss.

<sup>140</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 129.

*efectivo* y el *poder de dirección unitaria o unidad de decisión* desde la normatividad colombiana.

- El control efectivo.

La definición de sociedad controlada se contempla en el artículo 26 de la Ley 222 de 1995 que dice: “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se *encuentre* sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquella se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

De la citada norma se colige que el *control o subordinación* es una situación de dependencia en la cual una de las partes revela superioridad frente a la otra parte, es decir, es la incapacidad de la sociedad sometida al poder de decisión de otra, de decidir con autonomía, toda vez que las decisiones le corresponden a la controlante o matriz, según el caso<sup>141</sup>.

Sobre el concepto de *control*, la CC explica que este implica una pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, toda vez que están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y

---

<sup>141</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2017), Oficio N. 220-086502 de 26 de abril.

propósitos<sup>142</sup>. Frente a tal explicación, se puede aseverar que la CC parece que confundiera conceptualmente los elementos estructurales de *control efectivo* y el *poder de dirección unitaria o unidad de decisión*, al afirmar que este último elemento es una consecuencia del *control efectivo*, lo cual no es correcto, porque puede haber control y no por ello se deriva la existencia de una política grupal traducida en el *poder de dirección unitaria o unidad de decisión*, requisito fundamental para la conformación del *grupo*.

En ese orden de ideas, se puede decir que el *control* significa una notoria pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión de las sociedades filiales o subsidiarias, toda vez que, por definición, están sometidas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella innegables vínculos que involucran en la práctica la unidad de intereses y propósitos<sup>143</sup>.

Por otra parte, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 consagra algunos eventos en que se presume el control o subordinación que realiza una controlante sobre la controlada, los cuales no son taxativos sino ilustrativos o enunciativos<sup>144</sup>. Además, es importante aclarar que tales presunciones se

---

<sup>142</sup> CC. Sentencia C-510 de 9 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>143</sup> *Ibidem*.

<sup>144</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2010), Oficio N. 220-155433 de 23 de diciembre. Complementando lo anterior, la Doctrina señala que “Pueden ser infinitas las modalidades de control que puede ejercer una sociedad sobre otra, por tanto la ley para evitar consecuencias negativas en la vida de los negocios, trae una lista ejemplificativa de las principales situaciones de control (art. 261 C. de Co. Modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995), las cuales, no obstante su redacción en términos imperativos, son solo presunciones legales de subordinación, por lo que, aunque una sociedad cumpla con uno de los supuestos

podrán desvirtuar, con la demostración que el poder de decisión de la compañía no estaba sometida a la voluntad de un tercero, a pesar de la veracidad y comprobación de los supuestos fácticos que se establecen en las causales contempladas en el artículo en mención<sup>145</sup>.

Adicionalmente, el artículo 27 estipula en sus numerales las modalidades de control interno o societario y control externo o contractual<sup>146</sup>. Dentro de la primera modalidad ubicamos los eventos de control mayoritario del capital por la matriz, excluyendo las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto; la situación de control de la mayoría decisoria en las votaciones que se realicen en las asambleas generales o juntas de socios y el caso de control en razón a tener los votos necesarios para elegir a la mayoría de los miembros de la junta directiva. Ejemplos de las hipótesis de control interno o societario que establece el artículo en mención, sería el caso del accionista que adquiere más del cincuenta por ciento del capital en una sociedad anónima o el acreedor prendario de unas acciones que se reserva los derechos políticos que es titular el accionista según lo dispuesto en el artículo 411 del CComC.

---

allí consagrados, siempre tendrá la posibilidad de desvirtuar tal presunción, demostrando la inexistencia del factor determinante del control, esto es, el poder para adoptar las decisiones al interior de la sociedad que se presume subordinada". VELASQUEZ RESTREPO, C. A. (2014), *op. cit.*, pág. 673. En el mismo sentido, REYES VILLAMIZAR, F. (2011), *op. cit.*, pág. 289.

<sup>145</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2015), Oficio N. 220-108792 de 12 de agosto. En el mismo sentido, REYES VILLAMIZAR, F. (2011), *op. cit.*, pág. 280.

<sup>146</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.C.1 Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales.*

De otro lado, el supuesto de control externo o contractual se estructura cuando una persona ejerce una *influencia dominante* en la administración de la controlada, en virtud de un acuerdo con ella o con sus socios<sup>147</sup>. El concepto de *influencia dominante* no está definido en la Ley 222 de 1995, sin embargo, la doctrina la trata como aquellas restricciones de significativa entidad en la capacidad decisoria de la compañía filial, que conlleven, en la práctica, una pérdida de su autonomía<sup>148</sup>, que se traduce en la influencia ejercida en los órganos de administración y/o dirección de la sociedad, en la prohibición de realizar reformas estatutarias, la restricción a los socios de ceder sus cuotas sociales o utilidades durante un tiempo o en la supervisión de las determinaciones que asuma la junta directiva, entre otras situaciones enmarcadas dentro del acuerdo o contrato respectivo.

Con base en lo expuesto, se concluye que, de manera similar al derecho español, en Colombia se da carta de naturaleza a los *grupos contractuales*, si además de darse el elemento control contractual, el mismo se direcciona a una *unidad de propósito*.

Por otra parte, cuando exista discusión sobre la configuración o no de las causales de control descritas en el artículo 27 de la ley 222 de 1995 u otras no señaladas expresamente en dicha disposición, le corresponde, por lo

---

<sup>147</sup> Sobre la subordinación contractual se afirma que "(...) una compañía o persona se convierte en matriz o controlante sin tener participación mayoritaria de capital en otra, ni detentar el poder decisorio en sus órganos de dirección. (...) Basta, en esta hipótesis de control, con la celebración de un acto o negocio donde se impongan a una compañía condiciones contractuales restrictivas, que afecten su autonomía de decisión administrativa, mediante una *influencia dominante* por parte de la matriz". REYES VILLAMIZAR, F. (2011), *op. cit.*, págs. 284-285.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pág. 285.

general, a la Superintendencia de Sociedades declarar o rechazar la situación de control<sup>149</sup>, con fundamento en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

Ahora, es importante precisar que la existencia del control trae como consecuencia una serie de limitaciones y responsabilidades, como por ejemplo la responsabilidad subsidiaria de la matriz por el proceso concursal de una de sus subordinadas, según lo dispone el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006; la prohibición de participaciones recíprocas, de acuerdo con el artículo 262 del CComC; y el deber de publicidad de la existencia del control en el Registro Mercantil, con base en lo señalado en artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

- El Poder de dirección unitaria o unidad de decisión.

El artículo 28 de la ley 222 de 1995 exige el *poder de dirección unitaria o unidad de decisión*, para efectos de estructurar el *grupo*<sup>150</sup>, consolidándose como el único elemento diferenciador entre la situación que afrontan las compañías matrices, filiales y subsidiarias y el grupo empresarial<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> VELASQUEZ RESTREPO, C. A. (2014), *op. cit.*, pág. 676.

<sup>150</sup> “(...) en el derecho positivo colombiano se exige para la existencia del grupo empresarial no solamente el ejercicio efectivo de la unidad de propósito y dirección sino la configuración, al menos como presunción, del control, razón por la cual la figura no existe si carece de cualquiera de estos dos elementos, así en la vida real se presente la dirección unitaria ejercida por una persona natural o jurídica sobre otra u otras personas jurídicas, sin presencia del requisito previo del control consagrado en el artículo 27 de la ley ya varias veces mencionada”. CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, págs. 137-138.

<sup>151</sup> REYES VILLAMIZAR, F. (2011), *op. cit.*, pág. 312.

Dicho elemento trata algo más que la mera influencia directiva de la cabeza de grupo sobre las subordinadas, es decir, hace referencia al ejercicio efectivo de una capacidad de influir, de dirigir u orientar de forma regular de un sujeto con respecto a otro(s), buscando un interés fijado por aquel sujeto<sup>152</sup>.

Aunado a lo anterior, la Superintendencia de Sociedades ha señalado que la *unidad de propósito y dirección* se debe entender como la existencia de objetivos comunes, fijados por las controlantes del grupo, las cuales están obligadas a cumplir las subordinadas<sup>153</sup>. En ese sentido, el *poder de dirección unitaria* o *unidad de decisión* no tiene nada en común con las actividades de explotación económica que realizan por sí mismas las diferentes compañías que conforman el *grupo*, toda vez que cada una de ellas continua realizando con independencia su objeto social<sup>154</sup>, sino que es un elemento que determina la forma de realizar la organización económica del grupo, el direccionamiento de los sujetos agrupados, la alianza económica de las entidades jurídicas, que se funda en la administración central, por lo tanto si se hace caso omiso o se

---

<sup>152</sup> CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, págs. 136-137.

<sup>153</sup> “Unidad de propósito cuando la relación de las entidades involucradas a través de la subordinación, presentan una finalidad, que es comunicada por la entidad controlante y asumida por las controladas, encaminada a la ejecución de un fin o designio que se asume en beneficio del grupo sin perjuicio de la actividad correspondiente de los sujetos que lo componen.

Unidad de dirección cuando las empresas que conforman el grupo están dominadas o subordinadas a la expresión del poder de la controlante, que tiene la facultad de decisión, y ello con el propósito de que todas actúen no solo bajo la misma dirección, como es lógico, sino bajo los mismos parámetros, sean ellos explícitos o no”. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA. (2015). Oficio N. 220-32823 de 22 de abril.

<sup>154</sup> REYES VILLAMIZAR, F. (2011), *op. cit.*, pág. 313.

mal interpreta dicho elemento estructural se estaría en presencia de otra figura mercantil, como los contratos de colaboración empresarial<sup>155</sup>.

### 3. Concepto operativo de grupo empresarial<sup>156</sup>.

De acuerdo con lo explicado, se evidencia que en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia existe una pluralidad de normas heterogéneas en el campo societario que, *en principio*, conllevarían a la imposibilidad de establecer una definición unitaria sobre dicho concepto, más aún, cuando en el derecho español el legislador le dio más relevancia al elemento instrumental de control y la situación que obliga a consolidar cuentas en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 del CComE<sup>157</sup> y por su parte en el derecho colombiano hubo el retroceso por la definición de *grupo* contemplado en el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 1749 de 2011<sup>158</sup>.

Sobre la ausencia de un marco normativo claro y sistemático sobre los *grupos*, la doctrina resalta la necesidad de dotar de una regulación específica a los grupos de sociedades, más allá de las normas fragmentarias sobre ciertos

---

<sup>155</sup> CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *op. cit.*, pág. 51.

<sup>156</sup> Sobre la elaboración de un concepto operativo de grupo ver EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 27 y ss.

<sup>157</sup> “(...), no consideramos una operación fácil «encontrar» un concepto legal que resulte unitario, al menos en su esencia, para el entero Derecho español”. EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 27.

<sup>158</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.C.2 Derecho Societario Colombiano. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales.*

aspectos, como los meramente contables<sup>159</sup>. De otro lado, para algún sector académico se afirma que tal disonancia normativa no es de mayor preocupación, pues se trata de definiciones funcionales de grupo que atienden a unos criterios que si bien es cierto no encajan en el derecho mercantil, si tienen recibo pleno en el campo laboral y tributario<sup>160</sup>.

No obstante lo anterior, se podría estructurar un *concepto operativo* de *grupo* que es resultado de reconstruir el *texto jurídico en bruto* facilitado por el legislador o por la Jurisprudencia en un *texto jurídico elaborado*, a partir del conocimiento de lo que el *grupo* representa como realidad singular del mundo empresarial y la labor de la hermenéutica y el análisis normativo, en donde la doctrina tiene un papel importante<sup>161</sup>.

En ese sentido, a nuestro juicio el *concepto operativo de grupo* se estructura a partir de las conexidades o puntos de relación entre los supuestos de hecho normativos de los ordenamientos jurídicos de España y Colombia, ya explicados<sup>162</sup>, acogiendo una perspectiva amplia del positivismo como teoría<sup>163</sup>, a través de los cuales se infiere que la esencia del *grupo* es el *poder de dirección unitaria* como *elemento funcional* que origina el resultado de una misma empresa sea ejercitada de forma inmediata por una pluralidad de

---

<sup>159</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.ª S. (2008), *op. cit.*, págs. 58 y 59.

<sup>160</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 71.

<sup>161</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 27-28.

<sup>162</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.C SUPUESTO DE HECHO NORMATIVO.*

<sup>163</sup> BOBBIO, N. (2004), *op. cit.*, pág. 64.

sujetos y, de manera mediata, por una sociedad cabeza de grupo, mientras que el control se considera como un *elemento instrumental*<sup>164</sup>, toda vez que es un medio o presupuesto para que se estructure el *poder de dirección unitaria*. Tal *concepto operativo* permitirá al juez y a los interesados discutir sobre la existencia de una verdadera unidad de decisión, mientras el control se valora como un mero elemento presuntivo<sup>165</sup>.

Con base en lo anterior, se podría entender que el *concepto operativo* de *grupo* hace referencia a aquella pluralidad de entidades jurídicamente independientes sometidas a un poder único<sup>166</sup>, o mejor, a un agregado de sujetos organizados bajo todas las formas jurídicamente posibles, entiéndase sociedad, cooperativa, empresa unipersonal de responsabilidad limitada, fundaciones, corporaciones, entre otras, en el cual existe una relación de control entre uno de dichos sujetos y los demás, un punto común de referencia o unidad de propósito y dirección bajo la cual están todos y que consiste en la búsqueda y persecución de un interés común para todos los sujetos que conforman el grupo<sup>167</sup>. En las definiciones descritas, se hallan todos los elementos que conforman el *grupo* como la *pluralidad de empresas o de sociedades*, el *control efectivo* y el *poder de dirección unitaria*<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> CORDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 137.

<sup>165</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 27.

<sup>166</sup> MANÓVIL, R. (1998), *op. cit.*, pág. 155.

<sup>167</sup> CORDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 121.

<sup>168</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.B ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL.*

## D. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA EXISTENCIA DE UNA EMPRESA DE GRUPO.

Si bien es cierto, para la correcta comprensión del *grupo* se adopta una postura que parte de la visión de *unidad de empresa* y del *interés de grupo*<sup>169</sup>, en la actualidad no existe una posición unánime que permita explicar la *esencia* del grupo que posibilite la identificación específica de las consecuencias jurídicas que se determina en el derecho español y colombiano.

Teniendo en cuenta lo descrito, cada una de las posturas que dan respuesta a la problemática enunciada se dio en un momento particular, de acuerdo con los avances doctrinarios que estudiaban al *grupo*, transitando desde la perspectiva que se fija únicamente en sus componentes, diluyéndose la estructura empresarial en concretas personas jurídicas<sup>170</sup>, hasta la visión institucional del grupo que lo valora de manera global y unitaria como un todo, ubicando de manera accesoria a las sociedades que lo conforman, y atendiendo al proceso de decisión en la cabeza del grupo y su posterior irradiación a las sociedades subordinadas<sup>171</sup> o fijado en los movimientos

---

<sup>169</sup> Vid. *Supra*, Capítulo I.B ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL.

<sup>170</sup> Se le denomina criterio de carácter mixto el cual se orienta "(...) a dar legitimidad plena a la figura del grupo, así como a la defensa y promoción de su interés, y establece, por otro, medias de tutela de la sociedad dominada y de quienes, vinculados a ella puedan verse perjudicados por dicha legitimidad (esencialmente, socios minoritarios y acreedores de las sociedades dominadas). (...), el régimen que el legislador predisponga al efecto girará, casi exclusivamente, alrededor de la sociedad o sociedades dominadas integradas en él con la finalidad manifiesta de proveer de manera suficiente a su protección". EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 32 y 33.

<sup>171</sup> Se le identifica como criterio organizacional y se caracteriza por tener una "(...) visión del grupo como una entidad esencialmente jerárquica, en cuyo análisis ha de prestar atención el Derecho no solo a lo que sucede en los niveles subordinados (la o las sociedades dominadas, básicamente), sino también, y sobre todo, a los procesos de decisión y articulación del grupo

informativos y comerciales que corren entre todos los sujetos vinculados al grupo<sup>172</sup>.

En todas las posiciones descritas se muestra una particular selección de los intereses en conflicto que conlleva necesariamente a la determinación de específicas consecuencias jurídicas. Sin embargo, tales posturas no son excluyentes entre sí, como se podría pensar en un principio<sup>173</sup>.

A continuación, se explica cada uno de los problemas jurídicos que se suscitan en los ordenamientos de España y Colombia, con ocasión a la constitución del *grupo*.

### 1. *Derecho Societario Español.*

Como se explicó<sup>174</sup>, en el Derecho Societario español es evidente la creciente recepción de la figura de *grupo* en muy diferentes normas sin que tal

---

que se llevan a cabo en el plano de la sociedad (o entidad) dominante. De esta manera, podrá apreciarse con nitidez que la excesiva protección dispensada a socios y acreedores de la dominada pueden repercutir negativamente en la esfera de intereses de sus homólogos de la dominante". *Ibíd*em, pág. 34.

<sup>172</sup> Se llama a este criterio interactivo en el cual "(...) se prescinde de la idea de jerarquía, (...), aludiéndose al hecho de que en el grupo ha de destacarse, esencialmente, el proceso de coordinación de los diversos sujetos que lo componen en lo que atañe a su actuación en el mercado; se soslaya, así, la tradicional identificación que la doctrina efectúa entre grupo y ejercicio del poder de dirección que, al margen de sus diferencias, se constata tanto en quienes aceptan la visión del grupo desde la perspectiva exclusiva de la sociedad dominada como en los que optan por su contemplación global, tomando como referencia básica la perspectiva propia del «vértice» o «cima» del grupo, concretados en la sociedad dominante". *Ibíd*em, pág. 34.

<sup>173</sup> *Ibíd*em, pág. 35.

<sup>174</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.C.1 Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales.*

cosa suele trascender de la mera definición, generalmente asentada en el control, o de la simple mención, sin mayores consecuencias jurídicas desde el punto de vista del régimen aplicable. Con ese proceder, el legislador no termina de aclarar el sentido de sus indicaciones normativas, colocando al intérprete y al aplicador del Derecho en una difícil posición, pues de esas menciones o conceptos, diseminados en diversas normas, no cabe deducir con nitidez los criterios de política jurídica respecto de nuestra figura<sup>175</sup>.

Ante esa situación, se plantea que si bien es cierto que el *grupo* es una institución legítima y de plena correspondencia en el ordenamiento jurídico español, gracias a las frecuentes alusiones a dicha figura en la legislación ordinaria, conectadas al principio constitucional de libertad de empresa, según ya se ha indicado, es indispensable reconocer que la imprevisión de consecuencias jurídicas y la ausencia de un conjunto de reglas protectoras que compensen la legitimación del interés del grupo, extiende un manto de oscuridad sobre su funcionamiento<sup>176</sup>.

En otros términos, a pesar de la legitimidad jurídica de los *grupos* en el derecho societario español, existe un ambiente de inseguridad jurídica toda vez que no se soluciona el crucial asunto de determinar la extensión y eficacia de su interés al momento de analizar el funcionamiento específico de dicho conjunto empresarial, es decir, no existe suficiente claridad normativa en

---

<sup>175</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 30.

<sup>176</sup> *Ibidem*, pág. 31.

afirmar si prima el *interés del grupo* sobre el interés de las sociedades dominadas. Adicionalmente, el legislador español adopta el criterio mixto, que obliga al intérprete a estudiar el *grupo* desde las sociedades que lo conforman de manera individualizada, omitiendo el tema de la organización y estructura interna del *grupo* que son importantes para precisar las consecuencias jurídicas<sup>177</sup>.

En ese orden de ideas, se infiere que en España existe una falta de seguridad jurídica en la reglamentación de los *grupos*, provocado por las interpretaciones *extensivas* del artículo 42 del CComE en diferentes ámbitos, según lo visto, como en el Derecho Concursal, no obstante que existe una remisión expresa en la Ley Concursal al citado artículo<sup>178</sup>; la falta de técnica legislativa en la regulación de los *grupos*<sup>179</sup>; la dispersión normativa en diferentes ámbitos como en el derecho laboral<sup>180</sup>, en el derecho de la competencia<sup>181</sup>, entre otros<sup>182</sup>.

---

<sup>177</sup> *Ibidem*, págs. 36 y 37.

<sup>178</sup> MORENO, P. (2016), *op. cit. Vid. Supra, Capítulo I.C.1 Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales*.

<sup>179</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.C.1 Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales*.

<sup>180</sup> Muestra de la disgregación legal que existe de la temática de grupos en el campo del Derecho Laboral, está la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que transpone al derecho español la 94/45/ CE, de 22 de septiembre de 1994. La citada Ley señala en el numeral 3 del artículo 3.1 que «Grupo de empresas» es aquel “formado por una empresa que ejerce el control y las empresas controladas”. Aunado a lo anterior, se encuentra la Ley 31/2006, de 19 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, que transpone la Directiva 2001/86/CE. El literal d) del artículo 2 de la descrita Ley define la filial de una sociedad, como “(...) una empresa sobre la cual dicha sociedad ejerce una influencia dominante, definida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”. Complementando lo descrito, “[e]n el ámbito del derecho laboral, la regulación del grupo de empresas ha sido también, propiamente, el resultado de una actividad judicial<sup>180</sup>. El concepto

Para resolver tal problemática, la doctrina afirma que la determinación de las consecuencias jurídicas relacionadas al grupo ha de ser, quizá, una tarea en la que se mezcle el momento unitario que, por definición, y, cuando menos, en el plano empresarial, representa el grupo con el momento plural originario de la contemplación individualizada de cada una de las sociedades, es decir, se deberá partir de la propia conservación del grupo, como unidad empresarial y a su vez, habrá de respetar la selección de interés efectuada por el legislador al momento de valorar las consecuencias del conflicto de intereses de grupo, sin perjuicio que se adicionen otros criterios e intereses tomados del Derecho comparado<sup>183</sup>.

De otro lado, se plantea que el mandato de efectuar la consolidación contable señalada en el artículo 42 del CComE se dirige a aquella sociedad que está obligada a configurar contablemente una integración del patrimonio del que es titular a través de otras sociedades, estructurando entre ellas un *grupo de sociedades* que es un concepto distinto al de *grupo empresarial*, toda vez que el primero es una mera ficción jurídica y no una situación fáctica y

---

creado así por la jurisprudencia busca proteger los intereses de los trabajadores, entendidos como parte débil de la relación contractual. En la construcción jurisprudencial del grupo de empresas, prima, ante todo, la búsqueda de un centro de imputación de responsabilidades laborales, la búsqueda del empresario “real”, frente al empresario formal”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>181</sup> “Lo importante para el Derecho de la Competencia, es por tanto identificar a la “empresa” que actúa en el mercado. Y si la misma lo es al margen de la pluralidad de sujetos jurídicos que en ella se integren. Es esa unidad de empresa, es la ausencia de autonomía de la filial frente a la matriz, es la intervención de cada una de estas personas independientes jurídicamente pero como “titulares comunes de una misma empresa”, lo relevante”. *Ibidem.*

<sup>182</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.C.3 Concepto operativo de grupo empresarial.*

<sup>183</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 37-38.

porque no se requiere la presencia de la *unidad de propósito* dirigido a la consecución de un *interés común o supraindividual* que es fundamental en el segundo concepto<sup>184</sup>.

Complementando lo expuesto, frente al tema de la consolidación contable en sede de *grupos*, es importante destacar la problemática que ha suscitado el artículo 348 bis 4 de la LSC, modificada por Ley 11/2018 de 28 de diciembre, que consagró el derecho de separación al socio de la sociedad dominante si se trata de un grupo consolidable.

La citada disposición, si bien es cierto estableció como parámetros para su aplicación que la sociedad sea dominante; que ésta tenga que consolidar cuentas del grupo en el que ostenta el control; que la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles; que se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores; y que la cabeza de grupo no se encuentre incurso de alguna de las excepciones establecidas del apartado 5 del nuevo artículo 348 bis LSC ni en los contemplados en la disposición adicional undécima LSC en la redacción dada por la disposición filial cuarta del Real Decreto-Ley de 23 de noviembre de 2018<sup>185</sup>, la norma ha sido objeto de

---

<sup>184</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>185</sup> Al respecto, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2019), "Derecho de separación ex 348 bis en grupos de sociedades" En: [almacendederecho.org](http://almacendederecho.org) [en línea]. enero 22, 2019. Recuperado el 4 de

múltiples críticas por su mala técnica legislativa<sup>186</sup> y porque parte una deficiente conceptualización de *grupo empresarial* fundado exclusivamente en el *control* desconociendo el elemento de *unidad de propósito y dirección*, situación que impide aplicar adecuadamente la lógica de la norma que es la de evitar el atesoramiento en filiales de los beneficios generados por el grupo, perjudicando a los socios externos de la dominante<sup>187</sup>.

Sumado a lo precedente, han existido iniciativas legislativas dirigidas a la regulación exhaustiva y precisa de los *grupos* en España, como la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia del Gobierno de

---

septiembre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/derecho-de-separacion-ex-348-bis-en-grupos-de-sociedades/>

<sup>186</sup> Al respecto, se señala que “En primer lugar establece el requisito de los tres años de beneficios pero no el de la media de los cinco años. No parece que tenga sentido que se otorgue un derecho de separación más amplio en el caso de los grupos, por lo que en una interpretación lógica y sistemática habría que aplicar la regla de la media también en este supuesto. Por otra parte, el concepto de “beneficios distribuibles” en un grupo es difícil de entender, porque no se puede aplicar el art. 273 LSC de la misma forma. Este punto está en relación con los problemas de solvencia y liquidez de la matriz si se aplica de manera mecánica el artículo, pues los beneficios de las filiales no pertenecen al patrimonio de la matriz si no se distribuyen”. ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2019), “El nuevo 348 bis LSC: reforma del derecho de separación por falta de dividendos.” En: hayderecho.expansion.com [en línea]. enero 16, 2019. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://hayderecho.expansion.com/2019/01/16/nuevo-348-bis-lsc-reforma-derecho-separacion-falta-dividendos/>

<sup>187</sup> “El derecho al reparto de los beneficios y el derecho de separación en defecto de dicho reparto no puede depender del mero presupuesto formal de que la sociedad en la que se participa sea dominante y esté obligada a consolidar cuentas porque, como hemos visto, basta cambiar la situación fáctica para eliminarlo, aunque ese socio no haya visto modificada materialmente su posición en el grupo; no se haya producido una modificación económica de la empresa y no se haya generado un cambio real del control”. MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “La pérdida de la condición de sociedad dominante y el art. 348 bis.4 LSC” En: [almacenederecho.org](https://almacenederecho.org/la-perdida-de-la-condicion-de-sociedad-dominante-y-el-art-348-bis-4-lsc/) [en línea]. abril 30, 2019. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/la-perdida-de-la-condicion-de-sociedad-dominante-y-el-art-348-bis-4-lsc/>

España del año 2013<sup>188</sup>, en donde se estableció un concepto de grupo de sociedades, partiendo del poder de dirección, como elemento central de los grupos por subordinación, y sin prescindir de la existencia de grupos por coordinación en donde dos o más sociedades independientes actúan bajo un poder de dirección unitario y común. Además, se precisó la distinción entre *control* y *poder de dirección*, en el sentido que si hay control, habrá poder de dirección o, al menos, se presume su existencia, pero no al contrario. También, se señala que cuando hay sometimiento al poder de dirección, independientemente de la presencia del control en sentido estricto, se aplican las normas sobre publicidad, responsabilidad, régimen de garantías y protección de socios externos. Igualmente, el proyecto regula la responsabilidad interna como externa de la sociedad dominante y de los administradores, entre otros temas.

Complementando lo anterior, en el contexto del *grupo de empresas* se suscita la tensión entre el *interés de grupo* y los intereses de las sociedades que lo conforman, frente a lo cual se ha resuelto dar predominio al primero, siempre que no sea contrario a las normas imperativas y que del mismo se deduzcan mejores garantías a aquellos sujetos que podrían resultar afectados por la supremacía de tal *interés común*, como los socios minoritarios, acreedores, entre otros, para alcanzar tal equilibrio de intereses el *contrato de grupo* cumple una labor vital<sup>189</sup>. En ese sentido, el TS en su jurisprudencia ha

---

<sup>188</sup> Recuperado el 17 de abril de 2017 en la página web. [http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta\\_codigo\\_mercantil.pdf](http://nuevocodigomercantil.es/pdf/Propuesta_codigo_mercantil.pdf)

<sup>189</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 127-128.

establecido que “[e]l interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial”<sup>190</sup>.

## 2. Derecho Societario Colombiano.

Tan pronto se estructure el *grupo* por la confluencia de los elementos señalados en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 conformados por el *control y subordinación* por parte de la matriz sobre sus controladas y la existencia entre ellas de *unidad de propósito y dirección o también llamado poder de dirección unitaria*, la aludida Ley establece una serie de consecuencias jurídicas que a continuación se expone de manera sucinta y de manera general.

El artículo 29 de la mencionada Ley establece que en los eventos de grupo empresarial, surge la obligación para los administradores de las sociedades controlante como controladas de presentar *informes especiales* en las sesiones ordinarias de los respectivos órganos, en donde se indique la intensidad de las relaciones económicas existentes entre ellas. El contenido de tales informes será verificado por la Superintendencia de Sociedades o la autoridad estatal que realice vigilancia a la matriz.

Por su parte, el artículo 30 señala que cuando se estructuren los supuestos del *grupo empresarial*, nace la obligación de efectuar la inscripción

---

<sup>190</sup> STS, 1ª, 695/2015 de 11 de diciembre de 2015, F. III.5. Esta sentencia se abordará luego cuando se desarrolle la temática de la responsabilidad en los grupos empresariales.

de tal situación en el registro mercantil de la Cámara de Comercio correspondiente a la circunscripción de cada uno de sus integrantes, dentro de los 30 días siguientes a su constitución. Dicho trámite se efectuará a través de documento privado.

Si se llega a omitir el aludido trámite, la Superintendencia de Sociedades o la autoridad respectiva que tenga competencia específica, a petición de parte o de oficio, declarará la situación de vinculación y ordenará su inscripción en el registro mercantil, sin perjuicio de la imposición de multas que surjan en razón al incumplimiento del mandato legal.

De otro lado, en el artículo 35 de la aludida Ley se estipula la obligación en cabeza de la matriz de presentar Estados Financieros de propósito general Consolidados con sus subordinados, los cuales reflejen la situación financiera, los resultados de las operaciones, los cambios en el patrimonio, así como los flujos de efectivo de la matriz o controlante y sus subordinados o dominados, como si fuesen un solo ente. Dichos estados financieros deben ser aprobados por los respectivos órganos máximos y deben estar certificados por el representante legal y el contador de la matriz o controlante y dictaminados por el revisor fiscal de ésta, según lo dispuesto en los artículos 37 y 38 de la Ley 222 de 1995.

Según las normas descritas, se podría concluir que la obligación de presentar Estados Financieros de propósito general Consolidados recae de manera especial en el evento en que se estructure una relación de *control* o de

*subordinación*, más que de *grupo empresarial*, situación que es corroborada en el artículo 122 del Decreto 2649 de 1993 cuando señala que “El ente económico que posea más del 50% del capital de otros entes económicos, debe presentar junto con sus estados financieros básicos, los estados financieros consolidados, acompañados de sus respectivas notas”.

En ese orden de ideas, se infiere que existe una coincidencia con la regulación española señalada en el artículo 42 del CComE, en el sentido que la obligación de elaborar estados financieros consolidados nace en las situaciones que se estructure *control*, independientemente que no se configure el *grupo empresarial*.

Ahora, es importante aclarar que en el Derecho Colombiano si se configura el *grupo empresarial*, la citada obligación también se hace exigible en virtud del artículo 631-1 del Estatuto Tributario, el cual establece que a más tardar el 30 de junio de cada año los *grupos económicos y/o empresariales*, registrados en el Registro Mercantil de las Cámaras de Comercio, deberán remitir en medios magnéticos a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) sus estados financieros consolidados, junto con sus respectivos anexos, en la forma prevista en los artículos 26 a 44 de la Ley 222 de 1995, y demás normas pertinentes. Además, estipula que el incumplimiento de la aludida obligación dará lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 651 del citado Estatuto, como son multas de acuerdo a los parámetros que la cita norma señala.

De acuerdo con lo anterior, se aprecia que el legislador colombiano, de manera similar al español, no efectuó regulación específica para precisar la imputación de la responsabilidad de la sociedad cabeza de grupo, en el evento que esta ocasione daños a alguno(s) de sus integrantes o miembros del grupo, a los socios de ellos y/o a los terceros que tengan vínculo contractual con tales integrantes.

No obstante lo precedente, en el proyecto de ley N. 002 de 2017 que aprobó la Comisión Tercera del Senado de la República de Colombia, y que tuvo como fuente de inspiración algunas legislaciones extranjeras, en especial, algunos de los preceptos de la ley alemana de sociedades por acciones, se establecieron algunas disposiciones dirigidas a regular los parámetros que se requieren para la contratación entre los integrantes de grupo, a pesar del conflicto de intereses entre ellos, como no poner en riesgo la capacidad de la sociedad para cumplir de manera oportuna con el pago corriente de sus obligaciones, entre otras condiciones<sup>191</sup>; y el tema de la protección a los socios minoritarios que resultan afectados por los contratos o negocios realizados entre los integrantes del *grupo empresarial*, como la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios a la sociedad donde son asociados, sobre lo que se volverá.

---

<sup>191</sup> Esto entronca con la idea que se relaciona con la utilización que se hace en el Derecho alemán del levantamiento del velo en los grupos de sociedades fácticos, por entender que la matriz ha incurrido en infracapitalización de las filiales.

## E. CLASIFICACIÓN DE GRUPOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS GRUPOS POR SUBORDINACIÓN Y POR COORDINACIÓN.

De acuerdo a la forma en que los integrantes del grupo se relacionan entre sí, la doctrina ha clasificado los grupos en dos modalidades: el *jerárquico*, que se fundamenta en el control, dando origen a los *grupos verticales o por subordinación*, y el *paritario*, que tiene como base la existencia de una relación libre y equilibrada, configurando los *grupos horizontales o por coordinación*<sup>192</sup>.

Frente a los *grupos verticales o por subordinación*, a lo largo del presente escrito se ha señalado que dentro de sus rasgos característicos está el control o dominio previo de una sociedad sobre otras, la consiguiente situación de dependencia y el ejercicio de la dirección unitaria por parte de la sociedad dominante, reflejada en la emisión de instrucciones a los órganos de gestión de las sociedades dependientes<sup>193</sup>.

En ese sentido, la mera subordinación no conlleva necesariamente a la existencia de un *grupo vertical*, toda vez que este no surge a partir de la tenencia de la mayoría de los derechos de voto, ni del nombramiento de la mayoría de los miembros de los órganos de administración, pues se requiere

---

<sup>192</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, Cita N. 75. pág. 1019.

<sup>193</sup> LÓPEZ EXPÓSITO, A. J. (2017), "Aspectos societario-mercantiles de los grupos de sociedades", en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Dir.), *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*. Editorial Wolters Kluwer, España. págs. 19-133, pág. 90.

de la existencia de una pluralidad de sujetos y de la presencia de la dirección unitaria<sup>194</sup>.

Como se puede apreciar, el *grupo por subordinación* se caracteriza por la existencia de una relación vertical entre la entidad matriz y los demás miembros, causada por determinadas relaciones entre ellas como los derechos de propiedad, las relaciones de dependencia financiera o relaciones de poder emanadas de relaciones económico-productivas específicas, tales como las que tienen origen en relaciones de subcontratación de capacidad entre empresas<sup>195</sup>.

Ahora, es importante señalar que el control más extremo que ejercite la *holding* sobre una sociedad controlada, que sería el caso de una alta centralización empresarial, no conlleva de manera automática a que esta se torne en una prolongación organizativa de la sociedad dominante<sup>196</sup>, toda vez que tal control o subordinación no suprime la autonomía jurídica de las sociedades que conforman el *grupo vertical*, conservando cada una de ellas no solo su personalidad jurídica, patrimonio y órganos, sino también sus propios intereses<sup>197</sup>, sin que ello traiga como consecuencia el desconocimiento total del *interés de grupo*.

---

<sup>194</sup> Vid. *Supra*, Capítulo I.B ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL.

<sup>195</sup> CHAVES R. (1999), "Grupos Empresariales de la Economía Social: Un análisis desde la experiencia española" en JULIA, F.L.; BAREA, J. y MONZÓN, J. L., *Grupos empresariales de la economía social en España*, Editorial CIRIEC, España, págs. 67-98, pág. 72.

<sup>196</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 190.

<sup>197</sup> SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (2016), "Concepto y clases de grupos en el derecho español", en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F, ESTEBAN VELASCO, G. y SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (Coord.), *Estudios sobre*

Sumado a lo precedente, para la configuración de los *grupos por subordinación* no se puede tener como fuente de ellos la existencia del control potencial<sup>198</sup>, sino que éste debe ser efectivo y que la sociedad subordinada se integre en el grupo, para tal fin, es fundamental que exista una declaración de voluntad en este sentido<sup>199</sup>, lo cual nos redirecciona al concepto de *contrato de grupo*, el cual se revisará posteriormente<sup>200</sup>.

De otro lado, con respecto a los *grupos horizontales o paritarios*<sup>201</sup> se afirma que en ellos no se estructura una relación vertical o de subordinación entre sus integrantes, sino que se vinculan entre sí mediante un entramado de relaciones, en principio, simétrico, duradero e institucionalizado de cooperación que condicionan, en mayor o menor grado, su estrategia empresarial<sup>202</sup>.

Tal situación obedece a la naturaleza jurídica de las entidades que lo conforman y los principios que lo regulan, como sucede en los *grupos cooperativos*; y en razón a que sus miembros *acuerdan* configurar una empresa única a través de la declaración negocial individual dirigida a delinear

---

*derecho de sociedades. Liber Amicorum profesor Luis Fernández de la Gándara*. Editorial Arazandi SA, España. págs. 723-817, pág. 802.

<sup>198</sup> En sentido contrario, SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (2016), *op. cit.*, pág. 800.

<sup>199</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>200</sup> *Vid. Infra, Capítulo I.F EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.*

<sup>201</sup> SACRISTÁN REPRESA, M. (1982), “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, *RDM*, nº 165-166, págs., 375 y ss; FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2000), “Grupos horizontales transfronterizos. Un primer estudio sobre las sociedades gemelas”, *RDM*, nº 235, enero-marzo, págs. 147 y ss; EMBID IRUJO, J.M. (2000), *op. cit.*, págs. 57 y ss.

<sup>202</sup> CHAVES R. (1999), *op. cit.*, págs. 73-74.

una *unidad de dirección*, que implica la presencia de control<sup>203</sup>, más no de subordinación.

La *dirección unitaria* es el elemento que aporta la cohesión al *grupo paritario* y en su determinación intervienen, en igualdad, todos sus miembros. Además, la *dirección unitaria* recorre un camino inverso que en los *grupos jerárquicos*, toda vez que se puede representar el grupo como una pirámide invertida en donde la cabeza de grupo se ubica en una posición inferior y en la base<sup>204</sup>.

En ese sentido, la conformación y ejercicio de la *dirección unitaria* es definida en virtud del acuerdo de todos los miembros del *grupo paritario*, a diferencia de los *grupos por subordinación* en donde tal elemento surge en virtud de la voluntad unilateral y exclusiva de una sociedad<sup>205</sup>.

Ahora, frente a la forma en que se ejerce la *dirección unitaria* en los *grupos paritarios*, ella puede ser realizada por todos sus miembros de manera

---

<sup>203</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.* “Desde la perspectiva económica la solución es diferente: no se puede hablar de control en ausencia de un concreto ejercicio de poder, significando esto que el control económico no se agota en una fase abstracta o potencial de una influencia dominante que se correspondería, más bien, con el concepto jurídico de subordinación (...)”. CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 138.

<sup>204</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *Derecho de las Sociedades Cooperativas. Régimen económico, integración, modificaciones estructurales y disolución*. Editorial Wolters Kluwer, España, pág. 224.

<sup>205</sup> ANTUNES, J.E. (1993), *Os grupos de sociedades*, Ed. Almedina, Coimbra, pág. 758, nota 1479. En razón al carácter unilateral de la voluntad de la cabeza del *grupo vertical* y que sirve de base para la conformación y ejercicio de la *dirección unitaria*, surge el problema del *autocontrato* como institución jurídica que explica la “declaración de voluntad de integración en el grupo” en caso de dominación. Al respecto, NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

coordinada, por una de ellos o, alternativamente, por otra entidad constituida *ad hoc*, a la cual los demás integrantes le transfieren parte de sus facultades decisorias<sup>206</sup>. Tal situación demuestra que, *en principio*, los *grupos paritarios* están afectados de cierta inestabilidad, pues carecen de una base sólida para el ejercicio de la *dirección unitaria* en razón a que al no existir previamente una situación de control, está sujeta a continuos ajustes y negociaciones entre las entidades que la conforman para hacer posible su actividad empresarial, lo cual no acaece en los *grupos verticales*, pues la existencia del control previo por la entidad cabeza de grupo permite el ejercicio normal y sin trastornos de la *dirección unitaria*<sup>207</sup>.

Conforme a lo precedente, el *contrato de grupo* que se perfecciona gracias a la voluntad plural y concertada de los miembros del *grupo paritario* permite afrontar y mitigar tal inestabilidad, pues a través del aludido negocio jurídico se realiza la aceptación del control que dimana de la configuración de la *dirección unitaria*<sup>208</sup>.

En ese sentido, de manera *preliminar* se podría afirmar que la estructura contractual u horizontal se adapta mejor a las características de las cooperativas, y en particular al mantenimiento de la facultad decisoria última en las cooperativas de base, pero ello es errado, toda vez que en regulaciones de otros países, como Alemania, Portugal o Brasil, existe un régimen jurídico

---

<sup>206</sup> SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (2016), *op. cit.*, pág. 802.

<sup>207</sup> *Ibidem*, pág. 803; EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 189-190.

<sup>208</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

propio para las estructuras paritarias de agrupación a partir de la unión de sociedades capitalistas, que en virtud del consenso entre ellas, ceden las facultades de dirección a una estructura constituida entre todos, sin que ello conlleve a una plena identidad con los *grupos de cooperativas*, a pesar de sus grandes similitudes<sup>209</sup>.

Con base en lo anterior, se deduce que dentro de las diferencias más destacadas que existen entre los regímenes de *grupos de estructura paritaria* y los *grupos cooperativos* en el derecho comparado, está aquella ya descrita orientada a que los primeros se enfocan en sociedades de capital, mientras que los segundos, *por lo general*, están conformados por sociedades cooperativas<sup>210</sup>; en las estructuras paritarias de las sociedades capitalistas se suele circunscribir a un número relativamente limitado, en cambio, en los *grupos cooperativos* se suelen o llegan a comprender una cantidad de entidades cooperativas significativa; en las estructuras paritarias de índole capitalista las entidades cabeza de grupo suelen ser sociedades civiles, debido a que la actividad que desarrollan suele ser una actividad civil, y no mercantil como las entidades de base, *a contrario sensu*, las entidades de cabecera de las cooperativas suelen ser cooperativas de segundo o ulterior grado, no

---

<sup>209</sup> AA.VV.: (2016), *Grupos Cooperativos. Alcance, posibilidades y límites*. Ekai - European association of cooperative groups, pág. 16.

<sup>210</sup> Frente a la comparación descrita se debe tener en cuenta que la misma no es absoluta. Muestra de ello es que la corporación Mondragón tiene como entidad cabeza de grupo a una sociedad civil, en virtud del curso normal de los procesos de consolidación cooperativa, cuyas relaciones y pactos llevaron a primar esta figura con carácter fuertemente contractual. *Ibidem*, pág. 17. Así mismo, en la doctrina se ha desarrollado la idea de grupo heterógeno o mixto, es decir, se plantea la posibilidad de estructurar *grupos cooperativos* con miembros de diferente naturaleza jurídica, lo cual ha sido reconocido en la propia LCoop. Al respecto, revisar AGSTNER, P. (2017), *Il gruppo cooperativo gerarchico*, Diritto commerciale interno e internazionale, 64, Giapichelli, Torino.

obstante que no exista obligación legal que así lo exija<sup>211</sup>, como se verá en epígrafes posteriores.

Complementando lo expuesto, resulta pertinente hacer mención que algunos autores han planteado la posibilidad de configurar un *grupo cooperativo jerárquico*<sup>212</sup>, a partir de la posibilidad que se puedan estructurar los *grupos cooperativos* con la participación de entidades de distinta naturaleza y no exclusivamente por cooperativas.

## F. EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.

De acuerdo con el epígrafe anterior, se deduce que los *grupos jerárquico* y *paritario* pueden surgir de un presunto *autocontrato* o de un *contrato de grupo*<sup>213</sup>, respectivamente, los cuales no han sido regulados de manera expresa y detallada tanto por el legislador español<sup>214</sup> como por el colombiano, situación que deja a la autonomía privada<sup>215</sup> de quienes desean incursionar en

---

<sup>211</sup> AA.VV.: (2016), *op. cit.*, pág.16.

<sup>212</sup> *Vid. Infra. Capítulo II.B.2 Grupo Cooperativo en sentido estricto. Sobre la posibilidad de estructurar grupos cooperativos jerárquicos*, revisar AGSTNER, P. (2017), *op. cit.*; NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), “Los grupos de sociedades en el ámbito agroalimentario” en VARGAS VASSEROT, C. (Dir.), *Integración y concentración de empresas agroalimentarias estudio jurídico y económico del sector y de la ley 13/2013 de fomento de la integración cooperativa*, Dykinson, S.L., Madrid, págs. 353-375, págs. 353 y ss.

<sup>213</sup> Como ejemplo de la constitución de grupos por dominación por vía contractual y que en virtud del negocio jurídico se da legitimidad al interés del grupo, está el caso de la sociedad IBERDROLA, S.A.

<sup>214</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.147.

<sup>215</sup> Dentro de los conceptos tradicionales de autonomía privada de la voluntad encontramos las siguientes: “el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o

tales formas empresariales un campo de acción amplio, pero dentro de unos límites señalados por las normas generales de los contratos<sup>216</sup>.

En ese sentido, se parte de la premisa de la licitud del *contrato de grupo en general* con base en lo dispuesto en el artículo 1255 del CCivE<sup>217</sup>, la cual no resulta afectada por la transferencia de competencias de una sociedad a otra, toda vez que ni el aludido negocio jurídico ni el *interés del grupo* anulan el interés social<sup>218</sup>.

Por otra parte, es importante diferenciar el citado negocio jurídico con el *pacto parasocial*, teniendo en cuenta que este último produce sus efectos dentro de la entidad y se somete únicamente al derecho negocial, mientras que el *contrato de grupo en general* expande sus efectos a todas las entidades y debe respetar además el derecho de la persona jurídica<sup>219</sup>.

---

un poder de autoreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas”. DIEZ-PICAZO, L. (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol, I, Editorial Civitas, Madrid, pág. 127; “facultad que tienen las partes de autorregular sus propios intereses”. RENGIFO GARCÍA, E. (2009), “Interpretación del Contrato Atípico en la Jurisprudencia Colombiana”, en AA.VV., *Los Contratos en el Derecho Privado*, Legis Editores S.A. y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, págs. 47-70, pág. 67.

<sup>216</sup> *Vid. Infra*, Capítulo III. RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.

<sup>217</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 60. En el mismo sentido, HIJAS, E. (2017), “A la sociedad matriz, lo que es de la matriz y a la filial lo que es de la filial”, *El Notario del Siglo XXI - Revista 75*. En: *El Notario del Siglo XXI*. [en línea]. Recuperado el 22 de diciembre de 2018 en la página Web <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-75/practica-juridica/7954-a-la-sociedad-matriz-lo-que-es-de-la-matriz-y-a-la-filial-lo-que-es-de-la-filial>, quien afirma que “Respecto de los grupos de derecho, la legitimidad de los contratos de constitución del grupo de sociedades está fuera de toda duda, dado el principio de libertad contractual que regula el artículo 1255 del Código Civil, habiendo sido especialmente consagrado para las sociedades cooperativas en el artículo 78.4 y 5 de la Ley Estatal de Cooperativas de 1999”.

<sup>218</sup> SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (2016), *op. cit.*, pág. 796.

<sup>219</sup> *Ibidem*, pág. 795.

Sin perjuicio de las observaciones del negocio jurídico que da origen al *grupo jerárquico* que se exponen en el siguiente epígrafe, se ha establecido que el *contrato de grupo en general* se califica como de organización, de tracto sucesivo y que puede ser bilateral o multilateral<sup>220</sup>.

A continuación se explican las particularidades del negocio jurídico que sirve de instrumento para la conformación de cada una de las mencionadas tipologías de grupo empresarial, es decir de los *grupos jerárquico* y *paritario*.

### 1. *El contrato de grupo jerárquico.*

Es importante precisar que cuando se hace mención del negocio jurídico que da origen al *grupo jerárquico* no puede pensarse en los ordenamientos jurídicos que reglamentan los *grupos*, por ejemplo el alemán, en donde existe una regulación particular del *contrato de dominación*<sup>221</sup>, el cual, si bien es cierto es un tipo contractual que pertenece a los llamados contratos de organización<sup>222</sup>, es la cristalización de una situación previa de tenencia de la mayoría de los derechos de voto, es decir, el aludido negocio jurídico no se puede considerar como instrumento para la obtención del control de una sociedad<sup>223</sup>, sino que el legislador alemán lo concibió para legalizar el ejercicio

---

<sup>220</sup> *Ibidem*, pág. 796.

<sup>221</sup> En Alemania se denomina como *Beherrschungsvertrag*, en Portugal como *contrato de subordinação* y en Brasil como la *convenção de grupo*.

<sup>222</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, pág. 235.

<sup>223</sup> “(...) la celebración de un contrato de dominación generalmente supone la salida a la luz de la «legalidad» de una situación grupal puramente fáctica, por lo que este contrato, desde el punto de vista de la sociedad dominada no sirve sino para legitimar el control que ya, de facto,

meramente fáctico de la dirección unitaria, haciendo posible, simultáneamente, el cumplimiento de las finalidades de tutela de los socios externos<sup>224</sup>.

Efectuada la descrita aclaración, se asevera que la integración en el *grupo jerárquico* responde a una voluntad de la matriz que ejerce el control y a la aceptación de la filial en tal integración en el grupo, por medio de un contrato en donde la matriz emite su propia declaración de voluntad de constitución del grupo o, caso de existir, de integración de la filial en el mismo y, a través del control en la filial, la declaración de voluntad de esta última, por medio del dominio que tiene en sus órganos, configurándose un supuesto de *autocontrato*<sup>225</sup>.

Con respecto al *autocontrato*, la doctrina española en la actualidad se centra en determinar en qué casos y bajo qué límites el ordenamiento jurídico debería admitir la eficacia de la actuación del representante que contrata consigo mismo, más que en evaluar su viabilidad<sup>226</sup>. Realizada dicha precisión,

---

se tenía sobre ella". NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, pág. 236. Quien cita a EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 62.

<sup>224</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 60-61.

<sup>225</sup> "Si la matriz emite su propia declaración de voluntad y, a través del control de los órganos de la filial, la declaración de voluntad de esta última, estamos ante un supuesto negocial atípico, que por la existencia de una pluralidad de sujetos pero la coincidencia en las voluntades, una única voluntad, configura un supuesto de autocontrato". NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>226</sup> *Ibíd.*, quienes citando a CABANAS TREJO, R., "Representación de la sociedad, autocontrato y obligaciones derivadas del deber de lealtad (a propósito del cambio de opinión de la Dirección General de los Registro y del Notariado), *Diario La Ley*, nº 8935, 7 de marzo de 2017, afirma que "el autocontrato es una "patología representativa"". Además, asevera que (...) el problema actual del auto-contrato no es el relativo a su admisión conceptual que mediante la formulación de las más variadas teorías ha sido superado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sino determinar en qué casos y bajo qué límites el ordenamiento jurídico debería admitir la eficacia de la actuación del representante que contrata consigo mismo".

en el contexto del *grupo jerárquico*, el *autocontrato* es admisible, en razón a que el *interés del grupo* tiene supremacía sobre el interés social de la filial para quien revela el conflicto que no es otro que la sociedad matriz, como única voluntad real que soporta el (auto)contrato de *grupo jerárquico*<sup>227</sup>.

Aunado a lo anterior, en virtud del *autocontrato* se aplica el régimen de la sociedad unipersonal cuando la filial es íntegramente participada o en el evento de la existencia de un posible derecho de separación cuando existen socios externos, por entender que dicho negocio jurídico de constitución de grupo trae como consecuencia una modificación del objeto social derivada de la existencia del *interés del grupo* al cual se somete al interés social<sup>228</sup>.

El perfeccionamiento del negocio jurídico que constituye el *grupo jerárquico* origina una serie de efectos jurídicos, traducidos en una serie de obligaciones para quienes resultan vinculados al mismo, como el cumplimiento por las sociedades controladas de las directrices emanadas por la sociedad cabeza de grupo que apuntan al *interés grupal*.

Por otra parte, frente a la forma en que se declara tal voluntad dirigida a la conformación del *grupo jerárquico* se señala que se aplican las disposiciones generales sobre la forma de los contratos<sup>229</sup>, es decir, se parte de la regla

---

<sup>227</sup> Ibídem, quienes citan a PÉREZ RAMOS, C. (2012), “El autocontrato en las sociedades mercantiles”, *Actum Mercantil & Contable* n° 19, abril-julio.

<sup>228</sup> Ibídem.

<sup>229</sup> SANCHEZ ÁLVAREZ, M. (2016), *op. cit.*, pág. 796.

general de la *consensualidad*, atendiendo que dicha tipología contractual no ha sido regulada de manera particular por el legislador y que este último es quien señala las solemnidades que se deben cumplir para la eficacia de los contratos. Sin embargo, es importante traer a colación que el artículo 291 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 planteó la posibilidad que el *contrato de grupo* se formalizara mediante documento público y que se inscribiera en el Registro Mercantil de las entidades que lo celebraran.

Complementando lo descrito, se resalta que el negocio jurídico que da origen al *grupo jerárquico* no puede perfeccionarse con la sola voluntad de los administradores de los entes que lo integran, pues su competencia se enfoca en la actividad constitutiva del objeto social. En ese sentido, atendiendo que la celebración del contrato afecta el objeto social, interés social y la competencia de los distintos órganos, se señala que la Junta General de cada una de las sociedades que van a conformar el grupo<sup>230</sup> es quien tiene la potestad para decidir sobre la creación de dicha forma empresarial, sin perjuicio que dicho órgano habilite a sus administradores para que concluyan el mencionado negocio jurídico, a través de una cláusula estatutaria delimitadora del objeto social<sup>231</sup>.

En ese orden de ideas, resulta imprescindible que los órganos de las controladas acepten integrarse en el grupo empresarial ya sea de manera

---

<sup>230</sup> *Ibidem*, pág. 796.

<sup>231</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs.152 y 156.

expresa o tácita, por ejemplo mediante hechos concluyentes de sus administradores<sup>232</sup>, previa autorización de la Junta General.

## 2. El contrato de grupo paritario.

De manera similar como acaece con el negocio jurídico que da origen el *grupo jerárquico*, el contrato que formaliza el *grupo paritario* es consensual<sup>233</sup> y las declaraciones de voluntad que sirven de presupuesto para su constitución emanan de los órganos de decisión de las sociedades que integran el grupo, sin que medie subordinación de ninguna de ellas; e implica la aceptación del control que nace de la configuración de la dirección unitaria<sup>234</sup>, sin necesidad de que exista así una relación de dominación previa.

En ese sentido, la sociedad en la que descansa la dirección unitaria, o las sociedades adscritas voluntariamente al *grupo paritario*, no se pueden

---

<sup>232</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>233</sup> “En principio, la celebración del contrato de grupo paritario no requiere una forma concreta, puesto que el criterio general que preside nuestro Derecho de obligaciones y nuestro Derecho de obligaciones y nuestro Derecho de Sociedades es la libertad de forma (...) por lo que la constancia o no por escrito del contrato de grupo obedecerá tan sólo al oportuno criterio de las cooperativas partícipes. No obstante, si el grupo se configura como de orden externo con organización separada de la sociedad órgano, será necesario observar, al menos, los requisitos formales y materiales exigidos por el Ordenamiento para constituir esta. Y si el grupo se integra en la sociedad órgano, será el propio grupo el que deberá observar para su constitución los requisitos y formalidades de la forma social que le acoge”. ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, Universidad de Murcia. Murcia, págs. 207-208.

<sup>234</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.* En los grupos paritarios “(...) el contrato es un verdadero «punto de partida» respecto del propósito de los contratantes de alcanzar un cierto grado de integración empresarial, la determinación del contenido específico de la dirección unitaria será, sin duda, la «clave de la bóveda» de la disciplina contractual y del funcionamiento ulterior del grupo”. EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 71.

considerar como matrices de las sociedades de cuyo acuerdo ha surgido el aludido grupo, por lo tanto, se considera que es un auténtico negocio a partir del cual surge la legitimación de la dirección unitaria por cederse contractualmente.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se infiere que existiría una coincidencia temporal entre la formación del *grupo paritario*, en sentido económico y su efectiva constitución jurídica, a través del perfeccionamiento del *contrato de grupo*, lo cual excluye la presencia de un ente dominante al interior del *grupo paritario*, situación que conlleva a que el mismo no sea objeto de regulación por el artículo 42 del CComE<sup>235</sup>.

Adicionalmente, se asevera que el citado negocio jurídico es de carácter asociativo, presidido por la noción de *colaboración, normativo* y de *organización*<sup>236</sup>, puede tener el carácter de bilateral o plurilateral, y eventualmente conlleva a la creación de una sociedad en la que se deposita la dirección unitaria de la empresa acordada, destinada a la finalidad empresarial del grupo constituido.

De otra parte, frente al contenido mínimo del *contrato de grupo paritario* resulta fundamental que en el mismo se plasme la declaración de voluntad de querer ser dirigido, otorgando, ex contrato, el control. Adicionalmente, el

---

<sup>235</sup> *Ibídem*.

<sup>236</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.183.

ejercicio de la dirección unitaria puede articularse *ab initio* en el propio documento del citado negocio jurídico<sup>237</sup>.

Perfeccionado el *contrato de grupo*, surgen obligaciones para las sociedades que integran el *grupo paritario* y pueden suponer modificaciones muy relevantes, los cuales deben ser aprobados en la sede orgánica respectiva, en aras de respetar la tutela adecuada de los socios disconformes, cuando sus sociedades han aceptado integrar el grupo<sup>238</sup>.

### 3. *La importancia del contrato de grupo como instrumento jurídico para canalizar el interés grupal.*

Estudiada la clasificación de *grupos jerárquicos y paritarios*, se concluye que el *contrato de grupo* es un instrumento jurídico que permite materializar la política común o la *unidad de dirección*<sup>239</sup> en todas las modalidades de grupo, además de facilitar su estructuración o la organización jurídica del *grupo*, lo cual ocasiona que dicho tipo contractual se aleje de la clasificación de contratos

---

<sup>237</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*

<sup>238</sup> *Ibidem.*

<sup>239</sup> “La unidad de decisión en el grupo cooperativo se consigue gracias al acuerdo libre y voluntario de las cooperativas que lo integran – contrato de grupo –, que deciden, incluso, los ámbitos en los cuales se comprometen a seguir las directrices de la entidad cabeza de grupo. Se está, entonces, en presencia de un grupo paritario o por coordinación que, en principio, hará posible la promoción del interés del grupo y, a la vez, la debida consideración de los intereses de las sociedades cooperativas que, desde la base, configuran realmente los perfiles y características básicas del grupo cooperativo como modalidad de integración empresarial”. ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1024-1025.

sinalagmáticos o de intercambio de prestaciones para insertarse *pleno iure* en el ámbito de los llamados contratos de organización<sup>240</sup>.

Sumado a lo precedente, se concluye que el *contrato de grupo* viene a ser uno de los puntos de encuentro entre la temática de los *grupos* y el derecho de contratos, pues en virtud del citado negocio jurídico se legaliza el sometimiento de una persona jurídica a otra entidad de igual o distinta naturaleza, es la «fórmula mágica» para hacer visible el *grupo* como estructura empresarial; concreta, mediante particulares cláusulas contractuales, los principios de su régimen jurídico<sup>241</sup>; determina con solidez la titularidad y el ejercicio de la dirección unitaria<sup>242</sup>; permite el cumplimiento del deber de

---

<sup>240</sup>“(…), cabe distinguir entre contratos sinalagmáticos o de *cambio* y contratos de *organización*; los primeros, por regla general, constituyen meras relaciones jurídicas *externas* de la sociedad, sin repercusión inmediata en su estructura interna a los efectos de obtención de control”. EMBID IRUJO, J. M. (1991), *op. cit.*, pág. 48.

<sup>241</sup>“(…) resulta útil el instrumento del contrato de constitución del grupo como recipiente de concretas propuestas en torno a su régimen jurídico. Dicho contrato servirá, siguiendo las pautas de los ordenamientos que lo han regulado, para dar una base segura y firme al ejercicio del poder de dirección en el seno del grupo, estableciendo las correspondientes contrapartidas a favor de la sociedad sometida y sus socios y acreedores, como principales afectados por el reconocimiento del grupo”. EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 60.

<sup>242</sup> En España se presentó la discusión que analiza si la autorización del Consejo Supervisor de la sociedad dominante para que se realice la compraventa de un inmueble entre dos sociedades españolas, donde la vendedora se integra a la sociedad cabeza de grupo, implica someter el contrato a una condición puramente potestativa, y en razón a ello se aplica lo dispuesto en el artículo 1115 del CCivE. Ante tal problemática, el TS señaló que el sometimiento del contrato a la autorización de un órgano de la sociedad dominante del grupo no figura en el artículo 1115 del CCivE, por ende, no es posible aplicar la consecuencia señalada en la norma; lo anterior, sin perjuicio de su licitud. STS, 1ª, 109/2014 de 7 de marzo de 2014, F. II.6. No obstante la decisión adoptada por el TS, la doctrina reconocida señala que pasó por alto varios aspectos como “(…) la presencia real de un grupo respecto de un contrato, cuyo itinerario jurídico comenzó a recorrer una de sus sociedades. Y a la hora de caracterizar el grupo se nos muestra la “unidad de dirección” como elemento clave, lo que, siendo indudablemente correcto, deja en el aire su intensidad, su alcance efectivo, así como, en suma, el grado de libertad empresarial del que podrían disfrutar las sociedades integradas en el grupo”. EMBID IRUJO, J. M. (2015), “Grupos y derecho de contratos”. *En*: Commenda. [en línea]. Madrid. 6 de enero. Rincón de Commenda. Recuperado el 26 de abril de 2017 en la página Web <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/grupos-y-derecho-de-contratos/>

seguimiento de las instrucciones que emita la sociedad cabeza de grupo<sup>243</sup>; facilita la concreción de aquello que el Derecho Positivo esboza de manera incipiente<sup>244</sup> y alcanza la mejor composición de intereses en ella<sup>245</sup>.

#### 4. *El contrato de grupo en Colombia.*

Como se afirmó en los renglones precedentes, en Colombia no se contempla y regula de manera expresa como tipo contractual autónomo el *contrato de grupo*, muy a pesar que, *en principio*, se podría entender su inclusión en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud del numeral 3 del artículo 27 de la Ley 222 de 1995, cuando establece que se presume la subordinación de una sociedad 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*, sin embargo, a nuestro juicio la norma en cuestión se refiere al supuesto de estructuración de control o subordinación por vía comercial de una sociedad sobre otra(s), lo cual no conlleva *necesariamente* a la constitución de un *grupo contractual*, pues éste requiere del elemento esencial del *poder de dirección unitaria o unidad de decisión*<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 126.

<sup>244</sup> *Ibidem*, pág. 46.

<sup>245</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 60.

<sup>246</sup> *Vid. Supra*, Capítulo I.C.1 *Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales.*

Efectuada la anterior aclaración, en Colombia existe un marco normativo general que no prohíbe la implementación del *contrato de grupo*, de manera similar como acaece en España, toda vez que los intereses que son objeto de disposición, en virtud del reconocimiento jurídico a la autonomía privada<sup>247</sup>, son de carácter patrimonial; no atentan contra la ley, la moral, las buenas costumbres<sup>248</sup>, contemplados en sus legislaciones<sup>249</sup>, los cuales se constituyen como límites al ejercicio de la autonomía contractual<sup>250</sup>; no son contrarios a los principios configuradores de las cooperativas que conforman el *grupo* que restringen la subordinación<sup>251</sup>, sin perjuicio del reconocimiento que ha efectuado la doctrina de la configuración de los *grupos cooperativos jerárquicos*<sup>252</sup>; los derechos fundamentales<sup>253</sup>; la naturaleza del contrato de grupo cooperativo y el principio de la buena fe.

---

<sup>247</sup> Ver Nota N. 215.

<sup>248</sup> “La moral, en si misma considerada, es un conjunto de convicciones de orden ético y de valor del mismo tipo. No es necesario que se plasmen en actos concretos, aunque en algunas ocasiones el Código parece hacer sinónimas las expresiones «moral» y «buenas costumbres», que exigirían una serie de prácticas o de actos en que aquellas convicciones encarnaran. (...) El estigma de causa opuesta a la moral o contraria a las buenas costumbres se producirá cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y lo considere indigno del amparo jurídico. Parece que deberá tratarse de una violación de las reglas éticas con vigencia social en la comunidad en el momento de que se trata. En épocas, como la nuestra, de moral muy cambiante, este enjuiciamiento resultara difícil de hacer, pero la dificultad no exime de realizarlo”. DIEZ-PICAZO, L. (1996), *op. cit.*, págs. 129 y 243.

<sup>249</sup> Artículos 1255, 1271 y 1275 del CCivE y en los artículos 1518 y s.s. del CCivC.

<sup>250</sup> PÁJARO MORENO, N. (2009), “El contrato y sus principios orientadores” en CASTRO DE CIFUENTES, M. (Coord.), *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I, Universidad de los Andes – Temis. Bogotá, págs. 309-375, pág. 323 en una cita aclaratoria señala que los límites se refieren al ejercicio de la autonomía privada y “no a la autonomía como tal”. En sentido contrario, HINESTROSA, F. (1986), “Funciones, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, págs. 9-47, págs. 20 y ss.

<sup>251</sup> FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *op. cit.*, pág. 165.

<sup>252</sup> *Vid. Infra. Capítulo II.B.2 Grupo Cooperativo en sentido estricto*. Sobre la posibilidad de estructurar *grupos cooperativos jerárquicos*, revisar AGSTNER, P. (2017), *op. cit.*; NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018) “Los Grupos... *cit.*”

En ese orden de ideas, el *contrato de grupo* es de pleno recibo en el Derecho Colombiano para efectos de la constitución de *grupos jerárquicos y/o paritarios*, en razón a que es una forma de expresión de la libertad contractual que el Estado reconoce en los particulares, como lo es la de escoger el instrumento contractual idóneo para canalizar sus intereses empresariales en ejercicio de su autonomía privada<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> “(...) los principios, derechos y deberes emanados del Estado Social de Derecho, tienen un papel relevante dentro de la labor de interpretación e integración no solo de los preceptos legales sino también contractuales, de tal suerte que dichos postulados constitucionales influyen en la estructura, al precisar el alcance de su función económico social; el contenido de los contratos; y en sus efectos – obligaciones –”. HURTADO PALOMINO, J. V. (2015), *Cambios de los modelos jurídicos para cristalizar el derecho a la vivienda digna en España tras la crisis económica*. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, pág. 52.

<sup>254</sup> “*Et similia*, la “autonomía privada (auto, ‘aujtov’, uno mismo, y “nomos”, ley), expresión de la libertad, derechos fundamentales, libre desarrollo de la personalidad e iniciativa económica y de empresa garantizadas por el “Estado Social de Derecho” en tanto soportes del sistema democrático (Preámbulo, artículos 2º, 13, 14, 16, 28, 58, 59 a 66, 78, 82, 94, 150 [19] y [23], 332, 333, 334, 335, 373, Constitución Política), confiere al sujeto iuris un poder para engendrar el negocio jurídico (negotium iuridicus, Rechtsgeschäft), rectius, acto dispositivo de intereses jurídicamente relevante”, también “derechos, iniciativa, libertad y habilidad jurídica para disponer de sus intereses en procura de satisfacer sus fines, necesidades vitales, designios o propósitos individuales en la vida de relación, disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato” con “el razonable reconocimiento legal a toda persona de un cúmulo de poderes o facultades proyectadas en la posibilidad de disponer o abstenerse de la disposición (libertad de contratar o no contratar), seleccionar el sujeto con quien dispone (libertad de elegir parte o contratante), escoger o crear el tipo contractual (libertad de optar en el catálogo legis o en los usos y prácticas sociales por la especie singular de contrato o crearlo), celebrarlo de inmediato o previo agotamiento de una fase formativa (libertad de celebrar el contrato en forma inmediata o progresiva), hacerlo directamente o por mandatario, representante o apoderado, expresar el acto dispositivo (libertad de expresión o de forma), determinar el contenido (libertad de estipular el contenido), asegurar el cumplimiento, prevenir la terminación o disponerla, y garantizar, atenuar o ampliar la responsabilidad”, sin constituir, empero poder *ad libitum*, libérrimo, absoluto o en blanco, pero cuyas limitaciones o restricciones dispone el legislador”. CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

## II. GRUPOS COOPERATIVOS.

En el capítulo anterior se estudió la clasificación de *grupos por subordinación* y por *coordinación*, estableciéndose sus diferencias y puntos de encuentro, en particular la fuente jurídica común de emanar a partir del *contrato de grupo*, y que en el mismo debe confluir todos elementos constitutivos del grupo empresarial ya descritos<sup>255</sup>, con algunos matices en los elementos *control efectivo* y *poder de dirección unitaria o unidad de decisión*.

Desarrollados tales aspectos generales, a continuación se aborda los *grupos cooperativos*<sup>256</sup> como una de las modalidades de *grupo por coordinación* más empleadas en la práctica empresarial en España para afrontar los retos de la globalización y para superar algunas de las limitaciones estructurales y económicas que tienen las cooperativas para su expansión y crecimiento, muestra de ello es el caso de Mondragón Corporación Cooperativa (MCC), que es referente mundial; en el sector financiero se encuentran dos grandes grupos de entidades (Cajamar y Grupo Caja Rural); en el sector del comercio minorista a CONSUM; y en el sector agroindustrial destacan, entre otros, ANECOOP, COVAP, COREN, Agropecuaria de Navarra, DCOOP, etc.<sup>257</sup>, en donde no existe la relación de sociedad dominante – sociedad

---

<sup>255</sup> Vid. *Supra*, Capítulos I.B ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL y I.F EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.

<sup>256</sup> “El grupo por coordinación, basado en el principio paritario, se presenta, pues, como el instrumento válido para alcanzar verdaderas unidades empresariales cooperativas, resultando compatible con los principio de autonomía y de gestión democrática”. ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.175.

<sup>257</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, págs. 209 y 222.

dominada, sino la presencia de una cooperativa cabeza de grupo que surge en virtud de un acuerdo paritario<sup>258</sup>.

Es importante precisar que el presente estudio se circunscribe en el ámbito de la Ley estatal de cooperativas, es decir de la Ley 27/99, de 16 de julio (LCoop.), sin perjuicio que se haga referencia a alguna ley autonómica, en razón a su importancia y pertinencia para la investigación<sup>259</sup>.

Para iniciar el estudio de los *grupos cooperativos* resulta primordial conocer algunos de los principios cooperativos de la Alianza Cooperativa Internacional (ACI)<sup>260</sup>, pues además de ser acogidos por el Derecho Positivo

---

<sup>258</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.171.

<sup>259</sup> Para mayor claridad, actualmente en España no existe una única Ley sino varias Leyes de cooperativas, dado que las comunidades autónomas tienen norma propia, salvo Canarias. Tal situación de hiperlegislación cooperativa tiene como origen la nueva organización territorial del Estado que regula la Constitución de 1978, a través de la cual se divide España en 17 Comunidades Autónomas, distribuyéndose las competencias entre éstas y el Estado. La Constitución establece dos artículos que distribuyen competencias: el 148 trata de las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos y el 149 contempla las competencias sobre las que el Estado se reserva la competencia exclusiva, entre ellas la concerniente a la Legislación mercantil. En virtud de tal delimitación territorial de competencias en materia de cooperativas, existe hoy en día una Ley estatal de Cooperativas: Ley 27/1999, de 16 de julio, que sustituye a la anterior Ley 3/1987, de 2 de abril, que tiene aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que no han aprobado Ley de Cooperativas y de forma supletoria en las Comunidades con norma propia, y con las Leyes propias de las Comunidades que las han aprobado. Al respecto, VARGAS VASSEROT, C., (2015), *Derecho de las Sociedades Cooperativas*, Editorial Wolters Kluwer España S.A, págs. 63 y ss.; GADEA, E. (2001), *Derecho de las Cooperativas: análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, págs. 60-62. “El origen de la compleja y criticable situación legislativa del Derecho cooperativo español, con casi una Ley por cada Comunidad Autónoma, se debe achacar, entre otras circunstancias, a la pasividad del Gobierno central respecto a las cooperativas, frente a la actitud muy activa de ciertas Comunidades Autónomas (...), y a la labor ciertamente permisiva del Tribunal Constitucional a la hora de enjuiciar las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas en esta materia”. VARGAS VASSEROT, C., (2006), *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Editorial Aranzadi, Navarra, pág. 22.

<sup>260</sup> La ACI es una organización no gubernamental, que se constituyó en Londres en 1895 con el propósito de promulgar la experiencia de Rochdale, dar a conocer sus principios y representar a las cooperativas a nivel mundial. En el congreso realizado en 1995, en Manchester, la ACI

Español<sup>261</sup> y, en razón a ello, considerarse por la doctrina como auténticas normas jurídicas directamente aplicables y que los estatutos y acuerdos sociales deben respetar<sup>262</sup>, se consideran como criterios informadores de la

---

aprobó la Declaración de la ACI sobre la Identidad Cooperativa. En dicha declaración se define cooperativa, los valores en los que se inspira y los principios o pautas para la puesta en marcha de tales valores, son en definitiva el marco normativo de las cooperativas a nivel mundial. FAJARDO GARCÍA, G. (2011), *Cooperativas Régimen Jurídico y Fiscal*. Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 15.

<sup>261</sup> En la Exposición de Motivos de la LCoop se estableció la importancia de los principios cooperativos dentro de la citada normatividad señalando que “Los valores éticos que dan vida a los principios cooperativos formulados por la alianza cooperativa internacional, especialmente en los que encarnan la solidaridad, la democracia, igualdad y vocación social tienen cabida en la nueva Ley que los consagra como elementos indispensables para construir una empresa viable con la que los socios se identifican al apreciar en ella la realización de un proyecto que garantiza su empleo y vida profesional”. Adicionalmente, en el artículo 1.1. se hace a alusión a tales principios dentro de la definición legal de cooperativa y en el artículo 10.1 se establece que en la escritura de constitución de la cooperativa los pactos y condiciones no serán contrarios a las leyes y a los principios configuradores de la sociedad cooperativa.

<sup>262</sup> PAZ CANALEJO, N. (1989), *Ley General de Cooperativas (Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial, t. XXX)*. Edersa. Madrid. Vol. 1º, art. 1. pp. 43 y ss. En el mismo sentido, JULIÁ IGUAL, J.F.; y GALLEGO SEVILLA, L.P. (2000), “Principios cooperativos y legislación de la sociedad cooperativa española: el camino hacia el fortalecimiento de su carácter empresarial”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 70, Ediciones Complutense, págs. 123-146, pág. 126 <http://www.redalyc.org/pdf/367/36707007.pdf>. “constituyen la estructura normativa mínima que toda sociedad cooperativa debe poseer y su cumplimiento en la práctica debe garantizar el logro de los objetivos y fines cooperativos”. Con una posición diferente, TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2000), “El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año N. 76, núm. 658, págs. 1329-1360, págs. 1341-1342 quien señala que “los principios cooperativos no son principios generales del Derecho, más aún que por su estructura, por su origen. Los principios generales nacen para el Derecho en un estado previo e inspirador (visión iusnaturalista) o deducido y posterior (visión positivista), pero en todo caso en el seno de las estructuras que conforman el Derecho. Los principios cooperativos, contrariamente, se originan de una práctica social, la del movimiento cooperativo, y hoy se formulan en las diversas declaraciones de una organización privada como es la Alianza Cooperativa Internacional. (...) Si los principios cooperativos inspiran la legislación cooperativa y son susceptibles de aplicación directa ha sido porque el legislador, intencionadamente y por motivos históricos, ha decidido acogerlos, significativamente por remisión a los declarados por la Alianza Cooperativa Internacional. (...) los principios se aplican en defecto de regulación de la Ley de Cooperativas no porque el artículo 1.4 del Código Civil mande que se apliquen, en cuanto principios generales del Derecho, en defecto de ley o de costumbre, sino porque la generalidad del artículo 1.1 de la Ley de Cooperativas cede ante la derogación singular de sus normas particulares”. En contra, SANTOS DOMÍNGUEZ, M. A. (2015), “La relación de los principios cooperativos con el derecho”, *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa, Monográfico Principios y valores cooperativos*, núm. 27, págs. 1-46, págs. 11 y ss. [http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id\\_pagina=8&idRevista=30](http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id_pagina=8&idRevista=30); y MORENO FONTELA, J.L. (2017), “Las relaciones entre los valores y principios cooperativos y los principios de la normativa cooperativa”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 124, Ediciones Complutense, págs. 114-127, pág. 125. <http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/54923/50057> “(...) mientras no se produzca su aceptación judicial, los principios cooperativos permanecerán en su ámbito ético, sin impacto directo en el plano jurídico. Por otro lado, los principios implícitos adolecen de las mismas

actividad no solo del legislador, sino de la autonomía de la voluntad de los particulares<sup>263</sup>; se catalogan como pautas flexibles a través de las cuales se delimita la naturaleza democrática de las cooperativas, el papel de cada uno de sus miembros y la manera de distribuir los excedentes creados; y a través de ellos se determinan las cualidades esenciales que permiten diferenciar las cooperativas frente a otros tipos de empresa<sup>264</sup>.

A continuación se revisa el principio de *intercooperación*, que a nuestro juicio se considera como el fundamento axiológico que promueve esta modalidad de integración empresarial<sup>265</sup>; y los principios de *autonomía de gestión y democracia cooperativa*, porque estos impiden que la cooperativa pueda presentarse como sociedad dominada en un grupo donde otra entidad, cooperativa o no, actúe como sociedad dominante<sup>266</sup>, sin perjuicio de la

---

limitaciones que los principios explícitos, y por tanto solo aportan argumentos a favor de ciertas soluciones normativas, pero no son la última razón”.

<sup>263</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2002), “La Cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa” en NAVARRO SALINAS, A. (Ed.lit.), *Derecho de Sociedades. Libro de homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen V, McGraw.Hill/Interamericana de España S.A.U, España, págs. 4573-4604, pág. 4576.

<sup>264</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2015), *Derecho de las Sociedades Cooperativas*, Editorial La Ley, Madrid, pág. 29. En el mismo sentido, CANO ORTEGA, C. (2015), “Una perspectiva actual del sexto principio cooperativo: Cooperación entre cooperativas”, *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa, Monográfico Principios y valores cooperativos*, núm. 27, págs. 1-47, págs. 3-4. [http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id\\_pagina=8&idRevista=30](http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id_pagina=8&idRevista=30)

<sup>265</sup> Sobre la integración cooperativa como principio y los mecanismos de integración, se puede revisar NAVARRO LÉRIDA, M.ª S. (2015), “La fusión de cooperativas: ¿el mejor mecanismo de integración?”, *Revista de Deusto Estudios Cooperativos, Editorial Universidad Deusto*, núm. 6 págs. 115-131. También se encuentra el trabajo de EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, págs. 57 y ss. Un análisis práctico muy interesante del fenómeno de integración puede verse en ALGUACIL MARÍ, P. (Dir), (2019), *Guía de procesos de integración de cooperativas agroalimentarias*, Ed. Coeoprativas Agroalimentarias de España, disponible en <http://www.agro-alimentarias.coop/ficheros/doc/06035.pdf>

<sup>266</sup> “Lo que no resultaría admisible sería la creación de un grupo por subordinación en el que tanto sociedad dominante como sociedad dominada fueran cooperativas dada la resistencia

doctrina de los *grupos cooperativos jerárquicos* que se ha planteado de manera reciente<sup>267</sup>.

## A. ANÁLISIS DE ALGUNOS PRINCIPIOS COOPERATIVOS DE LA ACI QUE TIENEN IMPORTANCIA PARA ENTENDER EL CONCEPTO DE *GRUPO COOPERATIVO*.

### 1. *El principio de intercooperación.*

La ACI define al principio de *intercooperación o de cooperación entre cooperativas* señalando que las cooperativas sirven a sus socios lo más eficazmente posible y fortalecen el movimiento cooperativo trabajando conjuntamente mediante estructuras locales, nacionales, regionales e internacionales. Según lo descrito, se colige que el citado principio nació por la preocupación por el progresivo crecimiento de la dimensión de las empresas con las que las cooperativas competían y responde a la búsqueda de ventajas que las relaciones entre la producción y el consumo podían aportarles<sup>268</sup>.

En ese sentido, el principio de *intercooperación* se considera como el elemento que vertebra y justifica los procesos de integración cooperativa<sup>269</sup>, el

---

que manifiesta la sociedad cooperativa a ser dominada o dirigida, en atención al principio de autonomía de gestión". ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.146.

<sup>267</sup> Vid, por todo el interesante trabajo de AGSTNER, P. (2017), *op. cit.* NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), "Los Grupos Cooperativos" *cit.*

<sup>268</sup> CANO ORTEGA, C. (2015), *op. cit.*, págs. 7-8.

<sup>269</sup> SÁNCHEZ PACHÓN, L.A. (2017), "Los acuerdos de intercooperación como mecanismo jurídico de integración de cooperativas", *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO. Monográfico*,

cual tiene como propósito último permitir la subsistencia de cooperativas de reducida dimensión que tendrían complicaciones para competir en el mercado actual de manera aislada<sup>270</sup>.

El principio de *intercooperación* plantea dos escenarios para su incidencia y desarrollo que son: la *intercooperación representativa* y la *intercooperación económica*<sup>271</sup>. La primera, también llamada *asociacionismo cooperativo*, se orienta a la defensa y representación de los intereses generales de las cooperativas y del cooperativismo, a través de la conformación de un movimiento organizado jurídicamente como las uniones, federaciones y confederaciones de cooperativas<sup>272</sup>; mientras que la segunda se traduce en la colaboración entre cooperativas con el propósito de potenciar su acción empresarial, estableciendo vínculos que según su grado de intensidad y duración se denominan como *intercooperación estrictamente económica e integración empresarial*<sup>273</sup>.

Aquella hace referencia a las formas de colaboración o de cooperación que no afectan la independencia económica ni la autonomía decisoria de quienes participan en ella, sino que promueve el trabajo conjunto de alguna

---

núm. 126, Ediciones Complutense, págs. 1-23, pág. 7.  
<http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/58616/52778>

<sup>270</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 212.

<sup>271</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2001), *op. cit.*, págs. 356-357.

<sup>272</sup> MORILLAS JARILLO, M. y FELIÚ REY, M. (2002), *Curso de Cooperativas*, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid, pág. 618.

<sup>273</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2001), *op. cit.*, pág. 357.

finalidad empresarial específica; mientras que la *integración empresarial* hace relación a otras formas que sí alteran el poder de decisión económica de las sociedades que se vinculan, configurando una nueva empresa con titularidad jurídica plural<sup>274</sup>.

Con base en la anterior clasificación, se deduce que existen diversas maneras de materializarse el principio cooperativo de *intercooperación*, las cuales están conformadas por una variedad de procesos, internos y externos, contractuales y societarios, que permiten a las sociedades cooperativas alcanzar de manera más eficaz sus objetivos<sup>275</sup>. Adicionalmente, tales procesos pueden traer como consecuencia el nacimiento de una *entidad* que personifique jurídicamente la integración, como es el caso de las *cooperativas de segundo grado*, que se analizarán luego<sup>276</sup>, o por el contrario que tal integración, más bien *intercooperación*, cristalice en una realidad económica de grupo, carente de personalidad jurídica, como son los *grupos cooperativos en sentido estricto*<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> *Ibidem*.

<sup>275</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2015), *op. cit.*, pág. 116, quien cita a SÁNCHEZ PACHÓN, L. (2011), “La integración y la cooperación intercooperativas en el marco del derecho de defensa de la competencia”, en *La aplicación privada del derecho del competencia*, AA.VV., Lex nova, págs. 937- 953. Sobre la integración cooperativa y sus efectos, leer EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 11.

<sup>276</sup> *Vid. Infra*, Capítulo II.B.1 *Las cooperativas de segundo grado como forma jurídica de grupo cooperativo*.

<sup>277</sup> *Vid. Infra*, Capítulo II.B.2 *Grupo Cooperativo en sentido estricto*.

Lo descrito se refleja en la LCoop., sin perjuicio de lo dispuesto en la normatividad autonómica<sup>278</sup>, toda vez que en ella se aborda, en términos amplios, la integración cooperativa<sup>279</sup> que se extiende en dos ámbitos diferentes: El primero mediante fórmulas de *intercooperación representativa* como las uniones, federaciones, confederaciones, entre otras (artículos 117 al 120); y el segundo a través de fórmulas de *intercooperación económica*: cooperativas de segundo grado; grupo cooperativo y otras formas de colaboración (artículos 77 al 79).

De otro lado, se asevera que el principio en mención se encuentra relacionado o articulado con otros principios cooperativos, como el de *autonomía de gestión*, el cual podría ejercer de límite en algunos casos de intercooperación, según la modalidad que se emplee, con el fin de evitar que las cooperativas pierdan la libertad de controlar su propio futuro cuando negocia acuerdos<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> A nivel autonómico se aprecia la promoción de la integración cooperativa en el art. 116.1 LCAND, art. 137 LCPV, art. 112 LCCV, art. 139.2 LCCAT, entre otras.

<sup>279</sup> “(...) la propia naturaleza de la empresa capitalista frente a la de la sociedad cooperativa nos lleva a hablar de concentración empresarial para la primera, con la finalidad básica que mueve a estas entidades: maximización de los beneficios; mientras que el término integración se refiere a la empresa cooperativa cuyos fines van más allá de los meramente económicos de maximización del beneficio, persiguiendo otros en los cuales priman términos como democracia o equidad frente a la eficiencia”. PUENTES POYATOS, R.; VELASCO GÁMEZ, M<sup>a</sup> DEL M.; VILAR HERNÁNDEZ, J. (2010), “Las Sociedades Cooperativas de Segundo Grado como Instrumento de Cooperación entre Cooperativas: Aspectos Económicos y Organizativos”. *Revista de Estudios Empresariales. Segunda época*, núm. 1, págs. 103-128, pág. 104.

<sup>280</sup> CANO ORTEGA, C. (2015), *op. cit.*, pág. 7.

En España, la tendencia de integración cooperativa se ha inclinado más a la constitución de grupos personificados o no<sup>281</sup> que al recurso dirigido a la modificación estructural por excelencia como es la fusión<sup>282</sup> en sus distintas modalidades<sup>283</sup>, regulada en el artículo 63 y siguientes de la LCoop, en donde las cooperativas alcanzan no solo la unión económica sino también jurídica, pues por medio de ella se produce la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades que intervienen en el proceso, o de todas salvo una, y, en virtud de ello, no es posible hacer mención de sociedades vinculadas sino de sociedad absorbente o de nueva creación<sup>284</sup>. Para los propósitos del presente trabajo, nos centraremos en los *grupos cooperativos* como expresión del principio de *intercooperación*.

---

<sup>281</sup> Vid. *Infra*, Capítulo II.B CLASIFICACIÓN DE GRUPOS COOPERATIVOS.

<sup>282</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2015), *op. cit.*, pág. 117. Además, señala que dentro de las razones por las cuales en la práctica no se acude a la fusión de las cooperativas es por la “(...) existencia cierta de dificultades “técnicas”” y por “(...) la pretendida “confrontación” de este mecanismo de integración con la propia naturaleza de las entidades mutualistas”. No obstante lo anterior, la autora hace la precisión del incremento de fusiones de cooperativas agrarias y del aumento en la constitución de Entidades Asociativas Prioritarias, en razón a la necesidad de alcanzar una dimensión adecuada para poder competir en el mercado, y para obtener una situación de preferencia en las ayudas y beneficios de los Programas de Desarrollo Rural, según lo dispuesto en la Ley 13/2013, de 2 de agosto, de fomento de la integración cooperativa y de otras entidades asociativas de carácter agroalimentario. Sobre la figura de las Entidades Asociativas Prioritarias puede verse en CANO ORTEGA, C. (2015), "Hacia la calificación como Entidad Asociativa Prioritaria: las diferentes formas de integración de las cooperativas agroalimentarias", *Revista de Estudios Cooperativos, REVERSCO. Monográfico*, núm. 118, Ediciones Complutense, <http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/49064/45762> y en VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, págs. 216-222. Sobre la fusión de cooperativas en el Derecho Español y Derecho Comparado revisar CANO ORTEGA, C. (2015), *La fusión de cooperativas*, Editorial Marcial Pons, Madrid.

<sup>283</sup> DEL REAL SÁNCHEZ-FLOR, J. M. (2013) “La dimensión como clave para la mejora de la competitividad”. *Mediterráneo Económico*, núm. 24, págs. 321-344, pág. 327 enuncia las siguientes posibilidades de fusión de cooperativas: fusión por creación de una nueva cooperativa; fusión por absorción; fusiones especiales entre cooperativas y otros tipos societarios.

<sup>284</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2001), *op. cit.*, pág. 357.

## 2. *Los principios de autonomía de gestión y democracia cooperativa.*

De manera preliminar, se podría afirmar que los elementos constitutivos del *grupo cooperativo*, en línea con lo visto líneas antes, y relativos al *control efectivo* y el *poder de dirección unitaria*, serían excluyentes con respecto a los principios cooperativos de *autonomía de gestión y democracia cooperativa*, sin embargo ello no es así.

Para comprender lo anterior, se debe partir de la definición y la conceptualización que ha realizado la ACI de los citados principios cooperativos. En ese sentido, la ACI establece que el principio de *autogestión* o de *autonomía de gestión* hace referencia a que las cooperativas son organizaciones autónomas de autoayuda, cuyo gobierno y gestión está en cabeza de sus socios. Ahora, en el evento en que la cooperativa llegue a efectuar acuerdos con otras organizaciones, incluidos los gobiernos, o si consiguen capital de fuentes externas, se debe salvaguardar la *autonomía cooperativa* y el *control democrático por parte de sus socios*.

De otro lado, la ACI establece que el principio de *democracia cooperativa* consiste en que las cooperativas son organizaciones gestionadas democráticamente por los socios, los cuales participan activamente en la fijación de sus políticas y en la toma de decisiones. Adicionalmente, señala que en las cooperativas de primer grado los socios tienen iguales derechos de voto y las cooperativas de otros grados también están organizadas de manera democrática.

Lo descrito se traduce en la expresión de *un socio un voto*, que significa que tal derecho político no se ejerce en función del capital social del que es titular, como sucede en las sociedades de capital. Sin embargo, existen posturas que afirman que el principio objeto de análisis no ha sido ajeno a la influencia de la economía capitalista, pues la normatividad de cooperativas ha admitido en ciertos eventos el voto plural<sup>285</sup> o que contemplen tipos de cooperativas, como la mixta, donde los votos de ciertos socios en una asamblea general se determine de forma exclusiva o preferente en función del capital aportado<sup>286</sup>.

No obstante lo anterior y atendiendo que el presente trabajo parte de la naturaleza del *grupo cooperativo* como especie del *grupo por coordinación*, se

---

<sup>285</sup> VARGAS VASSEROT, C. (2006), *op. cit.*, págs. 75 y 79.

<sup>286</sup> En ese sentido, el artículo 26 de la LCoop. abre la posibilidad que los estatutos de las cooperativas prevean el voto plural, es decir que un socio tenga más de un voto en la asamblea general, en el evento que los socios sean a su vez cooperativas, sociedades controladas por éstas o entidades públicas; cuando los socios sean personas físicas en ciertos tipos de cooperativas de primer grado; para las cooperativas de segundo grado; entre otros eventos y en todos ellos con limitaciones que establece la citada norma. Con base en lo expuesto, existen planteamientos que señalan que los citados principios no excluyen la posibilidad de la configuración del *control efectivo* por parte de la cooperativa cabeza del *grupo cooperativo*, pues ninguno de ellos impide que dicha entidad acuda al voto plural en la asamblea y a la sindicación, en razón a que la *autogestión* no restringe que un solo socio tenga, al amparo de un sistema de voto plural, la mayoría de votos en la asamblea general, y con ello controle la sociedad cooperativa, toda vez que se están respetando los dos límites del principio como la existencia del *control democrático por parte de los socios* y la *autonomía cooperativa*; y porque la *democracia cooperativa*, reflejada en medidas normativas y estatutarias de participación de los miembros en los órganos, no se limita en el voto por cabezas o unitario, pues dicho principio se articula con el elemento tipológico de la participación orgánica. Al respecto, se afirma que “La autonomía se ha venido a entender desde dos puntos de vista: a) Como situación de no dependencia de la entidad cooperativa respecto del aparato administrativo, proclamando, en consecuencia, el no intervencionismo del Estado y de los poderes públicos en la vida de la cooperativa. b) Como capacidad de dotarse del marco estatutario que estime conveniente para el cumplimiento de sus fines, ejerciendo sus órganos el gobierno y la gestión de la entidad con base en el principio democrático”. ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs. 167-168. En el mismo sentido, SANTOS DOMÍNGUEZ, M. A. (2014), “Las situaciones de control en la sociedad cooperativa”, *RDM*, núm. 293, págs. 199-268.

adopta la tesis generalmente aceptada del voto por cabeza y que ninguna sociedad está dominada por otra en el *grupo cooperativo*, pues la propia naturaleza *democrática* de la cooperativa lo impide.

Ahora, es fundamental precisar que el ejercicio de la *dirección unitaria* o de *unidad de decisión* no suprime a los principios cooperativos de *autonomía de gestión y democracia cooperativa*, toda vez que en ningún evento la integración cooperativa puede ocasionar que se imponga una sustitución o restricción total de autogobierno de cada uno de sus miembros, por ende, el ejercicio de los mencionados elementos esenciales del *grupo cooperativo* debe dejar a salvo la independencia de las cooperativas<sup>287</sup>.

Además, el ejercicio de la *dirección unitaria* o de *unidad de decisión* se articula en el propio documento contractual, que se verá reflejado en los Estatutos de las cooperativas vinculadas al grupo, debiendo procederse a la anotación del acuerdo - de competencia asamblearia- en la hoja registral de cada sociedad integrada<sup>288</sup>, según se verá.

Teniendo en cuenta lo precedente, se deduce que el ejercicio de la *dirección unitaria* en el derecho cooperativo se limita a las facultades cedidas por las cooperativas agrupadas en el *contrato de grupo cooperativo*<sup>289</sup> y lo importante es que las sociedades integradas acepten los lineamientos

---

<sup>287</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs.168-169.

<sup>288</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2015), *op. cit.*, pág. 120.

<sup>289</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág. 230.

derivados de dicha *dirección unitaria*, gracias a la participación igualitaria en la conformación de tal elemento, el carácter vinculante de las decisiones y la ordenación permanente de tal dirección<sup>290</sup>.

Sumado a lo descrito, cabe resaltar que el ejercicio del *poder de la dirección unitaria* en los *grupos cooperativos*, no es omnímodo sino que es limitado por la ley, el *contrato de grupo*, los estatutos, la competencia de los órganos de administración, los intereses del grupo, entre otros.

Adicionalmente, el cumplimiento de los *intereses de grupo* no impide que cada una de las cooperativas continúe desarrollando de manera autónoma su objeto social en aquello que no se encuentre dentro del compromiso de participación en el grupo.

En virtud de lo anterior, se concluye que en los *grupos cooperativos* sólo resultarían viables aquellas técnicas contractuales que comprometan a sus integrantes a actuar de acuerdo a los lineamientos previamente concertados, es decir, la sumisión a la dirección unitaria es el resultado de una decisión plural<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> *Ibidem*, págs. 231-232.

<sup>291</sup> *Ibidem*, pág. 146 y 170.

## B. CLASIFICACIÓN DE *GRUPOS COOPERATIVOS*.

La conformación de *grupos cooperativos* admite diversas modalidades según el grado de integración entre ellas y la forma que se organiza la dirección unitaria. En ese sentido, existen las *cooperativas en segundo grado* y los *grupos cooperativos en sentido estricto*<sup>292</sup>.

Por ahora, es importante aclarar que la situación de la *cooperativa de segundo grado* como *grupo por coordinación* es diferente al supuesto del *grupo cooperativo en sentido estricto* porque este último se caracteriza por ser despersonificado y se estructura como grupo por coordinación de orden externo y organización separada de la entidad que actúa como sociedad órgano y las cooperativas del grupo, es decir, la *cooperativa de segundo grado* es una sociedad de las empresas agrupadas donde se forma la voluntad del grupo a través de la cooperación de todas las entidades agrupadas<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> Se hace la precisión que la clasificación descrita no es tan exacta desde la práctica empresarial, toda vez que en ocasiones se estructuran integraciones en donde no existe claridad del tipo de vinculación que surge entre los miembros del *grupo cooperativo*, es decir, no existe formalmente un contrato de grupo, lo cual genera serios inconvenientes al momento de precisar la imputación de responsabilidad por los daños ocasionados a alguno(s) de quienes se vincularon de facto en tal integración empresarial. Como ejemplo de la disonancia entre la clasificación de grupos cooperativos y la práctica empresarial está el caso de Fagor Electrodomésticos, S.Coop. con respecto al Grupo Mondragón Corporación Cooperativa (MCC), en donde no hay suficiente claridad frente al tipo de vinculación que existe entre ellas, circunstancia que ha generado debates doctrinales, pues la respuesta a ello determinará el posible arrastre del concurso de Fagor al Grupo Mondragón y las sociedades en él integradas. Al respecto, la profesora Sagrario Navarro Lérida expuso tal problemática el 5 de febrero de 2014 con el escrito titulado Sobre el Concepto de "Grupo de Sociedades" y su aplicación en el ámbito del Concurso de "FAGOR Electrodomésticos, S.Coop." en el blog del profesor Francisco José Martínez Segovia denominado "Cooperativas y otras formas de empresa. Impresiones de un jurista" que se ubica en la página web <http://impresionesdeunjurista.blogspot.com.es/2014/02/sobre-el-concepto-de-grupo-de.html>

<sup>293</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), "Los grupos en el ordenamiento jurídico" en JULIA, F.L.; BAREA, J. y MONZÓN, J. L., *Grupos empresariales de la economía social en España*, Editorial CIRIEC, España, Págs. 99-195, pág. 114.

A continuación se aborda las aludidas tipologías de grupo cooperativo, aclarando que el estudio de las *cooperativas de segundo grado* no se constituye como aspecto central del presente trabajo, sin embargo, resulta necesario abordar sus aspectos esenciales a efectos de su distinción frente a los *grupos cooperativos en sentido estricto*.

1. *Las cooperativas de segundo grado como forma jurídica de grupo cooperativo.*

Las *cooperativas de segundo grado* son una especie de *grupo por coordinación de carácter externo y personificado*<sup>294</sup>, en donde confluyen los tres elementos normativos ya estudiados como la *pluralidad subjetiva*, el *poder de dirección unitaria* y el *control efectivo*, aclarando que este último, a diferencia de las *presunciones* señaladas en el artículo 42 del CComE, se caracteriza por ser *pactado, contractual* y no orgánico<sup>295</sup>.

Esta modalidad de integración cooperativa se encuentra regulada en el artículo 77 de la LCoop, el cual las concibe como un instrumento para que las cooperativas integrantes, y en su caso otros socios, puedan desarrollar en

---

<sup>294</sup> Cuando existe integración del grupo en la sociedad órgano se aprecian los siguientes aspectos: se estructura un único contrato en el cual se determina la conexión entre los integrantes del grupo y la de éstos con la sociedad órgano y el contrato de grupo se incorpora a los estatutos de la sociedad órgano y obliga a las cooperativas agregadas en su condición de socias de esta última. Al respecto, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.191.

<sup>295</sup> "(...) la cooperativa de segundo grado es fruto de la autorregulación por la entidades (y empresarios) que la componen". MORILLAS JARILLO, M. y FELIÚ REY, M. (2002), *op. cit.*, pág. 621.

común una actividad económica de modo cooperativizado<sup>296</sup>, al establecer que ellas “[t]ienen por objeto promover, coordinar y desarrollar fines económicos comunes de sus socios, y reforzar e integrar la actividad económica de los mismos”.

A partir de la lectura de la citada normatividad, se infiere que las *cooperativas de segundo grado* suponen la creación de un ente jurídico diverso a los existentes, es decir, se funda una sociedad o sujeto de segundo grado<sup>297</sup>, derivándose unas relaciones entre dicha sociedad y sus fundadores en el proceso de actuación del grupo, cuyo funcionamiento queda reglamentado por sus estatutos, cuyo contenido puede contemplar normas diferentes a las señaladas en los estatutos de las cooperativas socias.

Según lo dispuesto en el artículo 7.1 del RRSC, la personalidad de la *cooperativa de segundo grado* nace a través de la inscripción registral, previa solicitud acompañada de una copia autorizada y una copia simple de la correspondiente escritura pública de constitución de la *cooperativa de segundo grado*.

De otro lado, frente a la calidad de los socios que la componen, si bien es cierto el numeral 1 del artículo 77 de la LCoop señala que debe existir al

---

<sup>296</sup> AIZEGA ZUBILLAGA, J. M. Y VALIÑANI GONZÁLEZ, E. (2003), “Las cooperativas de segundo grado, grupo cooperativo y otras formas de colaboración económica”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 79, Ediciones Complutense, págs. 7-33, pág. 9.

<sup>297</sup> *Ibidem*, pág. 9. En contra EMBID IRUJO, J. M. (2000), *op. cit.*, pág. 65., quien considera que a esta modalidad de integración cooperativa no se le concede el atributo de la personalidad jurídica, pues la sociedad de segundo grado que se conforma es una mera proyección del estado de integración empresarial alcanzado.

menos dos cooperativas, también permite que formen parte de la misma otros tipos de personas, aunque con ciertos límites de orden legal<sup>298</sup> o estatutario<sup>299</sup> y la convergencia de intereses de los asociados<sup>300</sup>. En este sentido, la LCoop permite que sean socios cualquier persona física, jurídica o empresario individual<sup>301</sup> hasta un máximo del 45 por ciento del total de los socios de la *cooperativa de segundo grado*<sup>302</sup>, permitiendo que se tenga una composición social heterogénea y mayor que otras formas jurídicas de cooperación como los *grupos cooperativos en sentido estricto*, pues en el artículo 78 de la LCoop

---

<sup>298</sup> Sobre la conformación de la cooperativa de segundo grado encontramos el artículo 129 LCPV, el artículo 138 LCCAT, el artículo 124.1 LCCM, el artículo 154 LCCLM, entre otras disposiciones autonómicas. Por su parte, el artículo 108.2 LCAND hace la distinción entre cooperativas de segundo grado homogéneas y heterogéneas. Las primeras constituidas con cooperativas – además pueden existir socios de trabajo, SAT y empresarios individuales -. Las últimas podrán también ser socios las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, sociedades civiles y comunidades de bienes, sin perjuicio de las cooperativas. Aunado lo descrito se señala que existe la superación del tradicional diseño endogámico, según el cual sólo las cooperativas y SAT podían constituir una entidad de este carácter de grado o nivel superior, pues actualmente todas las leyes cooperativas españolas admiten bajo ciertas restricciones que pueden ser miembros de las cooperativas de segundo grado otros sujetos, aunque entre ellas difieren en la extensión de la heterogeneidad subjetiva de este reconocimiento. VARGAS VASSEROT, C., (2019), “Cooperativas de Segundo Grado”, en ALGUACIL MARÍ, P. (Dir) (2019), *op. cit.*, pág. 59 y ss.

<sup>299</sup> La posible pertenencia de las entidades no cooperativas y, en su caso, de los empresarios individuales puede ser prohibida por los estatutos. Dicha limitación se aprecia en determinadas leyes autonómicas como el artículo 124.1 LCCM, el artículo 129.1 LCPV, entre otras.

<sup>300</sup> Frente a la convergencia de intereses de los miembros de la cooperativa de segundo grado, se refiere de manera expresa el artículo 124.1 LCCM, el artículo 129.1 LCPV, entre otros.

<sup>301</sup> Sobre la posibilidad de la presencia empresarios individuales en calidad de miembros de las cooperativas de segundo grado en las leyes autonómicas el artículo 124.1 LCCM y el artículo 108.2 LCAND.

<sup>302</sup> En el artículo 129.1 LCPV, en el artículo 138 LCCAT y en el artículo 108.2 LCAND se establece que el conjunto de las personas jurídicas de naturaleza no cooperativa no podrá poseer más de la mitad del total de los votos de la cooperativa de segundo grado, sin perjuicio de que los estatutos puedan establecer un límite inferior. En el artículo 124.1 LCCM el límite no podrá superar el 30 por cien del total de votos.

se consagra que sólo la entidad cabeza de grupo puede ser de naturaleza jurídica diferente a la cooperativa<sup>303</sup>.

Ahora, frente al marco normativo de la *cooperativa de segundo grado* se asevera que ésta posee en líneas generales las mismas características que las sociedades cooperativas de base, en razón a que la LCoop establece que para todo lo no regulado expresamente para las citadas cooperativas se regirán por la *regulación de carácter general* establecida en la LCoop en todo aquello que resulte de aplicación<sup>304</sup>. Al respecto, es importante precisar que la *regulación de carácter general* que se ha mencionado no hace referencia exclusivamente a las *disposiciones generales* de la LCoop, sino a todas las normas de carácter general<sup>305</sup>.

Por otra parte, el artículo 77 de la LCoop establece de manera *amplia* el objeto que debe tener la *cooperativa de segundo grado*, lo cual permite hacer una interpretación razonable en donde se establezca que el sujeto de segundo grado podrá cumplir alguna de las funciones que ha señalado la doctrina como *cooperativa*, si este se conforma para ejercer una actividad que facilite las necesidades socio-económicas de sus miembros; *consorcial*, cuando la *cooperativa de segundo grado* no pueda desarrollar una actividad empresarial propia, mientras que los demás integrantes realizan la misma actividad

---

<sup>303</sup> ARGUDO PÉRIZ, J.L. (2007): “La multifuncionalidad de las instituciones jurídicas asociativas agrarias en las políticas de desarrollo rural y regional”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 92, Ediciones Complutense, págs. 11-40, pág. 18.

<sup>304</sup> PUENTES POYATOS, R.; VELASCO GÁMEZ, M<sup>a</sup> DEL M.; VILAR HERNÁNDEZ, J. (2010), *op. cit.*, pág. 106.

<sup>305</sup> AIZEGA ZUBILLAGA, J. M. Y VALIÑANI GONZÁLEZ, E. (2003), *op. cit.*, pág. 10.

económica con la intención de disciplinarla; y/o adoptar la vestidura jurídica de *grupo por coordinación*, cuando los socios en el marco de su independencia jurídica disciplinan el ejercicio de una dirección unitaria y plural<sup>306</sup>.

En ese orden de ideas, dependiendo del objeto social que se establezca para la *cooperativa de segundo grado*, se podrá fijar si ésta tiene como finalidad constituirse en un instrumento de colaboración entre sociedades cooperativas o como un instrumento de integración empresarial. En el primer caso nos referimos al ente de segundo grado que asume el rol de la sociedad cooperativa propiamente dicha y en el segundo evento a la *cooperativa de segundo grado* como un *grupo cooperativo paritario*<sup>307</sup>, en el cual, se insiste, se persigue un *interés de grupo* y se da la *dirección unitaria* derivada del contrato de cooperativa de segundo grado. En otros términos, la *cooperativa de segundo grado* se caracteriza por su versatilidad o amplitud funcional<sup>308</sup>, pues puede ser una simple sociedad cooperativa que sirva de vestidura jurídica a un *grupo cooperativo* en el que destaca su alto nivel de integración<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2006), "Grupos y alianzas de sociedades: Especial referencia al grupo cooperativo y a la cooperativa de segundo grado" en VARGAS VASSEROT, C. Y PULGAR EZQUERRA, J. (Coord.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, Dykinson, España, págs. 727-780, pág. 753 y ss. En el mismo sentido, ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1006.

<sup>307</sup> PUENTES POYATOS, R.; VELASCO GÁMEZ, M<sup>a</sup> DEL M.; ANTEQUERA SOLIS, J. M. (2007), *op. cit.*, pág. 106.

<sup>308</sup> "La regulación actual de las [*cooperativas de segundo grado*] en nuestras leyes cooperativas se caracteriza por la amplitud funcional, por lo que la colaboración empresarial podrá ser tan intensa como admitan las entidades que las integran, aunque sin llegar a anular o prescindir de la fisonomía de cada miembro agrupado". VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 229.

<sup>309</sup> "La cooperativa de segundo grado puede cumplir una finalidad múltiple; cooperativa, consorcial o de grupo. (...) La flexibilidad de régimen jurídico que se prevé para la cooperativa de segundo grado permite un amplio margen a la autonomía de la voluntad en orden a constituir la como sociedad órgano de un grupo paritario, cobrando así gran relevancia los

En todo caso, es importante resaltar que los estatutos son considerados por los socios como el instrumento que permiten adaptar a su voluntad<sup>310</sup> la estructura de la *cooperativa de segundo grado* a la particular finalidad de integración, es decir, como cooperativa, consorcial o de grupo<sup>311</sup>; y permiten determinar las facultades conferidas a los órganos de gobierno<sup>312</sup>.

Complementando lo descrito, conforme el numeral 6 del artículo 77 de la L.Coop, las previsiones estatutarias integran el régimen normativo de la *cooperativa de segundo grado*, en el supuesto que la regulación de carácter general no sea aplicable, aclarando que aquellas deben respetar la ley y los principios configuradores de la forma societaria cooperativa<sup>313</sup>.

Para el cumplimiento de los propósitos de la investigación, resulta necesario exponer algunas precisiones con respecto al supuesto en que la *cooperativa de segundo grado* se utilice como vestidura jurídica idónea para desarrollar el interés de un grupo horizontal.

---

estatutos en los que se integra el contrato de grupo”. ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs. 560-561.

<sup>310</sup> “Queda reservada a la autonomía de la voluntad, consignada en los estatutos, la determinación concreta del modo de vinculación querido, sí como su grado de intensidad, en el marco de la amplia configuración del fin social establecida por el legislador”. EMBID IRUJO, J. M. (1998), “La integración cooperativa y su tratamiento en la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi”, en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol I, Universidad de Valladolid, Valladolid, págs. 223-231, pág. 227.

<sup>311</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2006), *op. cit.*, pág. 753 y ss.

<sup>312</sup> MORILLAS JARILLO, M. y FELIÚ REY, M. (2002), *op. cit.*, pág. 621.

<sup>313</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 238.

Dentro de los aspectos relevantes que se pueden verificar en esta modalidad de *cooperativa de segundo grado*, en lo relativo a su organización y funcionamiento, está la incorporación a los estatutos de la *cooperativa de segundo grado del contrato de grupo*, en el que se regulan los derechos y obligaciones de las cooperativas agregadas; la existencia de un único contrato de sociedad (el de constitución de la cooperativa de segundo grado) en el cual se estipula la conexión entre los miembros del grupo y la sociedad órgano del mismo; la legitimación de la *cooperativa de segundo grado* en el ejercicio de la *dirección unitaria*, cuando los demás miembros de forma concertada precisaron su objeto social y delimitaron las actividades que se comprometieron para cumplir los fines económicos comunes; el respeto a la independencia económica y autonomía de las cooperativas que se integran; la participación de las entidades de base en el capital social del ente de segundo grado, dentro de los límites legales<sup>314</sup>, entre otras características<sup>315</sup>.

De los aspectos enunciados en el párrafo precedente, el primordial para entender la *cooperativa de segundo grado* como supuesto de *grupo cooperativo*, está en que aquella lleve e cabo una política común, persiguiendo un *interés de grupo* a través de una *dirección unitaria* en el marco del *contrato de grupo*.

---

<sup>314</sup> El numeral 1 del artículo 77 de la LC señala que “Salvo en el caso de sociedades conjuntas de estructura paritaria, ningún socio de estas cooperativas podrá tener más del 30 por 100 del capital social de la misma”.

<sup>315</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs. 427-428.

Además, las citadas características de la descrita modalidad de *cooperativa de segundo grado* no contradicen el espíritu de los principios cooperativos de *autonomía de gestión y democracia cooperativa*<sup>316</sup>, por el contrario, se constata que se respetan<sup>317</sup>. Sumado a ello, el carácter *cooperativo* que se pretende para la entidad tampoco resulta afectado en aquellos eventos donde es posible la presencia de sujetos no cooperativas, toda vez que el control está en cabeza exclusiva de sociedades cooperativas<sup>318</sup>.

Aunado a lo expuesto, se aprecia el marcado carácter contractual, en contraposición al régimen legal estricto de las cooperativas de primer grado, toda vez que se refleja el reconocimiento a la libertad contractual<sup>319</sup> que tienen los interesados para adaptar la estructura, constitución y funcionamiento de la *cooperativa de segundo grado* como sociedad órgano a las particularidades de la integración<sup>320</sup>.

---

<sup>316</sup> Vid. *Supra*, Capítulo II.A.2 Los principios de autonomía de gestión y democracia cooperativa.

<sup>317</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág. 427.

<sup>318</sup> *Ibídem*, pág. 428.

<sup>319</sup> "(...), el legislador español ha reconocido la libertad contractual, tan necesaria para lograr una adaptación a las circunstancias cambiantes de la economía, siempre con el respeto a principios que se encuentran por encima de los intereses y voluntades de los particulares". DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 114.

<sup>320</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág. 428.

## 2. El Grupo cooperativo en sentido estricto.

Esta tipología de grupo cooperativo ha sido acogida en la práctica empresarial en España<sup>321</sup> y atendiendo su importancia en la realidad económica, el legislador reguló el *grupo cooperativo en sentido estricto* en el artículo 78 de la LCoop, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes autonómicas<sup>322</sup>, lo cual ocasionó la ruptura de la relación casi necesaria que sostenía aquella con la *cooperativa de segundo grado*, pues antes de la vigencia de la citada Ley, esta última tipología era el instrumento más empleado para constituir el *grupo cooperativo*<sup>323</sup>.

---

<sup>321</sup> Es una realidad que los *grupos cooperativos* ostentan un papel muy importante en la economía de España, incluso teniendo ventaja frente a otras formas de integración cooperativa, como la fusión, en razón a la flexibilidad que carece la sociedad absorbente o la nueva sociedad resultante y por la mayor estabilidad de gestión empresarial que ofrece el *grupo*. DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 109.

<sup>322</sup> Un análisis de la legislación autonómica puede verse en VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 226. Nota 38, quienes indican que “[p]rácticamente repiten el mismo régimen que la L.Coop, la LCPV (art. 135 bis), la LCCV (art. 103), la LCMUR (art. 134), la LCIB (art. 142), y la LFCN (art. 82). La LCCL es la única de las leyes cooperativas que no menciona siquiera a los grupos cooperativos en su articulado, por lo que será de aplicación subsidiaria lo establecido en la Ley estatal. Lo mismo ocurre respecto a las leyes que sólo mencionan la posibilidad de constituir grupos cooperativos pero luego no los regulan [art. 131 LCG, art. 91 LCAR, art. 134 LCCLM; aplicación de la legislación estatal que expresamente reconocen el art. 129, letra a) y art. 131 LCLR]. La LCCAT, como advertimos anteriormente, actualmente ya no regula, como sí hacía la precedente, los grupos cooperativos. La norma más original en la regulación de los grupos cooperativos en nuestro ordenamiento – antes era la LCCAT –, es la LCAND que admite que los grupos cooperativos tengan una composición heterogénea, diferenciando entre grupo cooperativo propio que es aquel en el que existe una sociedad cabeza de grupo que puede ser o no una cooperativa, pero en este segundo caso, la mayoría de los miembros del grupo han de ser cooperativas; y grupo cooperativo impropio que deberá estar formado en su mayoría por cooperativas, y se articula en un plano de igualdad funcionando sobre la base de un principio de coordinación (art. 109)”. Adicionalmente, otra novedad en el régimen de grupos cooperativos lo encontramos en la LCEX (art. 135) pues la misma reconoce los grupos mixtos y adopta la doctrina de ventajas compensatorias en el ámbito de la responsabilidad *intragrupo*, al respecto ver NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P (Dir), *op. cit.*, págs. 158 y ss., trabajo en el que puede encontrarse un interesante esquema con un análisis comparativo de las distintas legislaciones.

<sup>323</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 112.

En ese sentido, la LCoop a efectos de la definición de *grupo cooperativo en sentido estricto* no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 42 del CComE, ni lo señalado en el artículo 4 de la LMV, sino que consagró en su artículo 78 una definición general entendiéndolo como un conjunto o agrupación de entidades perfectamente diferenciables unas de otras pero meritoria de un tratamiento unitario, como un todo, sin que ello conlleve a la imposición de una sustitución o privación total de la capacidad de autogobierno de cada uno de sus integrantes<sup>324</sup> y tampoco conlleva al surgimiento de un sujeto o persona jurídica, sin embargo, tal norma no estipuló explícitamente el tipo de grupo cooperativo que se forma al amparo de sus normas, ni tampoco cualifica el procedimiento y las facultades de dirección que están atribuidas a la cabeza del grupo<sup>325</sup>.

Con base en lo expuesto, se colige que el citado artículo dejó en claro de manera implícita que en los *grupos cooperativos en sentido estricto* es inexistente el lazo de subordinación de las sociedades agrupadas a la cabeza de grupo<sup>326</sup>, en consecuencia, la independencia de cada uno de sus integrantes resulta sustancial que debe perdurar durante toda la vigencia de la

---

<sup>324</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.168.

<sup>325</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, págs. 115-116.

<sup>326</sup> En contra AIZEGA ZUBILLAGA, J. M. Y VALIÑANI GONZÁLEZ, E. (2003), *op. cit.*, pág. 20 y ss, porque consideran que se pueden utilizar diversas formas contractuales de dominio por parte de una cooperativa respecto de otras.

situación grupal<sup>327</sup>, en respeto a los principios cooperativos de *autonomía de gestión y democracia cooperativa*<sup>328</sup>.

Por lo tanto, el real alcance de la distinción formal que hace el artículo 78 de la LCoop entre *entidad cabeza de grupo y cooperativas agrupadas* no hace referencia a un vínculo de subordinación, sino que describe la función de *instrumentalidad* de una entidad a la que se le faculta el poder de emitir instrucciones de obligado cumplimiento, pero que se debieron tomar mediante la cooperación de todos los miembros del grupo<sup>329</sup>.

Sumado a lo descrito, el artículo 78 de la LCoop es la única norma que incorpora el término *instrucción* con referencia a los grupos de sociedades, al mencionar en su apartado segundo a las *“instrucciones de obligado cumplimiento”*, en consecuencia, podemos deducir con claridad que el legislador observa la instrucción como el vehículo idóneo de materialización de la dirección unitaria<sup>330</sup>.

Ahora, frente a la obligatoriedad de las instrucciones de grupo, es importante resaltar que ella deriva de la legitimidad del *interés de grupo*<sup>331</sup>, que

---

<sup>327</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, págs. 117-118.

<sup>328</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.A.2 Los principios de autonomía de gestión y democracia cooperativa.*

<sup>329</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 117.

<sup>330</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 337.

<sup>331</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.B ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL. VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), op. cit., pág. 224*

reúne los intereses de las cooperativas que lo integran<sup>332</sup>; y su cumplimiento no impide que cada uno de sus integrantes pueda seguir desarrollando de manera autónoma su objeto social, en aquello que no está vinculado dentro del compromiso de participación en el grupo plasmado en el *contrato de grupo* y asumido en los estatutos de las cooperativas socias<sup>333</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, se aclara que a nivel autonómico, el artículo 135 bis de la LCPV prevé la exoneración de una o varias de las sociedades del grupo del cumplimiento de alguna de las instrucciones emanadas de la *cappogruppo* en el evento en que alguna(s) de ellas haya(n) sido expresamente exoneradas del sometimiento a determinadas normas o compromisos generales asumidos ante el grupo.

Según lo precedente, se concluye que en el ámbito del *grupo cooperativo en sentido estricto* se busca armonizar el *principio de autonomía de gestión y estatutaria*, que se encuentra presente en cada una de las cooperativas que lo integran, con el ejercicio del *poder de dirección unitaria o unidad de decisión* sobre las mismas<sup>334</sup>.

Por otro lado, es importante destacar que la LCoop menciona de manera expresa el elemento esencial del *poder de dirección unitaria o unidad de decisión*, a diferencia del artículo 42 del CComE, el cual se centró en el

---

<sup>332</sup> Ibídem, pág. 228.

<sup>333</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.168.

<sup>334</sup> Ibídem, pág.167.

elemento de *control efectivo*, por las razones ya explicadas<sup>335</sup>, el cual no hace referencia a un único poder de decisión, sino al *resultado del ejercicio de este poder* que se cataloga como núcleo de la integración de todas las entidades agrupadas en una unidad de dirección<sup>336</sup>.

De otra parte, el artículo 78 de la LCoop plantea que los miembros del grupo habrán de ser sociedades cooperativas, sin embargo existe la discusión referente a la calidad o naturaleza que puede ostentar la entidad cabeza de grupo. Al respecto, se asevera de una parte que la disposición normativa abre la posibilidad de que la entidad cabeza de grupo sea diferente a una cooperativa<sup>337</sup>; y por la otra, se señala que la citada norma indica que la entidad cabeza de grupo solo puede ser una cooperativa, pues trata de prever la inclusión en los estatutos de la cooperativa las normas que se refieren a los compromisos que nacen de la constitución del grupo o de su funcionamiento, con el fin de permitir de que tales compromisos figuren en los estatutos o en “otro documento contractual”, pero referidos ambos a sociedades cooperativas<sup>338</sup>.

Ahora bien, por más que exista la polémica de establecer la naturaleza jurídica que puede tener la entidad cabeza del *grupo cooperativo*, no se puede cerrar la posibilidad de que el aludido grupo se constituya con la presencia de

---

<sup>335</sup> Vid. *Supra*, Capítulo I.C.1 *Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales*.

<sup>336</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 117.

<sup>337</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 227.

<sup>338</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, págs. 118-119.

entidades de diversa índole<sup>339</sup>, es decir, no con la presencia exclusiva de cooperativas, aspecto que hace emerger una tipología de *grupo cooperativo heterogéneo*, dentro del cual surgen problemáticas relacionadas con la fuente de dirección unitaria y coordinación como la compatibilidad de esta estructura con la naturaleza mutualista de las cooperativas que integran el *grupo*, en el supuesto que la sociedad cabeza no sea cooperativa; o que la cuestión se plantee frente a la posibilidad de entender la participación de la sociedad cooperativa cabeza de grupo en las sociedades de capital dependientes, como una relación de instrumentalidad o de *acto de gestión indirecta* respecto al fin mutualista de la cooperativa, en el evento en que el *cappgrupo* sea una cooperativa pero uno de los integrantes tenga una calidad diferente<sup>340</sup>.

El escenario descrito obliga a realizar una reformulación de la categoría cardinal del fenómeno cooperativo, o mejor, de la mutualidad, dando paso a los llamados *grupos cooperativos jerárquicos*, el cual traería consigo el riesgo del desconocimiento de ciertos principios esenciales del cooperativismo (como la puerta abierta, la igualdad de trato, etc.) o que pudiera conducir a situaciones

---

<sup>339</sup> Con respecto a la multiplicidad de maneras en que se puede conformar el grupo cooperativo, los profesores Navarro y Muñoz señalan que “Partiendo de la LCoop, y del conjunto de normas autonómicas podríamos resumir que hay diferentes manifestaciones del grupo cooperativo, así, entre otras, grupo configurado con una cabecera en forma de cooperativa de segundo grado (grupo por fenómeno asociativo. Así las legislaciones autonómicas de Cataluña o Galicia); grupos cooperativos ex art. 78 Lcoop y leyes autonómicas que replican la norma (grupo contractual paritario); grupo ex art. 78 heterogéneo (en el que pueden darse manifestación de grupo por dominación en la medida en que pueden participar sociedades de capital o incluso de situaciones de control conjunto), o por fin situaciones grupales que quedan encajadas en un cajón de sastre genérico de “colaboración económica “ o de “intercooperación” (Leyes de Aragón, Castilla y León, Castilla la Mancha o la Rioja)”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, *cit.* pág. 168.

<sup>340</sup> Vid, por todo el interesante trabajo de AGSTNER, P. (2017), *op. cit.*

de abuso, a través, por ejemplo, de la acumulación del patrimonio cooperativo en las sociedades dominadas del grupo<sup>341</sup>.

Ahora bien, por más que las ideas expuestas puedan resultar interesantes y merecedoras de un análisis más profundo, que excede de lo permitido en estas líneas, me permito hacer la precisión que el presente trabajo se centra en los *grupos cooperativos en sentido estricto* y de conformación exclusiva por cooperativas.

### C. FASES DE CREACIÓN DEL GRUPO COOPERATIVO EN SENTIDO ERICTO.

En la constitución del *grupo cooperativo en sentido estricto*, resulta pertinente distinguir la existencia de tres fases que son la preliminar, decisoria y de ejecución<sup>342</sup>.

Para comprender tales fases, se debe conocer la estructura corporativa que tiene las sociedades cooperativas, conformada por una pluralidad de órganos, cuyas funciones y competencias se determinan por la ley, con

---

<sup>341</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2018), “El Complejo Significado Jurídico del Grupo Cooperativo”, En: Commenda. [en línea]. Madrid. 1 de agosto de 2018. Rincón de Commenda. Recuperado el 22 de diciembre de 2018 en la página Web <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/el-complejo-significado-juridico-del-grupo-cooperativo/>.

<sup>342</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.195. Se hace la precisión que tales fases de conformación del grupo cooperativo también son aplicables a las cooperativas de segundo grado como forma jurídica de grupo cooperativo.

independencia de quienes son sus miembros y que deciden por mayoría<sup>343</sup>. En ese sentido, el legislador de cooperativas estableció una estructura orgánica mínima conformada por un órgano deliberante (Asamblea General), un órgano de administración (Consejo Rector) y un órgano de fiscalización (Interventores)<sup>344</sup>. Los dos primeros órganos tienen un papel importante dentro de las fases de creación del *grupo cooperativo*.

A continuación se revisan tales fases enfocadas en el ámbito de los *grupos cooperativos en sentido estricto*, atendiendo que dicha tipología de grupo es el centro de interés de la presente investigación y desde ahora, se hace la precisión que la citada modalidad de *grupo cooperativo* nace a la vida jurídica a partir de la aprobación del *contrato de grupo cooperativo* por cada una de las Asambleas de sus integrantes, conforme a sus propias reglas de competencia y funcionamiento, incluyendo a la entidad cabeza de grupo, sin perjuicio de cumplir con la solemnidad de formalizar por escrito tal acuerdo, lo cual podrá hacerse en los estatutos de la entidad cabeza de grupo, si ésta es sociedad cooperativa, o mediante otro documento contractual que deberá elevarse a escritura pública.

Adicionalmente, se aclara que la anotación en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa en el Registro de Cooperativas del *contrato de*

---

<sup>343</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2015), “Códigos de Conducta y Cooperativas de Vivienda: La Buena Gestión Cooperativa”, *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Editorial Legis S.A., núm. 48. págs. 75-95, págs.75-76, quien cita a ESTEBAN VELASCO, G., (1996), “Algunas reflexiones sobre la estructura orgánica de la sociedad de responsabilidad limitada en la nueva Ley”, en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, Tomo I, Madrid, 1996, págs. 549- 585, pág. 553.

<sup>344</sup> *Ibidem*, pág. 77.

*grupo cooperativo en sentido estricto* tiene efectos declarativos y no constitutivos, a diferencia de las cooperativas en segundo grado cuya personalidad jurídica surge a partir de la inscripción conforme a lo señala el artículo 7.1 del RRSC<sup>345</sup>.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la *coligación* que existe entre el *contrato de grupo cooperativo* y el contrato de constitución de la forma social seleccionada para desplegar la eficacia del primer negocio jurídico, aclarando que en el *contrato de grupo cooperativo* se derivan las obligaciones para los miembros del *grupo*<sup>346</sup>.

#### 1. Fase preliminar.

Esta fase es fundamental para la conformación del *grupo cooperativo en sentido estricto*, toda vez que en la misma las entidades interesadas en adelantar dicha integración realizan entre ellas diálogos o acercamientos dirigidos a la conformación de una empresa común, sin que ello conlleve a la conformación de una persona jurídica diferente a ellas.

Dentro de dichos *tratos preliminares*, las interesadas a través de sus Consejos Rectores suministran entre sí información fundamental de tipo económico y jurídico de cada una de ellas, con fin de precisar el interés real por

---

<sup>345</sup> Vid. *Supra*, Capítulo II.B.1 *Las cooperativas de segundo grado como forma jurídica de grupo cooperativo*.

<sup>346</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs.190-191.

la estructuración del *grupo cooperativo*, y las bases para la elaboración del *proyecto de grupo*, creando entre ellas un vínculo obligatorio<sup>347</sup>.

En ese sentido, dentro de tales conversaciones o tratos previos surge entre las sociedades un particular contacto social, una relación de hecho basada en la recíproca confianza<sup>348</sup>, se crea entre ellas una “vinculación jurídica especial”<sup>349</sup> que no admite el retiro intempestivo e injustificado por alguna de las interesadas de los *tratos preliminares*<sup>350</sup>, el uso de la información obtenida sobre las otras sociedades para propósitos distintos a la conformación del *grupo cooperativo*, entre otras conductas, toda vez que ellas constituyen una grave afectación al principio de la buena fe contractual<sup>351</sup>.

En ese sentido, es de pleno recibo las reflexiones que la doctrina ha realizado sobre el carácter vinculante de los tratos preliminares en el contexto de modificaciones estructurales, como la fusión de cooperativas, en donde se afirma que se puede estructurar responsabilidad de los administradores si usan

---

<sup>347</sup> En el derecho Español los tratos preliminares tienen relevancia jurídica en el ámbito de las fusiones de cooperativas, en particular en la etapa previa o en los protocolos de fusión. Al respecto, VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 271 y ss.

<sup>348</sup> BETTI, E. (2008), *Teoría General del Negocio Jurídico*. Comares S.L., Granada, pág. 110.

<sup>349</sup> LARENZ, K. (1958), *Derecho de Obligaciones*, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 155.

<sup>350</sup> Sobre la responsabilidad precontractual en el Derecho Colombiano, en el supuesto de que uno de los precontrantes de manera sorpresiva se retira de las negociaciones, entre otros casos, MARÍN VÉLEZ, G. (2015), “La responsabilidad precontractual en Colombia”, *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 3, N.5, págs. 57-78, pág. 70.

<sup>351</sup> “Son claramente repudiables los comportamientos maliciosos y las segundas intenciones, pues la buena fe comprende una exigencia perceptible cada vez más notoria en el moderno derecho de los contratos”. MONSALVE CABALLERO, V. (2010), *Responsabilidad Precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá D.C., pág. 145.

la información que obtienen durante los tratos preliminares, que por lo general es sensible y confidencial, para propósitos diferentes del proceso de fusión, pues se estaría desconociendo el deber de actuar de buena fe y la obligación de reservar el contenido de las informaciones<sup>352</sup>.

Aclarado que los *tratos preliminares* tienen un efecto vinculante entre las sociedades interesadas en conformar un *grupo cooperativo*, a continuación se aborda el *proyecto de grupo* como expresión seria e inequívoca de aquellas para tal propósito.

a) El *proyecto de grupo*.

La elaboración del citado proyecto no quedó señalado en el artículo 78 de la LCoop, ante ello, se establece que tal actividad debe recaer en el Consejo Rector de las diversas cooperativas interesadas, en razón a que dicho órgano tiene la información detallada del proyecto que eventualmente llegue a necesitar la Asamblea de socios de cada integrante para decidir sobre la operación de grupo<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 272.; CANO ORTEGA, C. (2018), “La fusión de cooperativas”. *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 126, Ediciones Complutense, págs. 94-117. pág. 110.

<sup>353</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs.197-198.

La transparencia que se infiere de la aludida gestión que realiza el Consejo Rector permite a los socios de las cooperativas emitir su voto sobre la base de una información amplia y contrastada sobre el *proyecto de grupo*<sup>354</sup>.

Revisado tal proyecto, sigue el acuerdo de las entidades interesadas en la constitución del *grupo cooperativo* en cualquiera de sus especies, que se materializa en el *acuerdo inicial o contrato de grupo*, el cual se efectúa de manera previa a su adopción por la Asamblea de cada una de las cooperativas<sup>355</sup>.

Frente al contenido del *proyecto de grupo* se afirma que este debe contemplar la información económica y jurídica detallada de la operación de integración proyectada, la identidad de los sujetos interesados, la identidad de los miembros de cada Consejo Rector, los estatutos de cada cooperativa partícipe, la información económica y financiera de cada integrante, la propuesta de *contrato de grupo* y/o de los estatutos de la entidad en la que pueda culminar la integración, la duración del contrato señalando si se admite la prórroga y el desistimiento unilateral, el informe sobre las modificaciones estatutarias que resulten necesarias y la propuesta de modificaciones, la identidad de las personas que asumirían tareas de gestión y dirección en el

---

<sup>354</sup> Sobre la importancia de la información a los socios del proyecto de contrato de grupo empresarial ver EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 72.

<sup>355</sup> “El grupo cooperativo se constituye mediante una convención, entre las cooperativas que vayan a formar el grupo, bien como entidades de base, bien como cabeza del grupo que se constituye. No hay referencia legal explícita a este pacto que, lógicamente, debe realizarse previamente a la adopción del acuerdo por los órganos sociales competentes de la cooperativa”. DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 120.

grupo, eventuales pactos de redistribución de excedentes<sup>356</sup>, entre otros aspectos.

Con respecto a la propuesta de *contrato de grupo* que debe incluirse en el *proyecto de grupo*, a nuestro juicio debe contener las cláusulas esenciales y accidentales del negocio jurídico a realizar, las cuales conforman, junto con las cláusulas naturales<sup>357</sup> que se explicarán posteriormente<sup>358</sup>, el contenido del *contrato de grupo cooperativo*. En las siguientes líneas se abordan las primeras cláusulas.

- i) Las cláusulas esenciales particulares del contrato de grupo cooperativo.

Las *cláusulas esenciales* son fijadas por el legislador o por la costumbre y deben ser tenidas en cuenta por las partes al momento de realizar el contrato, so pena que se considere inexistente<sup>359</sup>, en otros términos, las cosas que son

---

<sup>356</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs. 200-201.

<sup>357</sup> “Cujas no distingue en los contratos más que las cosas que son de la esencia del mismo, y las que le son accidentales. La distinción que han hecho varios juriconsultos del siglo XVI es mucho más exacta, pues distinguen tres cosas diferentes en todo contrato: las que son de la esencia del contrato, las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que son puramente accidentales al contrato”. POTHIER, R. J. (2002), *Tratado de las obligaciones*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, pág. 14. “[e]l contenido del negocio jurídico, especialmente de los de naturaleza patrimonial, se descompone en diversas partes que la doctrina hace tiempo reúne en tres categorías de elementos: los esenciales, accidentales y naturales”. STOLFI, G. (2007), *Teoría general del negocio jurídico*, Leyer, Bogotá D.C., pág. 25.

<sup>358</sup> *Vid. Infra, Capítulo II.D.1 Estructura del contrato de grupo cooperativo.*

<sup>359</sup> HURTADO PALOMINO, J. V. (2015), “Cláusulas Naturales: el contenido del contrato no está conformado únicamente con lo pactado” *En*: Actualicese.com [en línea]. octubre 5, 2015. Recuperado el 04 de mayo de 2018 en la página Web <https://actualicese.com/actualidad/2015/10/05/clausulas-naturales-el-contenido-del-contrato-no-esta-conformado-unicamente-con-lo-pactado/>

de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir o que faltando una de ellas, no habría contrato, o surgiría otra especie de acuerdo contractual<sup>360</sup>.

Es importante aclarar que los elementos esenciales tienen relación estrecha con la función económico-social del contrato, pues a partir de su articulación se determina la tipología concreta del negocio jurídico, es decir se identifica su identidad y autonomía frente a otras especies de contratos<sup>361</sup>.

En ese sentido, para efectos del perfeccionamiento del *contrato de grupo cooperativo* se deben tener en cuenta desde el momento de la elaboración de la propuesta del citado negocio jurídico los elementos esenciales que el legislador estableció de manera particular en el numeral 4 del artículo 78 de la LCoop al señalar que “*necesariamente deberá incluir*” en su contenido los siguientes aspectos: la duración, en el caso de ser limitada; el procedimiento para su modificación; el procedimiento para la separación de una sociedad cooperativa y las facultades cuyo ejercicio se acuerda atribuir a la entidad cabeza de grupo. A continuación se analizan tales elementos esenciales para efectos de la configuración del aludido negocio jurídico.

---

<sup>360</sup> POTHIER, R. J. (2002), *op. cit.*, pág. 14.

<sup>361</sup> “(...) es fácil concluir que la causa o razón del negocio se identifica con la *función económico-social* del negocio entero, considerado, con independencia de la tutela jurídica, en la *síntesis* de sus elementos esenciales. Los elementos necesarios para la existencia del negocio son también elementos indispensables de la función típica que es su característica. Su síntesis, representando el *tipo* del negocio, en cuanto negocio causal (...), representa igualmente su función *típica*”. BETTI, E. (2008), *op. cit.*, pág. 162.

- *Plazo del contrato de grupo cooperativo.*

Es fundamental que dentro de la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* se establezca un ámbito temporal de validez del correspondiente ejercicio del *poder de dirección*, por lo tanto solo en ese marco temporal será plenamente lícito defender y promover el *interés de grupo* a través del ejercicio del citado poder por la entidad cabeza de grupo.

El plazo de duración del *contrato de grupo cooperativo* podrá ser objeto de prórroga, ahora si ésta no se pactó y el término de vigencia venció, el contrato se extingue.

- *Procedimientos para la modificación del contrato de grupo cooperativo y para la separación de una sociedad cooperativa.*

Dentro de la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* se debe establecer los eventos que justificarían la modificación del citado negocio jurídico, los cuales deben ser de gran relevancia desde lo organizacional y financiero, porque de lo contrario se catalogarían como actos de gestión y no tendrían la suficiente envergadura para alterar el contrato. Muestra de ello sería la posibilidad de que se altere su composición en razón al retiro de uno de sus integrantes fundadores o se da la novedad del ingreso de un miembro, situaciones que son de cuidado por la naturaleza paritaria que ostenta el *grupo cooperativo* y porque la salida e ingreso de sus integrantes sin restricciones ocasionaría serios inconvenientes para la estabilidad del grupo.

En ese sentido, se deberá establecer tanto la forma en que se realizará la declaración de voluntad de todos los integrantes que inicialmente celebraron el *contrato de grupo cooperativo* aceptando la modificación respectiva, como la manera en que se deberán adoptar los acuerdos sociales en las respectivas Asambleas de los miembros del grupo avalando tal modificación, la cual será similar a los requisitos exigidos para la constitución del grupo.

Ahora, con respecto a la separación de una de las cooperativas que integran el grupo, si bien es cierto resulta esencial estipular el procedimiento para tal propósito dentro de la propuesta de *contrato de grupo cooperativo*, es importante destacar que el legislador dejó a la autonomía contractual de los extremos negociales la precisión de las circunstancias que motivan la separación del integrante del *grupo*<sup>362</sup>, lo cual es fundamental señalarlo en la propuesta de contrato a efectos de garantizar la estabilidad y la continuidad del *grupo cooperativo*. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por el legislador autonómico<sup>363</sup>.

- *Facultades que las cooperativas de base ceden o atribuyen a la entidad cabeza de grupo*

---

<sup>362</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 131.

<sup>363</sup> En el ámbito del derecho autonómico, en el artículo 135 de la LCCE se señaló que la baja del grupo por una sociedad cooperativa ante una instrucción perjudicial no compensada tendrá la consideración de justificada. Por su parte, en el artículo 109.2 de la LCAND se estableció que el procedimiento de separación de los miembros del grupo cooperativo se determinará reglamentariamente. De otro lado, el artículo 135 bis de la LCPV se estipuló que el procedimiento para la separación de una sociedad cooperativa deberá formalizarse por escrito en los Estatutos de la entidad cabeza de grupo, si es sociedad cooperativa, o mediante otro documento contractual si no lo es, formalizado en escritura pública.

En la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* se deben contemplar las *facultades que las cooperativas de base ceden o atribuyen a la entidad cabeza de grupo*, en razón a que dicha cláusula completa y delimita el alcance del requisito esencial de carácter general del *grupo empresarial*, ya explicado, denominado *poder de dirección o unidad de decisión*<sup>364</sup>, el cual es el *hecho diferencial* o el *rasgo* que permite diferenciar el *grupo* frente a otras formas empresariales y es la *clave de la bóveda* de la disciplina contractual y del funcionamiento ulterior del *grupo*<sup>365</sup>.

Con base en lo expuesto, se deduce que la aludida cláusula de cesión de facultades consignada en la propuesta de *contrato de grupo*, tiene un valor que podría denominarse fundacional e, incluso, constitutivo y en la misma resulta pertinente dejar claro el sujeto a quien se le concederán tales atribuciones y que es el titular del *poder de dirección*, la forma o manera en que se impartirán las concretas instrucciones en ejercicio de las facultades cedidas, el destinatario o los destinatarios de dichas instrucciones, la posibilidad que las instrucciones sean objeto de rechazo, en razón a la extralimitación de las atribuciones cedidas<sup>366</sup>, entre otros aspectos.

---

<sup>364</sup> Vid. *Supra*, Capítulo I.B ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL GRUPO EMPRESARIAL.

<sup>365</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 81-83.

<sup>366</sup> *Ibíd.*, pág. 83. Sobre los límites al ejercicio de las facultades otorgadas a la entidad cabeza de grupo en virtud del *contrato de grupo cooperativo*. Vid. *Infra* Capítulo III.C UNA SOLUCIÓN: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL GRUPO COOPERATIVO.

De otra parte, es importante precisar que los *compromisos generales* y las *facultades que ceden las cooperativas de base a la entidad cabeza de grupo* junto con las *normas imperativas* y los *principios configuradores de la sociedad cooperativa*, se consideran límites al poder de impartir instrucciones de obligado cumplimiento de la entidad cabeza de grupo, por ende, esta última no podrá superar el marco contractual, pues de lo contrario podría afectar las relaciones de las sociedades integradas.

Ahora, se aclara que los *compromisos generales* no se concretan en la citada norma, sino que se dejan indeterminados, pues en el numeral 2 del artículo 78 de la LCoop se admite que la facultad de emitir *instrucciones* puede afectar diferentes ámbitos de gestión, administración y gobierno, y se contempla una enumeración de supuestos de actuación del poder del grupo que se entiende enunciativa, en razón a que el legislador utiliza la expresión “podrán incluirse”<sup>367</sup>.

- ii) Las cláusulas accidentales que las partes pueden pactar en el contrato de grupo cooperativo

Las *cláusulas accidentales* se consideran como una de las mayores expresiones de la autonomía contractual de los extremos negociales, toda vez que solo se consideran presentes en el contrato si las partes las pactaron de

---

<sup>367</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 126.

manera expresa<sup>368</sup>. En ese sentido, su estipulación dentro de la propuesta del *contrato de grupo cooperativo* permite contemplar algunos detalles que permiten regular aspectos relacionados con el devenir del *grupo* que en los próximos renglones se explican.

- *Asignación de competencia a la Asamblea de la cabeza de grupo para aprobar la modificación, ampliación o resolución de los compromisos asumidos ante el grupo*

Esta cláusula de carácter facultativo<sup>369</sup> está contemplada expresamente el numeral 4 del artículo 78 de la LCoop y tiene como propósito permitir que se pueda realizar alguna modificación, ampliación o resolución de los compromisos asumidos dentro del *grupo cooperativo*, a través del acuerdo del máximo órgano de la entidad cabeza de grupo.

Por medio de la citada cláusula se busca evitar que las facultades otorgadas a la estructura común requieran siempre del trámite de ratificación por las cooperativas de base, lo cual no implica que el riesgo de baja se suprima, pues ello depende siempre de la voluntad de las cooperativas de base la decisión de retirarse del *grupo cooperativo*, situación que ocasiona debilitamiento patrimonial e inestabilidad<sup>370</sup>.

---

<sup>368</sup> HURTADO PALOMINO, J. V. (2015), *op. cit.*

<sup>369</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1039.

<sup>370</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 228.

- *Permanencia en el grupo cooperativo y fijación de plazo para el preaviso de retiro de la entidad de base en el grupo*

Como se explicó con antelación, para efectos de evitar que el *grupo cooperativo* resulte afectado en su continuidad y estabilidad, por el retiro intempestivo de alguno(s) de sus miembros, resulta fundamental que dentro de la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* se pacte la cláusula que señale la obligación de permanencia durante un determinado periodo de tiempo para el integrante y fijando el plazo de preaviso para el retiro del *grupo*, con el fin de impedir que el derecho a la baja en un *grupo cooperativo* se torne abusiva, afectando la buena fe de quienes realizaron una inversión económica y de recurso humano para constituir la citada modalidad empresarial<sup>371</sup>.

En ese sentido, se afirma que la *vuelta a la independencia de las sociedades del grupo* exige que dentro de la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* se establezcan cláusulas que regulen los eventos de *desintegración del grupo*<sup>372</sup>, como la descrita en el anterior párrafo, sin perjuicio

---

<sup>371</sup> “Al margen, en todo caso, de las medidas de protección que se adopten, el Derecho Cooperativo contiene un mecanismo de tutela aparentemente idóneo para los intereses de las entidades agrupadas. Se trata de la baja del socio, consecuencia lógica de la vigencia en el sector cooperativo del principio de “puerta abierta”. En tal sentido, si el grupo constituido termina produciendo perjuicios relevantes a una o varias de las entidades que lo componen, resultará lógica la solicitud de baja por cualquiera de estas últimas. La inmediatez de su puesta en marcha y ejecución constituye, de un lado, la mejor tutela del miembro del grupo, pero, de otra parte, coloca sobre el propio grupo una espada de Damocles de no fácil superación. Se entenderá por ello que la doctrina haya advertido tal extremo como una circunstancia susceptible de comprometer la viabilidad del grupo de cooperativas”. EMBID IRUJO, J. M. (1998), *op. cit.*, pág. 33.

<sup>372</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 98.

de las regulaciones autonómicas en donde se señala las justas causas para que sea procedente el derecho a la baja del grupo<sup>373</sup>.

- *Causa de extinción del contrato de grupo cooperativo*

Resulta conveniente establecer dentro del contenido de la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* los motivos por los cuales el mismo se puede extinguir, atendiendo posibles necesidades que lleguen a surgir durante su ejecución. En ese sentido, se pueden establecer los supuestos de manera casuista, por ejemplo pérdidas, vencimiento del plazo de vigencia del contrato de grupo cooperativo, conversión de una de las sociedades cooperativas en sociedad dependiente, disolución de uno de sus miembros, entre otros eventos, o por medio de cláusulas generales, como es la previsión de la concurrencia de *justa causa*<sup>374</sup>.

- *Cláusula de arbitraje*

Otra cláusula que se sugiere estipular en la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* es la de arbitraje, que busca la resolución de conflictos suscitados en el desarrollo o funcionamiento del *grupo* a través de un tribunal

---

<sup>373</sup> Según lo dicho, en el ámbito del derecho autonómico la LCEX en el artículo 135 se señaló que la baja del grupo por una sociedad cooperativa ante una instrucción perjudicial no compensada tendrá la consideración de justificada.

<sup>374</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, págs. 131-132.

de arbitramento y no de la justicia ordinaria, en procura de evitar la *judicialización* de la actividad grupal<sup>375</sup>.

- *Cláusula de Ventajas Compensatorias*

Resulta fundamental que las entidades agrupadas a través del *contrato de grupo cooperativo* perfilen y maticen el sentido de la integración propuesta, así como su proyección futura, consignando las cláusulas respectivas. En ese sentido, será posible que las partes del aludido negocio jurídico acuerden las reglas concretas de protección o, cuando proceda, medidas compensatorias, si las instrucciones impartidas perjudican o pueden perjudicar de manera grave a una o varias de las entidades agrupadas, lesionando los intereses de sus socios, acreedores y trabajadores.

No obstante lo anterior, existe la polémica, la cual se abordará en epígrafes posteriores<sup>376</sup>, sobre la procedencia de estipular en el *contrato de grupo cooperativo* una cláusula accidental dirigida a establecer medidas compensatorias, si las instrucciones impartidas por el *cappogrupo* perjudican o pueden perjudicar de manera grave a una o varias de las entidades agrupadas, lesionando los intereses de sus socios, acreedores y trabajadores, en razón a

---

<sup>375</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 99.

<sup>376</sup> *Vid. Infra Capítulo III.C UNA SOLUCIÓN: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL GRUPO COOPERATIVO.*

la naturaleza paritaria u horizontal del citado grupo, pues en el contexto de grupos verticales, no existe duda frente a su viabilidad<sup>377</sup>.

## 2. Fase Decisoria.

Para efectos del desarrollo de la fase decisoria se debe tener presente los numerales 3 y 4 del artículo 78 de la LCoop, según el cual la Asamblea de cada una de las entidades interesadas en conformar el *grupo cooperativo* adoptan el *acuerdo inicial o contrato de grupo*<sup>378</sup>, conforme a sus propias reglas de competencia y funcionamiento<sup>379</sup>, incluyendo a las sociedades cabeza de grupo<sup>380</sup>.

Dicha legitimación que recae en la Asamblea de cada una de las entidades agrupadas, encuentra también su fundamento jurídico en el literal h) del numeral 2 del artículo 21 de la citada Ley, al establecer como competencia de la Asamblea de la cooperativa deliberar y tomar acuerdos sobre la constitución de (o incorporación a) *grupos cooperativos*, la cual es indelegable,

---

<sup>377</sup> “(...) sería deseable el refuerzo de las exigencias de motivación de los acuerdos sociales cuando haya posibilidad de conflicto entre interés social de la filial e interés del grupo (y, en su caso, incluso la posibilidad de establecer compensaciones patrimoniales a los socios minoritarios que puedan verse perjudicados por la preponderancia del interés del grupo, en cuyo caso se limitarían los casos a situaciones en que la primacía del interés del grupo permita generar suficiente valor para cubrir la compensación a los socios «externos»). SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2012), *op. cit.*, pág. 475.

<sup>378</sup> *Vid. Infra, Capítulo II.D EL CONTRATO DE GRUPO COOPERATIVO.*

<sup>379</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1036.

<sup>380</sup> Se afirma que “[a]unque en la LC parece que se establece una diferencia entre “entidad cabeza de grupo” y “entidades de base”, excluyendo a la primera de tomar ese acuerdo inicial, es lógico extender la exigencia, por la importancia del acuerdo que desemboca en la constitución del grupo, y leer la norma en el sentido de que el acuerdo inicial debe ser tomado por todas las “entidades agrupadas”. DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 121.

según lo prevé el numeral 3 del artículo en mención, por lo tanto no se podrá atribuir por vía estatutaria ni por acuerdo de la Asamblea General a los administradores o algún órgano creado *ad hoc* para la participación en la conformación o adhesión en el *grupo cooperativo*<sup>381</sup>.

Es importante aclarar que el aludido numeral 3 del artículo 21 de la LCoop. también contempla la excepción a la regla de la indelegabilidad de las competencias de la Asamblea en el evento que trate de aquellas que “puedan ser delegadas en el grupo cooperativo regulado en el artículo 78”, muestra de ello son las facultades del grupo para formular una política común de las entidades agrupadas, traducidas en medidas de la cooperativa cabeza de grupo o instrucciones de obligatorio cumplimiento, de esta manera la política general de la cooperativa agrupada no será planteada de manera exclusiva y autónoma por los órganos cooperativos, sino que estará en la organización de grupo en la esfera de competencia estipulada en el *contrato de grupo* y por la política que señale cada cooperativa en su esfera de libertad que contemple el citado negocio jurídico<sup>382</sup>.

Complementando lo descrito, el numeral 2 del artículo 28 de la LCoop establece de manera expresa una excepción a la regla general de las mayorías en Asamblea<sup>383</sup>, señalando que para la adhesión o baja en un *grupo*

---

<sup>381</sup> *Ibíd*em, pág. 122.

<sup>382</sup> *Ibíd*em, pág. 124.

<sup>383</sup> La regla general es que la mayoría se obtiene a partir de la mitad más uno de los votos válidamente expresados, sin contabilizar los votos en blanco y las abstenciones.

*cooperativo* será la de *dos tercios de los votos presentes o representados* en la Asamblea que toma el acuerdo, sin perjuicio que los interesados establezcan una mayoría superior a la señalada en la Ley, pero en todo caso no puede superar las cuatro quintas partes de los votos válidamente emitidos.

En ese orden de ideas, la citada norma *en principio* equipara la adhesión o baja en un *grupo cooperativo en sentido estricto* a los procesos de modificaciones estructurales<sup>384</sup>, estableciendo un quorum decisorio exigente<sup>385</sup> que no va en contra del *principio de puertas abiertas* que se predica en el ámbito cooperativo y porque el derecho a la baja no se puede considerar como un derecho absoluto, por ende, se pueden establecer restricciones por vía legislativa<sup>386</sup> o estatutaria para efectos de garantizar la estabilidad y la continuidad de la mencionada especie de *grupo cooperativo*, según se ha dicho. En ese sentido, resulta conveniente que dentro del *contrato de grupo* y en los estatutos de sus integrantes se contemple un plazo de preaviso para tal

---

<sup>384</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 123.

<sup>385</sup> En sentido contrario, se afirma dentro del contexto de la SE-Holding que "(...) no puede acudirse ante este silencio del legislador, ni a los Derechos nacionales en virtud del artículo 15 RESE, (...) ni haciendo una analogía ya con la fusión, como si la remisión a las disposiciones nacionales en aplicación de lo dispuesto en la III Directiva no se hubiese suprimido, ya con unos principios que inspiran un sistema comunitario de modificaciones estructurales, cuya existencia, (...), es difícil de justificar. Entendemos así que, (...) la aprobación del proyecto de constitución de la SE-Holding por parte de una sociedad promotora española debe seguir el régimen ordinario (en cuanto a quórum y mayorías) de adopción de acuerdos. (...) Nada obsta sin embargo, entendemos, a que estas mayorías puedan modificarse estatutariamente, siempre que impliquen una cualificación del quorum y no obliguen a la unanimidad". NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, págs. 260-262.

<sup>386</sup> Con respecto a la posibilidad de que una sociedad cooperativa decida ejercer de manera justificada el derecho a la baja dentro de un grupo cooperativo, como se ha expresado antes, en el artículo 135 de la LCEX se contempló esa posibilidad en el supuesto que la primera reciba una instrucción perjudicial no compensada del *capogruppo*.

decisión<sup>387</sup>, una obligación de permanencia durante un determinado periodo de tiempo, entre otras medidas, que impidan que el derecho a la baja en un *grupo cooperativo* se torne abusiva<sup>388</sup>.

Sumado al *quorum* o mayoría reforzada descrita con antelación, el acuerdo debe ser adoptado con las debidas garantías de convocatoria, publicidad e información<sup>389</sup>, para efectos de evitar supuestos de impugnación de los acuerdos adoptados en la Asamblea General<sup>390</sup>. Para tal propósito, la cooperativa debe garantizar a sus socios el respeto a su derecho a la información antes y durante la Asamblea en donde adoptará el *acuerdo inicial o contrato de grupo*<sup>391</sup>, sin perjuicio que en cualquier momento solicite

---

<sup>387</sup> “Nada se opone, sin embargo, a que el propio contrato se ocupe de la baja, como ya hemos indicado, lo que podrá hacer con un criterio específico o siguiendo, en su caso, las líneas generales del Derecho cooperativo. Entendemos que esta solución es congruente con el sentido profundo de este sector del ordenamiento, en el que la integración de los socios está siempre basada en un principio de voluntariedad, y su permanencia no puede ser considerada una obligación insoslayable”. EMBID IRUJO, J. M. (1998), *op. cit.*, pág. 34.

<sup>388</sup> “(...) [e]l acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del cual se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ejercicio o del no uso de un derecho. Se trata, por cierto, de una ilicitud *sui generis*, lo que permite considerar el abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la teoría general del derecho”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992), *Abuso del derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires, pág. 143.

<sup>389</sup> MORILLAS JARILLO, M. y FELIÚ REY, M. (2002), *op. cit.*, pág. 625.

<sup>390</sup> En el artículo 31 de la L.Coop se regula lo concerniente a la impugnación de acuerdos de las sociedades cooperativas adoptadas por la Asamblea General. Al respecto, CALAZA LÓPEZ, M. S. (2003), *EL proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*. Madrid, pág. 45.; CABRERA MERCADO, R. (2009), “La impugnación de acuerdos en las sociedades cooperativas”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Universidad de Jaen, núm. 9. págs. 1-15. Recuperado el 01 de mayo de 2018 en la página Web <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/135>

<sup>391</sup> “(...) el derecho de información del socio tiene dos grandes manifestaciones: por una parte, la puesta a disposición del socio de determinados documentos relativos a la marcha de la sociedad; y por otra, el derecho de información *strictu sensu*, consistente en la facultad de pedir al [Consejo Rector] los informes y aclaraciones sobre los asuntos comprendidos en el orden del día de la [Asamblea General]”. VARGAS VASSEROT, C., (2015), *op. cit.*, pág. 219.

información o aclaraciones sobre la marcha de la cooperativa y el órgano de administración deba responder en el plazo de 30 días, según lo señala el literal f) del artículo 16.2 de la LCoop y demás normas concordantes autonómicas<sup>392</sup>.

En ese sentido, el socio además de poder examinar la documentación puesta a su disposición relacionada con la Asamblea General convocada, de conformidad con el literal d) del artículo 16.3 de la LCoop. y la normatividad autonómica, también tiene el derecho de solicitar aclaraciones en relación con los puntos del orden del día, en los cuales estaría la decisión sobre la adopción del *acuerdo inicial*, con base en lo dispuesto en el literal e) del artículo 16.3 de la LCoop. y la legislación autonómica.

Ahora, en el evento en que alguna(s) de las Asambleas de las cooperativas que han evaluado la posibilidad de la adopción del *acuerdo inicial* deciden en forma negativa, resulta fundamental evaluar varias hipótesis: la primera es el caso de dos entidades interesadas en adoptar el *contrato de grupo cooperativo*, pero una de ellas decide de manera negativa, ante ello, se colige que se frustraría la conclusión del citado negocio jurídico y la constitución del *grupo*; y el segundo evento es cuando los interesados en la adopción del *acuerdo inicial* conforman una pluralidad de entidades superior a dos, sin embargo, uno de estos decide no adoptar el aludido *contrato*, lo cual no ocasionaría la ineficacia del mencionado negocio jurídico, sino que el mismo subsistiría, siempre que la entidad emisora de la declaración negativa no constituya parte esencial del grupo proyectado, lo cual es una aplicación de la

---

<sup>392</sup> Literal d) del artículo 26.2 LCCV; literal d) del artículo 24.2 LCCM y artículo 27.6 LCEX.

regla *favor negotii*<sup>393</sup> y un respaldo a la integración empresarial que se busca alcanzar<sup>394</sup>.

Adoptado el acuerdo inicial por cada una de las entidades de base según sus propias reglas de competencia y funcionamiento, se prosigue con la *aprobación de la incorporación al grupo*<sup>395</sup>, la cual corresponde a la Asamblea General de cada uno de los integrantes del *grupo cooperativo en sentido estricto*.

Por otra parte, uno de los problemas que se suscitan en esta fase es aquel relacionado con la posibilidad que tienen las Asambleas de las cooperativas de realizar modificaciones a la propuesta de *contrato de grupo cooperativo* contenido en el *proyecto de grupo*. Al respecto, se considera que la

---

<sup>393</sup> Este debate de si puede o no llevarse a cabo el *contrato de grupo* si una de las participantes se retracta, enlaza con la idea de en qué momento puede entenderse que existe el negocio de grupo. Al respecto, en el contexto de la SE holding se afirma que "(...) Las sociedades, a medida que van manifestando su voluntad, si es que no lo hacen simultáneamente, van quedando vinculadas sin posibilidad alguna de resolver unilateralmente el vínculo negocial ya establecido. La manifestación no favorable de las Juntas generales paralizaría el proceso. Las juntas por tanto no tendrían otra opción que aceptar o no aceptar el proyecto de constitución que se presenta ante ellas. (...) Pues bien, podría pensarse que tal es la interpretación correcta en el caso que nos ocupa, entendiendo que a tal solución llevaría la imposibilidad, según parece desprenderse del tenor literal del apartado 6 del artículo 32 RESE, de modificar el proyecto por las Juntas de las sociedades promotoras. (...) Sin embargo, al igual que se ha señalado para el supuesto de constitución por fusión, no se contempla en el RESE la posibilidad de considerar al proyecto de constitución como el momento procedimental en el que ubicar el negocio complejo que lleva a la constitución de la SE, dado que la norma sólo manifiesta cuáles han de ser los órganos de cada sociedad encargados de elaborarlo (artículo 32.2 RESE) y que deberá ser aprobado por la Junta General de cada una de ellas (artículo 32.6 RESE), pero sin hacer referencia alguna a su naturaleza como negocio, ni presentar la posibilidad de deducirlo del mínimo régimen que presenta. (...) Entendemos por tanto que la intención del legislador comunitario ha sido la de eliminar la naturaleza negocial del proyecto de constitución, considerándolo tan sólo como documento que sirva para configurar la voluntad de las diversas sociedades participantes a través del acuerdo de sus Juntas Generales". NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, pág. 132.

<sup>394</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, págs. 76-77.

<sup>395</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1036.

citada propuesta no encierra ni concluye negocio constitutivo alguno, sino que exclusivamente permite que se abra el proceso *volitivo* de las sociedades interesadas para que ellas conformen su voluntad social<sup>396</sup>, es decir, que resulta viable la realización del *contrato de grupo cooperativo* cuyo contenido difiera del establecido en la propuesta, siempre y cuando las modificaciones sean aprobadas por las Asambleas de las asociadas y no se omitan las cláusulas esenciales.

### 3. Fase de Ejecución.

En la fase de ejecución, las cooperativas constituirán la estructura organizativa más idónea para satisfacer sus necesidades u objetivos de integración según el proyecto de grupo<sup>397</sup>. Adicionalmente, en dicha fase se surten todos los efectos del *contrato de grupo cooperativo* que recaen no solo en el carácter vinculante del negocio jurídico entre las partes, sino que también se proyectan en alteraciones en la faceta interna de las entidades que se vinculan como partes del citado negocio jurídico y en la constitución de la responsabilidad entre los miembros del *grupo cooperativo* o de estos, en especial la entidad cabeza de grupo, con respecto a los asociados cooperativistas y/o terceros<sup>398</sup>.

---

<sup>396</sup> Sobre la posibilidad de modificar el proyecto de constitución de la SE-Holding por las Juntas Generales de las sociedades participantes. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), *op. cit.*, pág. 132. Nota 276.

<sup>397</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág. 206.

<sup>398</sup> *Vid. Infra, Capítulo III RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.*

A efectos de la comprensión de la *fase de ejecución del grupo cooperativo*, a continuación se aborda el *contrato de grupo cooperativo*, revisando su estructura<sup>399</sup> conformada por los elementos del contenido<sup>400</sup> y la forma, es decir, “su figura exterior”<sup>401</sup>; su publicidad ante terceros y sus efectos a partir de su perfeccionamiento. Se aclara que frente a los elementos del contenido del mencionado negocio jurídico solo se estudian los elementos naturales, toda vez que los demás, es decir los esenciales y accidentales, fueron objeto de análisis en el epígrafe de la *fase preliminar del grupo cooperativo* al revisar la propuesta de *contrato de grupo*, la cual se incluye en el *proyecto de grupo*, atendiendo que la misma se puede considerar como un *trato preliminar*<sup>402</sup> que tiene efectos vinculantes entre los interesados<sup>403</sup>.

#### D. EL CONTRATO DE GRUPO COOPERATIVO.

El artículo 78 de la Lcoop, ya señalado, recordemos no regula de manera detallada y expresa el *contrato de grupo cooperativo*, solo se limita a señalar la posibilidad que las cooperativas de base realicen un *acuerdo inicial*

---

<sup>399</sup> BETTI, E. (2008), *op. cit.*, págs. 109 y ss.

<sup>400</sup> “[e]l contenido del negocio jurídico, especialmente de los de naturaleza patrimonial, se descompone en diversas partes que la doctrina hace tiempo reúne en tres categorías de elementos: los esenciales, accidentales y naturales”. STOLFI, G. (2007), *op. cit.*, pág. 25.

<sup>401</sup> BETTI, E. (2008), *op. cit.*, pág. 110.

<sup>402</sup> “Los tratos preliminares o “tratativas”, corresponden a un mero acercamiento de las partes para obtener información sobre la conveniencia de celebrar o no un posible contrato. Los tratos preliminares no tienen naturaleza contractual y los deberes que surgen en esta etapa tiene su origen en el principio de confianza”. RENGIFO GARDEAZÁBAL, M. (2016), *La formación del contrato*. Ediciones Uniandes. Editorial Temis, Bogotá D.C., págs. 390-391.

<sup>403</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.C.1 Fase preliminar.*

cuyos requisitos serán los que vengan establecidos en sus *propias reglas de competencia y funcionamiento*. En ese sentido, se colige que la normatividad vigente en España reconoce la validez del *contrato de grupo cooperativo* y exige para su configuración la libre voluntad o la convención entre las cooperativas que vayan a formar el grupo, bien como entidades de base o como cabeza del grupo que se estructura<sup>404</sup>, situación que es concordante con su naturaleza de *grupo horizontal o paritario* que exige la aquiescencia de todos los interesados<sup>405</sup> para articular por la vía de coordinación sus intereses empresariales<sup>406</sup>.

Como ya se mencionó, el *contrato de grupo cooperativo* es el acuerdo mediante el cual dos o más sociedades (cooperativas) deciden ceder a una entidad cabeza de grupo la posibilidad de que ejercite facultades o profiera instrucciones de obligado cumplimiento para aquéllas, de tal suerte que se produzca una unidad de decisión en el ámbito de las facultades otorgadas<sup>407</sup>. Se aclara que dicho acuerdo inicial que toma cada uno de los miembros del grupo, no constituye por sí mismo el grupo<sup>408</sup>.

Complementando lo descrito, se resalta que el *grupo cooperativo en sentido estricto* tiene su marco regulatorio convencional no solo por el citado

---

<sup>404</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 120.

<sup>405</sup> *Vid. Supra, Capítulo I.F3 La importancia del contrato de grupo como instrumento jurídico para canalizar el interés grupal*. Al respecto, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág. 194.

<sup>406</sup> EMBID IRUJO, J. M. (1998), *op. cit.*, pág. 224.

<sup>407</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1024.

<sup>408</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 120.

*contrato de grupo*, sino también por el contrato de constitución de la forma social seleccionada para desplegar la eficacia del primero.

Por lo anterior, los compromisos adquiridos ante el grupo habrán de formalizarse por escrito, no en los estatutos o similar de la entidad cabeza de grupo, sino en el documento que contenga el propio *contrato de grupo*, toda vez que la entidad cabeza de grupo, *en principio* no incluiría en sus estatutos la mención de que unas entidades ajenas o no socias a la misma han adoptado ciertos *compromisos generales*; si al caso, dicha entidad cabeza de grupo podrá determinar su objeto social en orden al ejercicio de determinadas facultades y a la emisión de instrucciones en otras entidades<sup>409</sup>.

Ahora, con base en el artículo 78 de la LCoop y en la definición de *contrato de grupo cooperativo*, ya estudiado, se podría inferir de manera preliminar que los sujetos que están legitimados para ser parte del *contrato de grupo cooperativo en sentido estricto* son las sociedades cooperativas y únicamente la entidad que ha de asumir la calidad de cabeza de grupo podrá ser de otra naturaleza<sup>410</sup>. Teniendo en cuenta lo descrito, se deduce que como *regla general* las partes que celebran el *contrato de grupo cooperativo* deben ser *cooperativas*, ya sea que ellas ostenten la calidad de entidades de base o de cabeza de grupo, según lo dicho.

---

<sup>409</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1038-1039.

<sup>410</sup> “La ley sólo impone la naturaleza cooperativa a las sociedades de base, pero no a la cabeza del grupo, que puede ser una cooperativa u otro tipo de «entidad» (SA, SRL, AIE, sociedad civil, SAT, asociación, etc)”. VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 227.

No obstante lo anterior, el artículo en mención contempló la posibilidad que la entidad de cabeza de grupo sea un sujeto de derecho que no tenga la calidad de cooperativa, por ende, se deduce que aquellas personas también podrían celebrar el citado negocio jurídico con las cooperativas de base para efectos de la constitución del *grupo cooperativo en sentido estricto*.

Con respecto a las entidades de base del citado tipo de *grupo cooperativo*, de la lectura del artículo 78 de la LCoop. se infiere que ellas, *en principio*, deben ser cooperativas, por lo tanto, no podrían ser entidades de otra naturaleza jurídica, aunque existen posturas doctrinales que señalan lo contrario, como se explicó con antelación<sup>411</sup>.

Aunado a lo expuesto, es una condición necesaria que las entidades integrantes del *grupo cooperativo en sentido estricto* sean independientes entre sí, de tal suerte que no exista vínculo de subordinación entre la empresa cabeza de grupo y los demás miembros, lo cual habrá de mantenerse durante toda la duración de la situación de grupo para que no se desnaturalice, porque de lo contrario existiría el riesgo de tornarse en un *grupo por subordinación*<sup>412</sup>,

---

<sup>411</sup> Vid. *Supra*. Capítulo II.B.2 Grupo Cooperativo en sentido estricto. Sobre la posibilidad de estructurar *grupos cooperativos* con miembros de diferente naturaleza jurídica revisar AGSTNER, P. (2017), *op. cit.*; NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P (Dir), *op. cit.*, págs. 158 y ss.

<sup>412</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, págs. 117-118.

situación que *en principio* no sería admisible a la luz de los principios cooperativos y la naturaleza jurídica de las cooperativas<sup>413</sup>.

En todo caso, como ya se indicó, debemos hacer claridad que en el artículo 78 de la LCoop. y en las normas autonómicas, a pesar de las reservas que ha realizado la doctrina por la naturaleza mutualista de la cooperativa, se desprende una variedad de manifestaciones del *grupo cooperativo*, así, entre otras, grupo ex artículo 78 heterogéneo (en el que pueden darse manifestación de grupo por dominación en la medida en que pueden participar sociedades de capital o incluso de situaciones de control conjunto), o por fin situaciones grupales que quedan encajadas en un cajón de sastre genérico de “colaboración económica “ o de “intercooperación” (Leyes de Aragón, Castilla y León, Castilla la Mancha o la Rioja)<sup>414</sup>.

Por otra parte, la integración por vía del *contrato de grupo cooperativo* implica modificación del objeto de la sociedad integrada, situación que supone una restricción a la autonomía empresarial derivada del reconocimiento de facultades de administración al grupo<sup>415</sup>, además que se podría entender como

---

<sup>413</sup> En contra, AGSTNER, P. (2017), *op. cit.*, quien plantea la viabilidad de estructurar “grupos cooperativos jerárquicos”, a partir de la idea de la *mutualidad mediata*, la cual es entendida como el desarrollo indirecto de la finalidad mutualista de la sociedad *capogrupo*, que recordemos en esta estructura grupal sería cooperativa, con una afectación en la «causa negotii» de las sociedades, capitalistas, integradas en el grupo. Al respecto, NAVARRO LÉRIDA, M.ª S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), “Los grupos de sociedades en el ámbito agroalimentario” en VARGAS VASSEROT, C. (Dir.), *Integración y concentración de empresas agroalimentarias estudio jurídico y económico del sector y de la ley 13/2013 de fomento de la integración cooperativa*, Dykinson, S.L., Madrid, págs. 353-375, pág. 358.

<sup>414</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.ª S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *op. cit.*, pág. 365.

<sup>415</sup> EMBID IRUJO, J. M. (1991), *op. cit.*, pág. 56.

una modificación estatutaria y estructural de la sociedad vinculada al *grupo cooperativo*. En ese sentido, como se tratará luego, se concluye que la incorporación o constitución del *grupo cooperativo* produce un cambio de objeto social en las sociedades integradas, por cambiar su *interés social* a un *interés grupal*.

### 1. Estructura del contrato de grupo cooperativo

#### a) Contenido

El contenido es la reglamentación contractual, la materialización del acto dispositivo, su esencia misma<sup>416</sup>, es decir, hace referencia al conjunto de cláusulas queridas por las partes o incorporadas en él, en razón al mandato legal, de los usos o la equidad<sup>417</sup>, conformadas por cláusulas esenciales, naturales y accidentales, las cuales han tenido un reconocimiento legal expreso en el derecho colombiano en el artículo 1500 del CCivC y han tenido su desarrollo en las diferentes normas que reglamentan las tipologías contractuales, mientras que en el derecho español no tuvo desarrollo legal expreso y específico, pero se identifican al interpretar la regulación de los tipos contractuales, como acaece en el artículo 78 de la LCoop con respecto al

---

<sup>416</sup> HINESTROSA, F. (2015), *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*, Vol. II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., pág. 113.

<sup>417</sup> GALGANO, F. (1992), *El negocio jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 123.

*contrato de grupo cooperativo*, no obstante su amplitud e indeterminación frente al contenido del citado negocio jurídico<sup>418</sup>.

A continuación se estudian las cláusulas naturales del aludido negocio jurídico, pues las esenciales y accidentales ya fueron revisadas<sup>419</sup>.

- i) Las cláusulas naturales y su relación con el principio de la buena fe.

Las *clausulas naturales* son aquellas que se consideran como inherentes al contrato, sin necesidad de que las partes las señalen expresamente. En ese sentido, las cláusulas naturales suplen la voluntad de las partes cuando ellas guardan silencio u omiten estipular un aspecto que necesariamente se deriva de la naturaleza del contrato<sup>420</sup>.

Con base en aludidas cláusulas, el contrato se integra con otros elementos que emanan de la naturaleza del contrato y del principio de la buena fe<sup>421</sup>, los cuales generan obligaciones, para ambas partes, que no se pueden

---

<sup>418</sup> “El escrito deberá tener un *contenido* mínimo establecido legalmente. El contenido del acuerdo a participar en el grupo no está determinado legalmente. Pero de la lectura del art. 78.1 y 2 LC se deduce que puede ser muy amplio” DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 126.

<sup>419</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.C.1 Fase preliminar.*

<sup>420</sup> HURTADO PALOMINO, J. V. (2015), *op. cit.*

<sup>421</sup> El principio de la buena fe es un elemento integrador del contenido y efectos del negocio jurídico, al “ampliar las obligaciones literalmente asumidas mediante el contrato, o eventualmente de restringir esas obligaciones en los casos y en la medida en los que, de hacerse valer su tenor literal, contravendrían aquel criterio”. BETTI, E. (1969), *Teoría General de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 102. “(...) nadie negará que la buena fe es un principio general del derecho, y que «informa el Ordenamiento jurídico» en su conjunto (...), consiguiéndose con ello los mismos efectos prácticos que si se

desconocer bajo el pretexto de que tales obligaciones no se pactaron expresamente en el negocio jurídico<sup>422</sup>.

En ese sentido, la influencia del principio de la buena fe contractual en el contenido del contrato, induce el surgimiento de deberes especiales o la ampliación de los deberes inicialmente asumidos por las partes cuyo incumplimiento podría considerarse como contravención al contenido de la obligación<sup>423</sup>.

Atendiendo lo expuesto, se infiere que dentro de las obligaciones que surgen de la relación contractual en cabeza de los extremos negociales está aquella relacionada con el suministro de información concerniente al desarrollo del *iter contractual* que se deriva del deber de lealtad y corrección emanado del principio de la buena fe<sup>424</sup>. A continuación, se explica esta cláusula natural en el contexto de los *grupos cooperativos*, sin perjuicio de la existencia de otras que en razón a los propósitos del presente trabajo no se alcanzan abordar.

---

tratará de un criterio de interpretación de normas con valor autónomo”. CARRASCO PERERA. A. (2010), *Derecho de Contratos*. Editorial Aranzandi – Thomson Reuters, Navarra. pág. 527.

<sup>422</sup> HURTADO PALOMINO, J. V. (2015), *op. cit.*

<sup>423</sup> Díez GARCÍA, H. Y GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2009), “Interpretación e integración del contrato” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dirección), *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 805-998, pág. 964.

<sup>424</sup> “(...), los deberes de lealtad y corrección que emanan del principio de buena fe contractual, son de contenido amplio y extenso, por tal razón, se hace necesario precisar su alcance, a partir de la calificación del contrato específico que reglamenta la relación comercial y con la identificación de comportamientos que debe asumir el sujeto contractual, los cuales desarrollan los citados deberes y a su vez permiten concretar la buena fe contractual que es catalogada como una cláusula general”. HURTADO PALOMINO, J. V. (2014), *La compraventa de inmueble futuro destinado a vivienda: Las obligaciones del vendedor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., págs. 53-54.

- Suministro de información *suficiente, clara, oportuna y transparente* a cada una de las entidades que conforman el *grupo cooperativo* durante la vigencia del *contrato de grupo*.

La realidad compleja de los *grupos empresariales* exige una alta transparencia informativa que dé cuenta de las diferentes circunstancias influyentes en su actividad cotidiana no solo en las etapas de su constitución<sup>425</sup>, sino también a lo largo de su duración<sup>426</sup>. Tal situación es de pleno recibo en el ámbito de los *grupos cooperativos*, que en razón de su naturaleza paritaria u horizontal, el flujo de información no solo debe dirigirse hacia la entidad cabeza de grupo por los integrantes, sino que ella debe fluir entre todos sus miembros.

En ese orden de ideas, se deduce que en el *contrato de grupo cooperativo*, encontramos como cláusula natural aquella relacionada con el suministro de información *suficiente, clara, oportuna y transparente* a cada una de las entidades que conforman el *grupo* sobre temas de gran interés, como cuestiones relacionadas con el orden organizativo, sobre modificaciones patrimoniales relevantes en las entidades de base, concerniente a las líneas de directrices de la política de inversiones y desinversiones, entre otros temas.

- *Confidencialidad en la información*.

---

<sup>425</sup> Vid. *Supra*, Capítulo II.C FASES DE CREACIÓN DEL GRUPO COOPERATIVO.

<sup>426</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 91.

Durante la ejecución del *contrato de grupo cooperativo* sus integrantes socializan entre sí aspectos internos y secretos de su vida empresarial, por tal razón se catalogan de alta sensibilidad desde el punto de vista comercial, financiero y jurídico, con el propósito que la *dirección unitaria* se ejerza atendiendo tales aspectos y se prevea su posible alteración o modificación en procura de hacer efectivo el *interés de grupo*.

Lo anterior conduce a que los miembros del *grupo cooperativo* asumen la obligación recíproca de no emplear, explotar o divulgar tal información de manera directa o indirecta para sacar provecho propio o ajeno, en perjuicio de los intereses del integrante que es titular de la misma y, peor aún, del *interés de grupo*.

#### b) Forma

Sobre los formalismos o solemnidades que se establecen para el perfeccionamiento de los negocios jurídicos se afirma que ellos más que modo de hacer significan certeza, toda vez que determinan los resultados que se siguen al comportamiento desplegado; más que requisitos, especifican el tipo y los efectos del negocio; más que rituales o gestos, son transparencia y son publicidad; más que imposiciones, simbolizan libertad, pues las formas garantizan la correcta participación en el tráfico<sup>427</sup>.

---

<sup>427</sup> KOTEICH, M., NEME VILLARREAL M. L., CORTÉS, E. (2005), "Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 9. págs. 129-174, pág. 173.

En ese sentido, los formalismos contribuyen a que las partes avoquen sus relaciones negociales de una manera reflexiva y prudente, que cuenten con la posibilidad de obtener asesoramiento profesional, que valoren la conveniencia del negocio en consideración a las obligaciones y derechos que derivan de las mismas<sup>428</sup>, haciendo que la forma, más que catalogarse como elemento estructural del contrato, se considere que es un elemento que se debe valorar a partir de su función<sup>429</sup>.

Ahora, en el ámbito del *contrato de grupo*, si bien es cierto se podría catalogar como *consensual*, en razón a que se puede formalizar mediante documento privado o por medio de los estatutos de la sociedad que ejercerá el poder de dirección unitaria frente a las otras<sup>430</sup>, lo cual es una muestra del empoderamiento de la autonomía contractual en el campo empresarial mediante la *autorregulación*<sup>431</sup>, es necesario precisar que en el campo específico del *grupo cooperativo en sentido estricto* el legislador español estableció su carácter formal o *ad solemnitatem* en el numeral 4 del artículo 78 de la LCoop. al exigir que los compromisos generales asumidos *ante* el grupo se deben formalizar por escrito, lo cual podrá hacerse en los estatutos de la entidad cabeza de grupo, si ésta es sociedad cooperativa, o mediante otro

---

<sup>428</sup> Ibídem, pág. 159.

<sup>429</sup> CAPOBIANCO, E. (2017), *Lecciones sobre el contrato*, Editorial Zela, Perú, págs. 145-146.

<sup>430</sup> *Vid. Supra*, Capítulo I.F EL CONTRATO DE GRUPO EN GENERAL.

<sup>431</sup> “Como ocurre muchas veces en el ámbito del Derecho de la empresa, la realidad se acaba imponiendo y no ha de extrañar por ello que, conscientes de que la consecución del interés del grupo es un objetivo plenamente legítimo, los operadores avancen en la elaboración de sus propias reglas de organización. En este contexto se plantea la utilidad de los denominados *reglamentos de grupo*”. MARÍN DE LA BÀRCENA, F. (2016), *op. cit.*, pág. 2.

documento contractual que deberá elevarse a escritura pública. Lo anterior no acaece en el Derecho colombiano, pues el legislador no reguló el tema.

Con respecto a la citada disposición, es importante precisar que si la cabeza de grupo es una sociedad cooperativa podría estarse, según lo dicho, en el contexto del cooperativismo de segundo grado y, en razón a ello, los compromisos de grupo se formalizarán por escrito en los estatutos de aquella. Ahora, si la entidad cabeza de grupo no es una sociedad cooperativa, la determinación del concreto documento que ha de recoger el *acuerdo o contrato de grupo* dependerá de la modalidad de organización que se haya elegido para el mismo. En ese sentido, en el evento en que el grupo sea personificado, el documento contractual deberá ser el que se exija para la forma social a la que responda aquella, es decir la escritura pública; para el supuesto de sociedades mercantiles serán los estatutos; y si se trata de una sociedad civil será el documento privado. De otra parte, en el caso que el grupo sea una organización separada, los compromisos adquiridos ante el grupo habrán de formalizarse por escrito, no en los estatutos de la entidad cabeza de grupo, sino en el documento que recoja el propio contrato de grupo, toda vez que la entidad cabeza de grupo no puede estipular en sus estatutos que entidades que no son sus socias acogieron ciertos *compromisos generales*. En todo caso, el documento contractual deberá elevarse a escritura pública, incluso en la hipótesis que los compromisos se formalicen en los estatutos de la entidad cooperativa cabeza de grupo<sup>432</sup>, y en caso de ser ésta un sujeto inscribible, en

---

<sup>432</sup> “El documento contractual deberá elevarse a escritura pública. La mención a otro documento contractual que contenga el contrato de grupo, cuando la sociedad cabeza del mismo no sea sociedad cooperativa lleva al tradicional debate sobre la configuración del

razón a que en el derecho español contempla este requisito de forma en orden a la inscripción registral<sup>433</sup>.

Sobre el tema del registro del *acuerdo de grupo* en el ámbito autonómico, el artículo 142.2 de LCIB se establece que serán los “estatutos del grupo cooperativo (los que) determinarán las facultades de administración y gestión que deberá tener su entidad cabeza de grupo”. La citada disposición es objeto de crítica, pues se incurre en el error de abrir la posibilidad de que el grupo esté personificado, situación que no es posible, como se ha señalado<sup>434</sup>, pues no se reconoce una hoja registral a su nombre, sino que se indica la existencia del *contrato de grupo* como anotación en las hojas registrales de cada sociedad integrada<sup>435</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se deduce que la función de la *formalidad o solemnidad* reflejada en la intervención notarial en la constitución del *grupo cooperativo* a través de la escritura pública, es contribuir en mantener el equilibrio entre la moderación del régimen jurídico que las leyes de cooperativas prevén para éste y el recurso por parte de sus integrantes a la autonomía de la voluntad en orden a la concreción de la estructura y

---

contrato de grupo como contrato de organización”. NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P (Dir), *op. cit.*, pág. 166.

<sup>433</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1038-1039.

<sup>434</sup> *Vid. Supra. Capítulo II.B.2 Grupo Cooperativo en sentido estricto.*

<sup>435</sup> NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P (Dir), *op. cit.*, pág. 167.

características del mismo<sup>436</sup>, además de facilitar la inscripción en el Registro de Cooperativas en el que esté inscrita cada cooperativa integrante a efectos de su oponibilidad ante el mercado.

## 2. Efectos del perfeccionamiento del contrato de grupo cooperativo.

A partir del momento que nace a la vida jurídica el *contrato de grupo cooperativo*, surgen una serie de efectos<sup>437</sup> que recaen no solo en el carácter vinculante del negocio jurídico entre las partes, sino que también se proyectan en alteraciones en la faceta interna de las entidades que se vinculan como partes del citado negocio jurídico y en la constitución de la responsabilidad entre los miembros del *grupo cooperativo* o de estos, en especial la entidad cabeza de grupo, con respecto a los asociados cooperativistas y/o terceros<sup>438</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, los efectos del negocio jurídico tienen como principales destinatarios a las partes contractuales, es decir a los

---

<sup>436</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1039.

<sup>437</sup> “Los efectos jurídicos producidos en virtud de la autonomía privada son siempre, ciertamente efectos jurídicos legales, en la medida en que el acto de autonomía privada sólo tiene eficacia jurídica en virtud del Ordenamiento jurídico. El Ordenamiento jurídico se limita, sin embargo, a atribuir eficacia jurídica a la configuración autónomo-privada en la medida en que la reconoce. Por eso, con razón se puede hablar de efectos jurídicos en virtud de la autonomía privada. Por otro lado, son consecuencias jurídicas legales aquellas que se producen sólo en virtud de la Ley, en cuanto que la Ley determina la consecuencia jurídica valorando jurídicamente relaciones y acontecimientos, en especial actos humanos. FLUME, W. (1998), *El Negocio Jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, España, pág. 25; “(...) se puede afirmar sin dificultad que el negocio tiene una doble eficacia: a) La de *título* de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas, o, expresado de otro modo, de fundamento de una relación jurídica, de creador de una nueva realidad jurídica; b) La de establecer *una regla*, con la que se mide la conducta de autorizados y obligados (lo permitido, lo debido, el incumplimiento); lo que se ha designado con el término sugestivo, aunque equívoco, de significado "preceptivo" del negocio”. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas S.A., Madrid, pág. 32.

<sup>438</sup> *Vid. Infra, Capítulo III RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.*

integrantes del *grupo cooperativo*, sin perjuicio que *eventualmente* puedan cobijar a terceros ajenos a la relación negocial<sup>439</sup>, como a los miembros cooperativistas y aquellos sujetos que entablaron vínculos contractuales con los integrantes del *grupo cooperativo*.

a) La obligatoriedad para las partes del *contrato de grupo cooperativo*.

Se debe tener en cuenta que el principal rasgo característico del negocio jurídico es su carácter vinculante o compromisorio en el plano del derecho<sup>440</sup>, el cual es distinto a la producción de obligaciones que asumen cada uno de los extremos negociales, que son determinadas e individualizadas en primera instancia por la ley al reglamentar el tipo contractual específico o por las partes negociales, de manera supletiva, en ejercicio de su autonomía contractual<sup>441</sup>.

La obligatoriedad del contrato para las partes se traduce en la regla romana denominada *pacta sunt servanda* consagrada en los artículos 1091 y

---

<sup>439</sup> “(...) el principio según el cual un negocio no produce efectos para los terceros puede ser replanteado tendencialmente, así: un tercero no puede formular pretensiones que no correspondan a la voluntad del disponente; al tercero no se le puede imponer ningún efecto desfavorable; él puede siempre rehusar los efectos favorables o renunciar a ellos”. BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I, Volumen 2, Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá, D.C. pág. 1012; “(...) el contrato crea una situación jurídica de la cual los terceros no pueden de ninguna manera hacer abstracción y que su ejecución o su inejecución entraña muy frecuentemente para ellos consecuencias que pueden ser ventajosas o perjudiciales. (...) Ahora, esta complicación de las relaciones contractuales multiplica los casos en los cuales la inejecución de una convención perjudica directamente a un tercero (que es en sí otro miembro del grupo asociado a la tarea común, o el beneficiario final de la prestación incumplida)”. VINEY, G. (2007), *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad.*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., págs. 391-392.

<sup>440</sup> SCOGNAMIGLIO, R. (2004), *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, pág. 346.

<sup>441</sup> HURTADO PALOMINO, J. V. (2014), *op. cit.*, pág. 51.

1602 de los Códigos Civiles de España y Colombia, respectivamente, la cual deriva del principio de buena fe, que exige a los extremos negociales la 'firmeza de los acuerdos' impidiendo el desconocimiento unilateral de los mismos por ellos<sup>442</sup>.

Por lo anterior, se colige que en virtud del carácter vinculante del *contrato de grupo cooperativo* se hace efectiva la *unidad de decisión o poder de dirección* emanada de la entidad cabeza de grupo, toda vez que sus integrantes al estar comprometidos a seguir las directrices de esta última, estarían persiguiendo el *interés grupal* y, simultáneamente, la debida consideración de los intereses de las sociedades cooperativas que, desde la base, configuran realmente los perfiles y características básicas del *grupo cooperativo* como modalidad de integración empresarial<sup>443</sup>.

Adicionalmente, la obligatoriedad de las instrucciones proferidas por la entidad cabeza de grupo se encuentra legitimada por el *interés de grupo* que ellas persiguen, sin embargo, se aclara que tales indicaciones no pueden ser perjudiciales para los miembros del *grupo*, no obstante que ellas persigan el beneficio del interés grupal<sup>444</sup>.

---

<sup>442</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2014), "Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual" en SORIANO CIENFUEGOS, C. (Coord.), *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: Desarrollos Actuales y Perspectivas Históricas*, Editorial Novum - Universidad Panamericana, Ciudad de México, págs. 191-238.

<sup>443</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1024-1025.

<sup>444</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 228.

- b) La incorporación o constitución del *grupo cooperativo* conlleva a la modificación del objeto social de las cooperativas de base en razón al cambio del *interés social* por el *interés grupal*.

Si bien es cierto que el legislador español en el artículo 78 de la LCoop reconoció la legitimidad del *poder de dirección* que corresponde ejercer a la entidad cabeza del *grupo cooperativo* y la naturaleza vinculante de las instrucciones impartidas en uso del mismo, se debe tener en cuenta que las entidades destinatarias de las instrucciones son sociedades cooperativas cuya naturaleza jurídica excluye la posibilidad de ser dominadas<sup>445</sup>, pero sus ámbitos de gestión, administración o gobierno podrán resultar afectados, según el numeral 2 del mencionado artículo, toda vez que faculta a la entidad cabeza de grupo efectuar el establecimiento de normas reglamentarias comunes, la conformación de relaciones asociativas entre las entidades de base o compromisos de aportación periódica de recursos calculados en función de su respectiva evolución empresarial o cuenta de resultados<sup>446</sup>.

En ese sentido, en virtud de la existencia del *contrato de grupo cooperativo* y de las cláusulas naturales que integran el citado negocio jurídico que contienen las facultades descritas en el párrafo precedente que recaen en

---

<sup>445</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1025.

<sup>446</sup> "(...) una vez el ejercicio efectivo de la dirección unitaria del grupo ha sido incorporado expresamente a la cláusula del objeto social de la matriz o ha quedado recogido en un contrato de grupo, tal poder se convierte en parte integrante de los deberes orgánicos de los administradores de tal sociedad". FUENTES NAHARRO, M. (2008), "Accionistas externos de grupos de sociedades: Una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz", Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid, pág. 130.

la entidad cabeza del citado *grupo*, se verifica que el objeto social, el interés social y la competencia de los distintos órganos de las cooperativas de base resultan alterados por el *interés grupal*<sup>447</sup>, situación que permite inferir que dentro de los efectos del *contrato de grupo cooperativo* está aquel de modificar *de hecho* los estatutos y la estructura de las sociedades que conforman el *grupo cooperativo*<sup>448</sup>.

Dichos efectos jurídicos son oponibles a las entidades que fueron partícipes en la realización del *contrato de grupo cooperativo* desde del momento de su constitución, toda vez que ellas son parte del citado negocio jurídico, como se expuso en el epígrafe precedente<sup>449</sup>. Por lo tanto, los extremos negociales del contrato en mención *en principio* no podrían oponerse a tales efectos, bajo el argumento que su objeto social es inalterable en virtud de la autonomía e independencia orgánica y patrimonial de cada uno de ellos que otorga la personalidad jurídica, porque tales sujetos conocían de antemano las consecuencias jurídicas que acarrearían para su objeto social, sus intereses y estatutos, al ser partícipes de las fases preliminar y decisoria de la creación

---

<sup>447</sup> “(...) la doctrina ha propuesto la necesidad de reconstruir en el contexto de los grupos, la noción de interés social de un modo más profundo, o mejor dicho, más abierto. (...) Por ello debemos observar la cláusula de interés social de una sociedad de grupo desde la función específica que está llamada a desempeñar en la realidad del fenómeno: hacer eficiente la política del grupo en que se halla integrada esa sociedad (...)”. FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 162.

<sup>448</sup> En sentido contrario DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 125. Tales autores afirman que si en el *contrato de grupo cooperativo* se contemplan normas reglamentarias comunes a las cooperativas de base, ellas no podrán ser contrarias a las normas estatutarias, porque de aceptarlo se estaría modificando los estatutos sin cumplir los requisitos necesarios de publicidad.

<sup>449</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.C FASES DE CREACIÓN DEL GRUPO COOPERATIVO EN SENTIDO ESTRICTO.*

del *grupo cooperativo*<sup>450</sup>, pues ellos a través de sus Consejos Rectores elaboraron el *proyecto de grupo*, aceptaron el *acuerdo inicial* y decidieron la adopción del *contrato de grupo cooperativo* por cada una de las Asambleas de los miembros del grupo.

Aceptar una conducta dirigida a desconocer el efecto vinculante emanado del *contrato de grupo cooperativo* dirigido a la modificación del objeto social de las cooperativas de base en razón al cambio del *interés social* por el *interés grupal*, se estaría contrariando el postulado del *pacta sunt servanda* y ello atentaría contra el principio de la buena fe, pues éste obliga a las partes mantener su promesa, no de manera literal, sino de acuerdo al espíritu del negocio convenido y, en cuanto tal, a adecuar la propia conducta a la plena realización del acuerdo<sup>451</sup>.

Es importante aclarar que el cumplimiento de lo pactado en el *contrato de grupo cooperativo* no conlleva a que las entidades agrupadas resulten asumiendo un sacrificio grave y excesivo a sus *intereses sociales*, en procura de sacar adelante a toda costa el *interés de grupo*<sup>452</sup>, porque ello es contrario a la

---

<sup>450</sup> Vid. *Supra*, Capítulo II.C FASES DE CREACIÓN DEL GRUPO COOPERATIVO EN SENTIDO ESTRICTO.

<sup>451</sup> NEME VILLARREAL M. L. (2010), *La buena fe en derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 163 -172. En el mismo sentido, FREZZA, P. (1975), "*Fides Bona*". En: AAVV. *Studi sulla buona fede*. Giuffrè, Milán, pág. 10.

<sup>452</sup> "(...) el interés de grupo debe concebirse como un interés que no es en absoluto «extrasocial», antes al contrario, se trata de un interés dirigido a la maximización del conjunto agregado de las sociedades que componen el grupo y que, como tal, «trasciende» el interés de cada una de ellas sin llegar a «humillarlo», en tanto a largo plazo acaba «exaltándolo»". FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 208. "(...) el interés del grupo es un interés suprasocial común a todas las sociedades agrupadas y que se plasma en la maximización de los rendimientos del grupo. Debemos entender que con el adjetivo suprasocial nos referimos a

buena fe contractual, la cual propugna el equilibrio entre ambos intereses<sup>453</sup>, más aún, cuando a nivel autonómico existe la posibilidad que las partes puedan prever tales excesos y compensarlos a través de una cláusula accidental<sup>454</sup>.

En ese orden de ideas, y sin perjuicio de lo que se diga en epígrafes posteriores, nos encontramos ante un desplazamiento de la noción de interés social en favor del *interés de grupo*, lo cual significa que desde el momento en que una sociedad queda integrada en un grupo, su interés social ya no queda circunscrito al margen formal de la propia sociedad aislada, sino que se vincula necesariamente al interés por el conjunto de sociedades con las que se articula una nueva organización empresarial<sup>455</sup>, como lo es el *grupo cooperativo*<sup>456</sup>.

---

que aquel supera la esfera de cada una de las sociedades individualmente consideradas, pero que en ningún caso supone algo distinto al interés de la sociedad matriz o del conjunto de las sociedades agrupadas. Al respecto, se ha entendido que la afirmación contraria (asimilada a la tesis institucional para el caso de la sociedad isla) sería insostenible ya que «no habiendo sujeto de Derecho distinto, tampoco habrá interés distinto que pueda imputársele». MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *El fundamento de los Actos Perjudiciales en los grupos de sociedades. La acción rescisoria concursal y la responsabilidad por insolvencia*. Universidad CEU San Pablo. Madrid, pág. 54.

<sup>453</sup> “El principio de buena fe impone a las partes actuar de forma tal que se realice un balance entre los intereses recíprocos, más allá de la existencia de específicas obligaciones contractuales. La violación del principio de buena fe conlleva el incumplimiento del contrato y la obligación de resarcir el daño”. COMANDUCCI, P. (2011), “El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica”, *Revista de Derecho Privado*. N. 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., pág. 116.

<sup>454</sup> En el artículo 135 de la LCEX se adopta la doctrina de ventajas compensatorias en el ámbito de la responsabilidad *intragrupo* Al respecto ver NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P (Dir), *op. cit.*, págs. 158 y ss. *Vid. Infra Capítulo III.C UNA SOLUCIÓN: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL GRUPO COOPERATIVO*.

<sup>455</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2008), *op. cit.*, pág. 135.

<sup>456</sup> Por su parte, en el contexto de los grupos verticales en el derecho colombiano se establece que no existe variación o mutación alguna del objeto social de la empresa que se vincula en un *grupo*, pues lo que ocurre según la Ley 222 de 1995, “(...) es que dicho objeto se orienta de acuerdo con las directrices trazadas por la cabeza de grupo, quien debe considerar en sus decisiones las limitaciones propias de la capacidad de las sociedades subordinadas. Cada sociedad colabora con los propósitos del grupo en la medida de sus posibilidades, lo que no desnaturaliza el régimen de grupos empresariales, puesto que el mismo se fundamenta en la

Por lo tanto, la contradicción que en principio surgiría del enfrentamiento del interés social que cada sociedad del grupo persigue y los sacrificios que le son exigidos en nombre del *interés grupal*, se superaría a través de la *disociación temporal de la noción de interés social*<sup>457</sup>, sobre lo que se volverá<sup>458</sup>.

### 3. Oponibilidad o publicidad del contrato de grupo cooperativo.

La función primaria de todo mecanismo de publicidad es la de dar noticia a terceros, es decir, de hacer posible a todo el que tenga interés, el conocimiento de un determinado hecho, acto, negocio y, por ello, de una variación de la realidad que se traduce en el efecto o consecuencia jurídica, por

---

conservación de la personalidad jurídica de los vinculados y se da sin perjuicio del objeto social de cada empresa, expresión que no significa ampliación del objeto, sino la posibilidad de que en un mismo grupo se encuentren vinculadas sociedades con objetos sociales diferentes, los cuales, en virtud de la ley, siguen determinando la capacidad de cada una de ellas". SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (1999), Oficio 125-2831 de 22 de enero.

<sup>457</sup> "La contradicción que supone el enfrentamiento del interés social que cada sociedad del grupo persigue y los sacrificios que le son exigidos en nombre del interés común es superada a través de la disociación temporal de la noción de interés social, puesto que si la sociedad comete un acto contrario a su interés social inmediato a favor del interés del grupo está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio. Otros autores han entendido que lo que se produce es una *reducción o adaptación teleológica* del alcance del artículo 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital a los fines del grupo «con una valoración del conjunto de las ventajas compensatorias que recibe la sociedad al participar en las sinergias del grupo», lo que no deja de ser una propuesta similar a la disociación temporal de la noción de interés social". MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, págs. 77-78. "Si la sociedad comete un acto contrario a su interés social inmediato en favor del interés del grupo está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en *la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por ese sacrificio en su calidad de sociedad agrupada*. Gracias al reconocimiento de este interés global, situándolo en un plano superior y común a todos sus componentes, el grupo de sociedades aparece como un concepto autónomo y eficiente, dotado de pleno sentido y legitimidad". FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 163 y 164.

<sup>458</sup> *Vid. Infra. Capítulo III.C.2.b) La cláusula de ventajas compensatorias en el ámbito del grupo cooperativo.*

ejemplo el surgimiento, modificación o la extinción de una situación o de una relación jurídica<sup>459</sup>.

En ese sentido, cuando se cumple con la publicidad del acontecimiento, planteándolo como un aspecto exterior al suceso con el fin de hacerlo evidente más allá del círculo de los sujetos envueltos directamente en él, para efectos meramente declarativos<sup>460</sup>, a través de los trámites señalados en la ley, por ejemplo la inscripción del acto ante la oficina de Registro respectivo, dicho acontecimiento se torna oponible ante los terceros.

Con base en lo anterior, la oponibilidad o publicidad del *contrato de grupo cooperativo* se surte a través de la anotación en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa en el Registro de Cooperativas, conforme el numeral 5 del artículo 78 de la LCoop y el literal m del numeral 1 del artículo 9 y la letra i del artículo 11 del RRSC.

Ahora bien, en el contexto autonómico se aprecia el caso en que el registro no se realiza en la hoja respectiva de cada sociedad integrada al *grupo cooperativo*, sino que se realiza la inscripción del *grupo* como tal, como si fuese una persona jurídica, situación que no es admisible, como se ha explicado. En ese sentido, el artículo 123.k) de la RLSCA consagra que tiene que inscribirse con carácter obligatorio en el Registro de Cooperativas Andaluzas la constitución y disolución de un *grupo cooperativo*. En lo

---

<sup>459</sup> BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *op. cit.*, págs. 1128-1129.

<sup>460</sup> *Ibidem*, pág. 1129.

concerniente a la inscripción de la constitución del *grupo cooperativo*, el artículo 145 de la RLSCA establece que la persona que ostente la Presidencia del órgano de administración de la sociedad cabeza de grupo o, en cualquier caso, de la entidad fundadora que se determine en el documento contractual constitutivo, solicitará la inscripción de la constitución del grupo ante la Unidad Central del Registro, presentando un ejemplar del documento contractual constitutivo o, en el caso de tratarse de escritura pública, copia simple o autorizada de la misma, entre otros documentos. Así mismo, señala la norma autonómica que el Registro de Cooperativas resolverá sobre la inscripción del documento contractual constitutivo, o de la escritura de constitución, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130, incluyéndose a tal efecto la constitución del grupo en la Sección de Grupos cooperativos que esta dentro del Libro de inscripción de sociedades cooperativas que refiere el artículo 117.1.a), plasmando los siguientes datos en la hoja de inscripción: fecha de constitución, número de inscripción, entidades iniciales que forman parte y, si procede, fecha de baja del grupo cooperativo<sup>461</sup>.

Sin perjuicio de lo establecido en la normatividad autonómica, se deduce que la LCoop y el RRSC exige dejar constancia registral del *contrato o acuerdo de creación del grupo*, es decir del negocio jurídico del que nace el *grupo cooperativo*, y no del acuerdo de cada cooperativa que refleja tan solo la

---

<sup>461</sup> CANO ORTEGA, C. (2016), "Las cooperativas de segundo o ulterior grado y otras formas de colaboración entre cooperativas. una perspectiva desde la ley andaluza de cooperativa", Comunicación en el *XVI Congreso de investigadores en economía social y cooperativa*, CIRIEC-España, 19, 20 y 21 de octubre, Valencia, págs. 21 y ss.

voluntad favorable a su constitución que puede, eventualmente, no producirse<sup>462</sup>.

Adicionalmente, la exigencia legal descrita no se limita al *contrato de grupo cooperativo*, sino que cobija los acuerdos de modificación, ampliación o resolución del acuerdo originario, a efectos de la anotación en la hoja correspondiente a cada sociedad cooperativa en el Registro competente<sup>463</sup>. En ese sentido, incluye la inscripción del acuerdo mediante el cual se *formaliza* la admisión de un nuevo miembro en un *grupo cooperativo* ya existente o su retiro<sup>464</sup>.

De otro lado, el RRSC establece que el Registro competente es el estatal de Cooperativas en el que necesariamente ha de estar inscrita cada una de las cooperativas vinculadas al *grupo*, incluida la cabeza que ostente dicha condición, es decir cooperativa<sup>465</sup>. Se resalta que el legislador guardó silencio sobre el reflejo registral de la situación de grupo en la hoja correspondiente cuando uno de sus integrantes y/o la entidad cabeza de grupo sea un sujeto inscribible pero no tenga la condición de cooperativa<sup>466</sup>.

---

<sup>462</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, pág.300.

<sup>463</sup> DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), *op. cit.*, pág. 126.

<sup>464</sup> "(...) entendemos que si en el Registro de cooperativas ha de constar «el acuerdo de integración en el grupo» o «la pertenencia al grupo», también deberá acceder a la hoja de la cooperativa afectada el hecho de que haya dejado de pertenecer al mismo, como medida de protección del interés de los terceros en el conocimiento de la composición real del concreto grupo cooperativo". ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1041.

<sup>465</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs.300-301.

<sup>466</sup> Sobre tal vacío legal, se afirma que "(...) una ley de cooperativas no puede entrar en terrenos extraños a su ámbito, y, de ser ésta autonómica, mucho menos invadir la competencia

Por otra parte, es relevante señalar que dicha inscripción no tiene carácter constitutivo para la pertenencia del *grupo*, toda vez que la cooperativa se integra al *grupo* a partir del momento en que la Asamblea General apruebe su incorporación<sup>467</sup>. En ese sentido, tal inscripción se ha de entender como una consecuencia del principio de titulación pública que rige los Registros de cooperativas (estatal y autonómicos) al igual que el Registro mercantil, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 110 de la LCoop. y el numeral 1 del artículo 5 del RRM<sup>468</sup>.

---

estatal en materia mercantil o civil; pero silencio que no se puede salvar con el recurso a la analogía pues actos inscribibles de un sujeto sólo son aquellos para los cuales se haya previsto expresamente la inscripción". ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1041.

<sup>467</sup> VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *op. cit.*, pág. 227. En el mismo sentido, MORILLAS JARILLO, M. Y FELIÚ REY, M. (2002), *op. cit.*, pág. 626.

<sup>468</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1038 y 1039.

### III. RESPONSABILIDAD EN EL GRUPO COOPERATIVO.

En el contexto de los *grupos cooperativos*, no existe en la normatividad tanto española como colombiana regulación específica sobre la responsabilidad de la entidad cabeza de grupo frente a los daños causados a sus integrantes y a los asociados de estos últimos<sup>469</sup>, situación que ha sido justificada por la doctrina en razón a la naturaleza y caracterización de tales grupos y porque en ellos *supuestamente* solo son viables las instrucciones favorables o neutras para las sociedades integradas<sup>470</sup>.

No obstante, el Derecho no puede negar que los *grupos cooperativos* es un escenario propicio en donde se *intensifiquen las oportunidades de existencia de conflictos de interés*<sup>471</sup> y que se desplieguen *posibles abusos derivados de la independencia de personalidad jurídica* y, por ende, *del patrimonio de las sociedades integradas en el grupo*<sup>472</sup>, lo cual subyace la

---

<sup>469</sup> “(...) en España no existe una regulación unitaria del fenómeno de los grupos, que resuelva expresamente los problemas de responsabilidad civil en el seno de los mismos. Ni siquiera existe una solución sectorial, como sucede en Italia. Tampoco contamos con una normativa de alcance comunitario. De ahí la necesidad de proceder a la reinterpretación de las normas de responsabilidad societaria pensadas para la sociedad aislada”. LARGO GIL, R. Y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2003), “La imputación de la responsabilidad civil en el seno de los grupos de sociedades” en DE VAL TENA, A. (Coord.) & RIVERO LAMAS, J. (Coord.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: “el outsourcing”*, Thomson Reuters Aranzadi, España, pág. 405-437, págs. 407-408.

<sup>470</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *op. cit.*, págs. 240-241.

<sup>471</sup> “(...) aunque el grupo por coordinación ejerza su dirección de forma igualitaria, la consecución del interés del grupo a que esa dirección atiende le llevará, igualmente, a conflictos entre aquel interés y el de alguna sociedad agrupada, así como a la probable postergación de este último, generando con ello efectos negativos sobre el patrimonio de dicha sociedad, lo que puede redundar en perjuicio de los acreedores de la sociedad afectada por la política del grupo”. MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 52.

<sup>472</sup> En el ámbito de los grupos verticales se afirma que “(...) la problemática connatural a los grupos de sociedades deriva fundamentalmente: a) de las *mayores oportunidades de existencia de conflictos de interés* al añadirse la dimensión grupo-sociedades dependientes,

problemática relativa a la extensión de la responsabilidad patrimonial dentro del grupo, es decir, a la posible imposición de una responsabilidad ilimitada, global y objetiva a la sociedad cabeza de grupo por los daños-perjuicios ocasionados a las sociedades miembros y a sus asociados<sup>473</sup>.

Lo expuesto plantea dificultades de tratamiento jurídico en materia de responsabilidad del grupo y de protección de socios, pues exige la revisión crítica de las teorías que se han desarrollado para precisar la imputación de responsabilidad de la cabeza de grupo, como la del administrador de hecho, de la gestión de negocios ajenos, entre otras, para efectos de determinar su viabilidad en el contexto de los *grupos cooperativos*.

Por lo anterior, resulta imprescindible buscar el criterio de imputación más plausible que permita extender la responsabilidad patrimonial *intragrupa* a la cabeza del *grupo cooperativo* en aquellos casos en que resulte manifiesto que la instrucción de ésta se dirija a perjudicar de manera grave los intereses de sus integrantes y de forma indirecta a sus socios, y que a su vez responda a

---

que se ve acrecentada por la mayor distancia entre la titularidad patrimonial del grupo, que pertenece a los socios de la dominante, y la gestión de las sociedades dependientes, que suele limitarse a los órganos de administración de la sociedad dominante o de las sociedades intermedias, en caso de grupos multinivel (y que deja, en definitiva, vacía de competencias y de una capacidad de decisión real a las juntas de prácticamente de todas las sociedades del grupo); y b) de los *posibles abusos derivados de la independencia de personalidad jurídica* (y, por tanto, de patrimonio) de las sociedades integradas en el grupo. En ambos casos, además de las medidas orientadas a prevenir o paliar dichos conflictos de interés o potenciales abusos, subyace la problemática relativa a la extensión de responsabilidad patrimonial dentro del grupo (esto es, a la imposición de una responsabilidad ilimitada, global y objetiva a la sociedad dominante por las responsabilidades de todas las sociedades dominadas)". SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2012), *op. cit.*, pág. 474.

<sup>473</sup> "(...), la aceptación de una responsabilidad global comporta la negación de la legitimidad de la empresa de grupo, esto es, considerar que se trata de una institución peligrosa, merecedora de un tratamiento sancionatorio por el ordenamiento, lo que no se corresponde con la realidad económica". LARGO GIL, R. Y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2003), *op. cit.*, pág. 409.

la necesaria eficiencia entre responsabilidad y dirección empresarial, sin desvanecer el atractivo que provoca el *grupo* para articular una actividad empresarial<sup>474</sup>.

Para tal fin, se debe partir de la premisa de que existe una relación estrecha entre la *dirección unitaria* y el *interés de grupo*, canalizados a través del *contrato de grupo* y demás negocios jurídicos conexos a éste, los cuales hicieron que el objeto social de cada uno de los integrantes mutara o se convirtiera de un *interés social en sentido estricto* a un *interés grupal*, según se analizó en epígrafes anteriores. Tal vínculo se evidencia en los lineamientos que deben seguir los miembros que conforman el grupo en su actividad empresarial; y al considerarlos como parámetros, junto con el principio de la buena fe, que permiten efectuar la valoración del comportamiento atribuible al sujeto al que se le imputa la responsabilidad, por los daños ocasionados a los miembros del grupo y a los asociados de estos últimos.

Ahora, entender que en los *grupos cooperativos* se encuentra limitada la facultad de impartir instrucciones solo a aquellas que resulten favorables o que sean neutras respecto de las entidades agrupadas, no facilita la estabilidad de la figura ni contribuye a lograr una estructura empresarial sólida<sup>475</sup>, pues, en la práctica se evidencian situaciones contrarias en donde el *capogruppo* señala instrucciones perjudiciales para las entidades agrupadas y sus asociados

---

<sup>474</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. pág. 94.

<sup>475</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1046.

desviándose del *interés grupal*, del *contrato de grupo cooperativo* y de la buena fe contractual; y lamentablemente las leyes de cooperativas de España y Colombia no abordan con plenitud y rigurosidad tal problemática<sup>476</sup>, con excepción de la LCEX, que a pesar de sus buenas intenciones, requiere de ciertas reflexiones como ya se explicó<sup>477</sup>.

En todo caso, las instrucciones emanadas de la cabeza del *grupo cooperativo* para las cooperativas integradas, siempre deben estar orientadas por el interés conjunto del grupo, sin que ello implique un sacrificio excesivo que atente contra la estabilidad económica y jurídica de los demás integrantes, pues el principio de la buena fe impide tal circunstancia y vela por los intereses de ellos, de los asociados cooperativistas y de terceros.

Adicionalmente, carece de sentido excluir a los *grupos cooperativos* del tratamiento de la responsabilidad, toda vez que en ellos, como verdadero grupo que son, se ejerce un poder de dirección unitaria por quienes se consideran como sus titulares en virtud del *contrato de grupo*, atendiendo que en esta tipología de grupo, a diferencia del grupo vertical, ninguna sociedad está dominada por otra<sup>478</sup>, sin perjuicio de las observaciones ya realizadas frente al *grupo cooperativo jerárquico*<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> En lo concerniente a la responsabilidad civil por deudas, el legislador cooperativo se limitó a establecer expresamente el impedimento de la comunicación de responsabilidades en el artículo 78.6 L.Coop.

<sup>477</sup> Vid. *Supra* Capítulo II.C.1 Fase preliminar.

<sup>478</sup> En el ámbito del grupo paritario, EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 93.

<sup>479</sup> Vid. *Supra*. Capítulo II.B.2 Grupo Cooperativo en sentido estricto. Sobre los *grupos cooperativos jerárquicos* revisar AGSTNER, P. (2017), *op. cit.*

A continuación, se aborda con mayor detalle los aspectos señalados en los anteriores párrafos que permiten comprender la responsabilidad en el *grupo cooperativo*.

#### A. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA EN EL ÁMBITO DE GRUPOS.

Por tradición, el derecho de grupos se ha enfocado en la protección de los intereses vinculados a las sociedades que se encuentran sometidas a una relación de dependencia respecto del sujeto que ejerce la unidad de propósito y dirección, por ende, las medidas tuitivas que ha adoptado el derecho de grupos siempre han tenido un ámbito de aplicación que excluía los intereses vinculados a sociedades integradas en grupos por coordinación, como es el caso de los grupos cooperativos, en razón a la inexistencia entre ellas de relación de dependencia<sup>480</sup>, sin perjuicio de otras exclusiones<sup>481</sup>.

A nuestro juicio, la citada exclusión no es correcta porque la responsabilidad se debe enfocar en quien ejerce la *unidad de propósito* y

---

<sup>480</sup> “En forma coincidente, para Chalar y Mantero es claro que en las estructuras de carácter paritario y de coordinación y en las fuertemente descentralizadas, donde no está presente la figura del control, no puede razonablemente plantearse la existencia de responsabilidades intragrupo, incluso cuando exista una dirección unitaria”. MENDIVE DUBOURDIEU, A. (2013), “Responsabilidad civil del conjunto económico”, Revista de la Facultad de Derecho ISSN 0797-8316, N° 35, Montevideo, Julio-Diciembre 2013, págs. 111-132, pág. 123.

<sup>481</sup> Complementando lo descrito, la autora Fuentes Naharro establece que las medidas tuitivas también prescindían de su ámbito de protección todos aquellos intereses relacionados a la sociedad matriz. FUENTES NAHARRO, M. (2008), *op. cit.*, pág. 12.

*dirección* y no en el control; y porque los *grupos cooperativos* no están exentos de eventuales desviaciones del *interés grupal* por la entidad cabeza de grupo y de posibles abusos de la personalidad jurídica que generen daños a los demás integrantes y a sus asociados.

Enseguida se realiza una descripción de las principales teorías que se ha desarrollado en el derecho español y colombiano, a efectos de justificar y/o explicar la responsabilidad de la entidad cabeza de grupo, aclarando que las mismas se elaboraron en el contexto de los *grupos verticales o por dominación*.

No se hará mención a la *teoría del deber de fidelidad del socio dominante como instrumento de imputación de responsabilidad a la cabeza de grupo*, en razón a que la misma exige que el grupo se estructure a partir de participaciones societarias, situación que no acaece en el caso objeto de estudio, pues se limita al escenario de la conformación de un *grupo cooperativo* a través de un *contrato*. Tampoco se revisará la *teoría de la responsabilidad por la confianza defraudada en el grupo*, porque la misma apunta a una responsabilidad objetiva o estructural que responde a la manifestación de la existencia misma de grupo, contrariando la esencia “camaleónica” de este fenómeno económico-jurídico; y porque la misma se ha aplicado para proteger los derechos de los acreedores externos contractuales y/o extracontractuales de alguno de los miembros que conforman el grupo, situación que desborda la temática objeto de investigación, que se centra en la *responsabilidad intragrupo cooperativo* y de la cabeza de grupo frente a los asociados de los miembros que lo conforman.

## 1. Administrador de hecho.

Dado que en este punto se trata de la responsabilidad de administradores, antes de entrar a analizar la figura del *administrador de hecho* resulta pertinente efectuar una revisión a grandes rasgos de los deberes genéricos de diligencia y lealtad.

Así mismo, se hace la aclaración que a efectos de nuestro estudio, el análisis de la responsabilidad dentro del *grupo cooperativo* se hace en términos de diligencia. En ese sentido, la alusión a la buena o mala fe, a la extralimitación de la *capogruppo* como “administradora”, se efectúa desde la perspectiva de la falta de diligencia.

Los deberes generales de los administradores de diligencia y lealtad son regulados en la LSC en los artículos 225 a 232, los cuales no han sido ajenos a la crítica por su complejidad y falta de integración y coordinación<sup>482</sup>, son aplicables en el ámbito del *derecho cooperativo*, en virtud de la remisión expresa del artículo 43 de la L.Coop<sup>483</sup>, sin perjuicio de lo regulado en el ámbito autonómico<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> “(...) la vigente LSC dispone de un marco completo en materia de deberes, no exento de complejidad y de necesidades de interpretación, de integración y coordinación”. QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2018), “Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa” en DÍAZ MORENO, A. (Dir.) & VAZQUEZ CUETO, J. C. (Dir.), *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*, Thomson Reuters Aranzadi, España, págs. 21-52, pág. 24.

<sup>483</sup> Frente a los problemas de interpretación que plantea el artículo 43 de la LCoop, revisar: SEQUEIRA MARTÍN, A. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2003), “Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de las Cooperativas”, *RdS*, N. 21, p. 219 y ss.

En ese sentido, el artículo 225.1 establece que los administradores “deberán desempeñar el cargo y cumplir con los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario”.

Adicionalmente, de la citada disposición de la LSC se colige que el estándar de diligencia exigible a los administradores es el de un “ordenado empresario”, que ha sido entendida como un estándar de conducta especial, típica y cualificada, diferente a la de “un buen padre de familia”, que se exige al administrador para que adopte los mecanismos que garanticen el desarrollo del interés social, adquiera los conocimientos y tome las decisiones que en cada caso se requiera en cumplimiento del cargo y teniendo en cuenta el entorno de su gestión, es decir, el de una empresa actuante en un mercado en competencia<sup>485</sup>. En el ámbito de la Legislación Autonómica, por ejemplo el artículo 50.1 de la LCAND, encontramos otras fórmulas como la de exigir una actuación como un *ordenado gestor*, el cual hace referencia a una conducta con pericia, al empleo del necesario tiempo y el despliegue del oportuno esfuerzo en la toma de decisiones y en la ejecución de las tareas, el

---

<sup>484</sup> Como ejemplo de regulación autonómica está el artículo 47 de la LCCV, la cual tiene similitud con los artículos 225 –deber de diligente administración- y 236 a 241 de la LSC al establecer cuestiones tales como la acción social, la acción individual o la solidaridad existente entre los miembros del órgano de administración al hacer frente a la eventual indemnización. Al respecto, BATALER GRAU, J., PÉREZ GARRIGUES, M. Y VERCHER MOLL, J. (2014), “El sistema de responsabilidad de los administradores de las cooperativas valencianas”, Workshop Internacional: Nuevos modelos empresariales en el cooperativismo agroalimentario, pág. 6. En: <https://www.cegea.upv.es> [en línea]. Julio 22, 2014. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://www.cegea.upv.es/files/2014/07/El-sistema-de-responsabilidad-de-los-administradores-de-las-cooperativas-valencianas.pdf>

<sup>485</sup> CEBRIÀ, L. H. (2009), *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del –buen– juicio empresarial*, Editorial Marcial Pons, Madrid, pág. 53.

acatamiento de las leyes, el cumplimiento de los estatutos y del Reglamento de Régimen Interior, de los acuerdos de la Asamblea y de la política general de la sociedad señalada por ésta, entre otras conductas<sup>486</sup>.

A pesar de las aparentes distinciones entre los citados estándar de diligencia, algún sector de la doctrina asevera que ellos hacen referencia a un mismo estándar de actuación, que se debe revisar cada supuesto de hecho en concreto, y que en todo caso ambas exigen a los administradores actuar con profesionalidad<sup>487</sup>.

Por otro lado, frente al deber de lealtad se afirma que la LSC contempló tres aspectos a saber: su *contenido*, que comprende la cláusula general estipulado en el artículo 227, en la cual se integran sus tres elementos constitutivos de distinta naturaleza como lo son el modelo de “fidel representante”, el “obrar de buena fe” y que la actuación del administrador se oriente al “mejor interés de la sociedad”<sup>488</sup> y las enumeraciones casuísticas

---

<sup>486</sup> MORILLAS JARILLO, M. (2017), “El órgano de Administración. Apoderamiento y Dirección” en MORILLAS JARILLO, M. (Dir.) & VARGAS VASSEROT, C. (Dir.), *Retos y oportunidades de las sociedades cooperativas andaluzas ante su nuevo marco legal. Comentario a la Ley 14 /2011 de Sociedades Cooperativas Andaluzas y a su Reglamento de desarrollo (Decreto 123/2014)*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, pág. 239-294, pág. 273.

<sup>487</sup> Al respecto, SACRISTÁN BERGIA, F. (2006), “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, y de pérdidas patrimoniales”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVERSCO*, núm. 89, Ediciones Complutense, págs. 139-166, pág. 149. En sentido contrario, VICENT CHULIÀ, F. (1990), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, T XX. Ley General de Cooperativas*, Vol. 2. Edersa, pág. 818, quien señala que el estándar de un ordenado gestor tiene una significación específica, en congruencia con la calificación de la cooperativa como no comerciante.

<sup>488</sup> “En esta obligación de actuar “en el mejor interés” de la sociedad – y hacerlo de buena fe – se ha visto por los autores **el contenido “prescriptivo”** del deber de lealtad. El deber de lealtad es fundamentalmente **proscriptivo**, es decir, prohíbe a los que gestionan de forma discrecional el patrimonio ajeno en interés de sus titulares (o beneficiarios) cualquier conducta de apropiación de bienes o derechos de dicho patrimonio (*no profit*) y, para asegurar que dicha apropiación no se producirá, obligan al fiduciario a abstenerse de realizar transacciones entre

consagradas en los artículos 228 y 229, éste último artículo que regula las situaciones de conflicto de interés; su *régimen*, que mezcla la imperatividad como principio y la dispensa como escenario de flexibilidad específica; y su *incidencia*, en el evento de infracción del deber de lealtad, sobre la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores<sup>489</sup>.

La explicación más detallada y profunda de los citados deberes, excede los propósitos del presente trabajo, sin embargo es importante resaltar que a pesar de su autonomía e independencia, ambos se entrecruzan en razón a que, por un lado, el deber de diligencia se ha puesto en relación con el cargo desempeñado y en la información necesaria, como manifestaciones más relevantes; y de otro, cuando se verifica el cumplimiento o infracción del deber de lealtad en casos específicos, se deberá verificar si se han observado las pautas de diligencia exigida<sup>490</sup>.

Por su parte, en Colombia el régimen de deberes generales de los administradores de las Cooperativas están consagradas en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en virtud de la remisión expresa que hace el artículo 158 de

---

su patrimonio (o el de un tercero en el que el fiduciario tenga interés) y el patrimonio cuya gestión se le ha encargado (*no conflict*)". ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2018), "El deber de actuación independiente de los administradores en el mejor interés de la sociedad" En: [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org) [en línea]. agosto 6, 2018. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/deber-actuacion-independiente-los-administradores-mejor-interes-la-sociedad/>

<sup>489</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2018), *op. cit.*, págs. 24 y ss.

<sup>490</sup> *Ibíd.*, pág. 22.

la Ley 79 de 1988<sup>491</sup>. La descrita disposición de la Ley 222 de 1995 establece que “*los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen nombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*”. A efectos de la explicación de la descrita norma, me remito a lo expuesto en el contexto del Derecho español que es de pleno recibo, sin embargo me permito precisar que la diligencia de un *buen hombre de negocios* es un estándar de diligencia que indica que los administradores responden hasta por culpa levísima, contemplada en el artículo 63 del CCivC, que hace referencia a la esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes<sup>492</sup>.

Realizado el bosquejo general de los deberes generales de los administradores, a efectos del estudio del *administrador de hecho* como criterio de imputación a la cabeza del grupo, resulta primordial tener presente el rol que tienen los administradores tanto en la *capogruppo* como en las sociedades integradas al mismo y de qué manera las autoridades pueden revisar sus actuaciones cuando desconocieron sus deberes, en particular el de diligencia.

Para ello, es importante revisar la regla del *business judgement rule* o de puerto seguro, consagrada en el artículo 226 de la LSC, la cual no se considera como un estándar general de conducta, sino un estándar de valoración judicial

---

<sup>491</sup> SUPERINTENDENCIA SOLIDARIA DE COLOMBIA, Circular Básica Jurídica – Circular Externa N. 006 de 2015.

<sup>492</sup> SUPERINTENDENCIA SOLIDARIA DE COLOMBIA (2005), Concepto N. 034649 de 6 de octubre.

de la conducta del administrador que incorpora una presunción que protege cualquier conducta de este que pueda ser atribuida a un propósito empresarial racional<sup>493</sup> y su campo de aplicación es en el ámbito de la diligencia<sup>494</sup>. En virtud de lo expuesto, se infiere que si se prueban los elementos del artículo 226 de la LSC, que recoge regla del *business judgement rule*, no podrá hacerse revisión judicial de la conducta del administrador.

De otro lado, en Colombia la aplicación de la regla del *business judgement rule* ha sido promulgada por la Superintendencia de Sociedades a través de sus decisiones y doctrina, al señalar que ella está contemplada en el

---

<sup>493</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007) *op. cit.*, pág. 217. Al respecto, GUERRERO TREVIJANO, C. (2015), *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Civitas, Madrid; RONCERO SÁNCHEZ, A. (2016), "Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia", en AA.VV. *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, España, págs. 383-425. Esta última obra es objeto de análisis crítico frente a la forma de la aversión al riesgo de los administradores, que la regla del *business judgment rule* ya se encontraba incorporada en el Derecho español, entre otros aspectos por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2017), "Roncero sobre la business judgment rule" En: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com> [en línea]. marzo 15, 2017. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html> Frente a la racionalidad que debe reunir las decisiones empresariales a efectos de la aplicación de la regla del *business judgement rule* se afirma que ésta "(...) no se aplica si se hubiera producido una decisión disparatada en términos de valoración de riesgos (asunción de riesgos excesivos)". ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015), "Business judgment rule: sesgo retrospectivo y antijuricidad y culpabilidad de la conducta de los administradores" En: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com> [en línea]. Febrero 25, 2015. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2015/02/business-judgment-rule-sesgo.html>

<sup>494</sup> "(...), cuando el legislador formula la *business judgment rule*, el art. 226 LSC establezca que el juez no revisará la decisión del administrador – considerará que actuó con independencia de juicio y en el mejor interés de la sociedad – cuando haya adoptado la decisión informada y desinteresadamente siempre que, además, haya **actuado "de buena fe"** (art. 226.1 LSC), es decir, que haya tomado la decisión en un estado psicológico determinado; **que haya creído que la decisión adoptada era la mejor para la sociedad. Y nadie puede actuar de forma independiente si ni siquiera se cree que esté haciéndolo de forma independiente**". ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2018), *op. cit.*

artículo 23 de la Ley 222 de 1995<sup>495</sup> y que dispone que los administradores deben actuar con la diligencia propia de un *buen hombre de negocios*<sup>496</sup>, en razón a ello, no es factible que los jueces examinen las decisiones y los asuntos internos de una sociedad<sup>497</sup>, salvo que se pruebe la existencia de actuaciones ilegales o abusivas. De manera similar que en el Derecho español, la Superintendencia de Sociedades señala que la regla de la discrecionalidad tampoco puede ampliarse, bajo ninguna circunstancia, a violaciones del deber de lealtad<sup>498</sup>.

---

<sup>495</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2014), Sentencia de 1 de septiembre, Exp: 75175. En sentido contrario a la postura de la Superintendencia de Sociedades de Colombia, se afirma que “(...) la Regla del Buen Juicio Empresarial no tiene espacio para ser aplicada ni aún por vía de interpretación de cara a nuestro derecho colombiano vigente porque: i) la BJR parte de una presunción de no responsabilidad de los administradores cuando se cumplan ciertos requisitos, en tanto que, en Colombia opera una presunción —en un sentido directamente contrario— de culpa de los administradores; ii) en nuestro país siempre será posible iniciar una acción de responsabilidad (cuando se cumplan los presupuestos legales) en la medida que se transgreda el deber de diligencia, caso en el cual, el juez no tiene ninguna limitante para entrar a revisar de fondo la decisión empresarial; iii) bajo nuestro ordenamiento se activa la responsabilidad del administrador por la culpa leve, en tanto que, en los Estados Unidos aquél goza de un mayor margen discrecional pues su responsabilidad se activa sólo por culpa grave; iv) el administrador societario debe siempre comportarse conforme a la buena fe objetiva; y v) por vía interpretativa no puede admitirse que un más amplio margen discrecional de los administradores en Colombia se justifique en la medida que sus obligaciones son de medios, pues sus obligaciones tienen un contenido de carácter mixto”. SABOGAL BERNAL, L. F. (2012), “El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿es aplicable la “regla del buen juicio empresarial” [business judgment rule (bjr)] en el ámbito de su deber de diligencia?, en *Revista E-Mercatoria*, Vol. 11, N. 1, págs. 102-163, pág. 158.

<sup>496</sup> En sentencia de 2 de mayo de 2017 en el Exp: 36129, la Superintendencia de Sociedades de Colombia enfatizó que, sin la existencia de la *business judgement rule*, los administradores carecerían de incentivos para asumir riesgos, puesto que el retorno económico de una inversión de la naturaleza indicada beneficiaría principalmente a la compañía, al paso que cualquier pérdida le sería imputable al administrador; el administrador no podría actuar como un buen hombre de negocios y las cortes estarían habilitadas para entrar a examinar todas las decisiones adoptadas por estos sujetos en desarrollo de la empresa social. Complementando lo expuesto, el mencionado Proyecto de Ley N. 002 del 2017 en su artículo 9 consagra expresamente la regla *business judgement rule*.

<sup>497</sup> Al respecto, REYES VILLAMIZAR, F. (2013), *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, Editorial Legis, Bogotá, pág. 223.

<sup>498</sup> SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2013), Sentencia N. 801-72 de 11 de diciembre.

Con base en la citada regla anglosajona<sup>499</sup>, se deduce que los administradores de las entidades que tienen interés en conformarse como *grupo cooperativo*, deben recolectar toda la información posible de los efectos que acarrearía para la sociedad que representan tal integración, con el fin de entender su real alcance y socializarlo ante el Consejo Rector, quien es el encargado de elaborar el *proyecto de grupo*, y con los asociados de cada una de las sociedades que ellos representan, para que ellos tengan pleno conocimiento de las consecuencias que ocasionaría para su interés social individual la decisión favorable de integrarse en un *grupo cooperativo*.

Adicionalmente, la regla *business judgement rule* exige a los administradores obrar conforme a la buena fe<sup>500</sup>, la cual persigue el correcto equilibrio entre los intereses sociales de cada miembro con el *interés grupal*, y que este último no se emplee como justa causa de actos empresariales abusivos y arbitrarios que atenten contra los intereses jurídicos de los miembros que constituyen el *grupo cooperativo*. Para la correcta implementación de la aludida regla acorde con los lineamientos del citado principio de la buena fe, resulta fundamental vincular la interpretación del deber

---

<sup>499</sup> Se afirma que sus orígenes recaen en la jurisprudencia de Estados Unidos para el año de 1829.

<sup>500</sup> La autora Fuentes Naharro señala que en el ámbito de grupos existe una *presunta* incompatibilidad de la regla *business judgement rule* con el acatamiento de instrucciones desventajosas por parte de los administradores de una filial, en razón a que en este escenario no existe una total independencia del administrador y tampoco una ausencia de conflicto de intereses (interés social vs. interés grupal). Para resolver tal incompatibilidad, la doctrinante señala que en el ámbito de la teoría de las ventajas compensatorias se debe reinterpretar el concepto de interés social, dejar de considerar el interés de grupo como algo extrasocial. FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 219-220.

de diligencia<sup>501</sup> a la del deber de fidelidad en cabeza de los administradores<sup>502</sup> y éste último, a un concepto de interés social que debe ser reinterpretado desde la arista del *interés de grupo*<sup>503</sup>.

Realizadas las anteriores precisiones, la figura del *administrador de hecho* se relaciona con el fenómeno denominado *difusión del poder de empresa*, el cual exige una atención *más funcional que formal* a la figura del

---

<sup>501</sup> “(...), un ordenado y diligente administrador del grupo, en el concreto ejercicio de la dirección unitaria, deberá buscar la maximización del valor el grupo como empresa, lo cual significa orientar su actividad a maximizar el valor de todas las sociedades que lo componen, y ello en última instancia, se traduce en buscar la consecución del interés del grupo”. *Ibidem*, pág. 317.

<sup>502</sup> “(...), la consecución del interés de grupo se compadece perfectamente con el deber de fidelidad que vincula a los administradores respecto de su sociedad, los cuales, aunque seguirán encontrando en el interés de su sociedad el parámetro definidor de su actuación, deberían ser «conscientes» de su integración en una empresa global y coordinar el interés social propio con el del grupo, lo que en caso de conflicto ente ambos, permitirá a los administradores *condicionar o desplazar la realización del interés particular de su sociedad en el tiempo* sin renunciar por ello a su consecución final, ya que quedarían a la espera de una contraprestación adecuada (tal y como exige la teoría de las ventajas compensatorias)”. *Ibidem*, pág. 163.

<sup>503</sup> Con respecto a la ausencia de correlación entre el principio de la buena fe y la regla *business judgement rule*, no obstante que esta última exige la presencia del mencionado principio para efectos de su aplicación, la profesora Neme señala lo siguiente: “(...) las tensiones que pueden presentarse entre la exigencia de lealtad que propone la tradición romanista a la luz del principio de buena fe, que bien comprende los problemas del riesgo y la necesidad de flexibilidad en la toma de decisiones al interior de una empresa, tanto que nunca adoptó el modelo de infalibilidad griego en materia de diligencia y aquellas derivadas del contenido que se otorga en el derecho anglosajón a la “Regla del (buen) Juicio Empresarial” o “Regla de la discrecionalidad” (*Business Judgment Rule*); en cuanto que las interpretaciones que han propuesto a este último criterio, particularmente las cortes norteamericanas, hacen en principio extensivas, las exigencias de lealtad para los administradores empresariales, ligadas a criterios de razonabilidad, prudencia, exclusión de conflictos de interés, suficiente información y, por ende, a la buena fe, a la que también se acude expresamente, en los últimos tiempos para la determinación del alcance de la “racionalidad de las decisiones del administrador”. Estas exigencias han dado un giro de tinte utilitarista al considerar que una decisión es razonable “cuando, de un lado, aquella decisión no sea manifiestamente contraria al interés de la sociedad, y de otro lado, que en esa misma decisión exista una cierta proporcionalidad entre el riesgo asumido y los beneficios esperados”; interpretación en la que los valores de la buena fe pudieran eventualmente pasar a un segundo plano, cuando no a resultar irrelevantes, en una lógica inmediatista que mira predominantemente al lucro, bajo la óptica de la eficiencia económica y que no resiste una valoración en términos de honestidad frente a una falsa utilidad, en los términos que propone Cicerón”. NEME, VILLARREAL M. L. (2018), *Facultades Contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ensayos de Derecho Privado N. 7. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. pág. 32. Nota 25.

administrador en aquellos eventos en que la dirección social no se ejerce por quien se presenta ante terceros como tal, sino por medio de quien ostenta en realidad el poder sobre la sociedad<sup>504</sup>, lo cual entronca con toda la teoría del gobierno corporativo y con la búsqueda de que se cumpla el axioma: quien tiene el poder debe responder de su correcto ejercicio.

En ese sentido, al existir la posibilidad de que personas realicen de manera efectiva actos de administración al interior de la sociedad sin tener formalmente el *rótulo* de administradores, y que en ocasión a ello desplegaron una conducta ilícita o sin la debida diligencia y que ello fue la causa determinante del daño a la sociedad, a los socios y/o a terceros, la figura del *administrador de hecho* ha sido adoptada en los ordenamientos jurídicos de España<sup>505</sup> y Colombia a efectos de imputar responsabilidad a dichos sujetos que ejercen funciones propias de un administrador social sin serlo<sup>506</sup>.

En España la figura del *administrador de hecho* se encuentra regulada en el artículo 236 de la LSC, tras la redacción dada por la reforma efectuada

---

<sup>504</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, pág. 179.

<sup>505</sup> En España para adoptar la doctrina del *administrador de hecho* se efectuó a partir de la evolución de criterios inicialmente formalistas en conexión con el principio de conservación de empresas, a criterios de carácter funcional o material conectados a la finalidad de perseguir cualquier intento defraudatorio de la responsabilidad de los administradores en aras de protección de los acreedores. Al respecto, ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (2007), "Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo", en *RdS*, N. 29, Editorial Arazandi S.A., Navarra, págs. 19-37. pág. 26.

<sup>506</sup> En España encontramos a LATORRE CHINER, N. (2003), *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Editorial Comares, Granada, págs. 15 y 16. DÍAZ ECHEGARAY, J. L. (2002), *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi, pág. 136., entre otros. En Colombia esta GONZÁLEZ BENJUMEA, O. (2018), *El administrador de hecho en el derecho societario colombiano*. Editorial: U. Autónoma Latinoamericana – UNAULA. REYES VILLAMIZAR, F. (2018), *La sociedad por acciones simplificada*, Legis, Bogotá D.C., pág. 172 y ss., entre otros.

por la Ley 32/2014, estipulando que se considera como tal: (i) a la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, esto es, al que actúa públicamente como administrador en el tráfico jurídico teniendo su mandato caducado o siendo nulo su nombramiento (administrador aparente); (ii) a la persona bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad, esto es, la que actúa internamente ejerciendo el poder de decisión de los administradores (administrador oculto)<sup>507</sup>. Además, la norma en cita señala que dichos sujetos “(...) responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”.

Complementado lo precedente, la jurisprudencia y doctrina coinciden en que se debe reunir los siguientes requisitos para la constitución del *administrador de hecho*: (i) debe tratarse de una actividad ejercida de forma sistemática y continuada<sup>508</sup>, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa, (ii) con independencia, con poder autónomo de decisión, (iii) que cuente con el respaldo de la sociedad y, sobre

---

<sup>507</sup> MORENO SERRANO, E. (2018), “La responsabilidad de la sociedad matriz como administrador de hecho”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (dir.), COHEN BENCHETRIT, A (dir.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1331-1344, pág. 1333.

<sup>508</sup> Así sería administrador de hecho todo sujeto que ostente de manera continuada y sistemática el poder de decisión de la sociedad en los términos en que éste viene atribuido por ley al órgano de administración sin haber sido regularmente investido del correspondiente poder. Al respecto, LATORRE CHINER, N. (2009), “Administrador de hecho y apoderado general. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)”, en *RdS*, N. 32, Editorial Arazandi S.A., Navarra, págs. 389-398, pág. 394.

todo, (iv) debe tratarse de una efectiva actividad de administración, debiendo recaer por tanto sobre materias reservadas a los administradores de derecho de la sociedad<sup>509</sup>.

En Colombia, la doctrina afirma que el artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispuso la aplicación de un sistema claramente formalista para la calificación como administrador de una persona, es decir, se exige el nombramiento para un cargo dentro de la sociedad, el cual le permitiera desarrollar actividades propias de administración. En otros términos, se requiere la presencia de un vínculo jurídico evidente entre la sociedad y el sujeto, para derivar de dicho vínculo la responsabilidad patrimonial<sup>510</sup>.

No obstante, el legislador colombiano consagró legalmente la figura del *administrador de hecho* dentro de la regulación de la sociedad por acciones simplificada, en el párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008, atribuyendo tal calidad a quien se inmiscuya en una actividad positiva de gestión, administración o dirección dentro de la sociedad y estableciendo a dicho sujeto las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores formales de una sociedad por acciones simplificada.

---

<sup>509</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 262. En el mismo sentido, STS, 1ª, 224/2016 de 8 de abril de 2016, F. II.1.

<sup>510</sup> HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, W. D. (2012), “Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 14, N. 2, págs. 241-288. pág. 280.

Aunque la redacción de la Ley 1258 pareciera que derogara o modificara el régimen de responsabilidad de los administradores vigente desde la Ley 222 de 1995 o que su campo de acción se circunscribiera solo al tipo societario de sociedad por acciones simplificada, consideramos que ello no ocurre, sino que tales normas se deben interpretar como una disposición complementaria de las normas existentes, a través de la aplicación de la analogía como mecanismo de interpretación extensiva, en el sentido de ampliar el campo subjetivo de acción<sup>511</sup> y a efectos de su implementación, se adopta de manera similar los requisitos que ha desarrollado el Derecho español ya enunciados.

Como se puede apreciar, la tradición jurídica de España y Colombia ha delineado el campo de acción de la figura del *administrador de hecho* al ámbito de la Responsabilidad de los Administradores<sup>512</sup>, sin embargo, la misma ha tenido una expansión en otros escenarios como en el *derecho de grupos*.

En ese sentido, en el Derecho español, de manera excepcional, la figura del *administrador de hecho* ha sido utilizada para imputar responsabilidad a la sociedad dominante de un grupo, en razón a los daños ocasionados por esta última a la sociedad dominada por la política de grupo<sup>513</sup>, sin perjuicio que ello también se pueda imputar al administrador del *capogruppo* cuando su actuación obedece a título y por iniciativa personal, es decir, por fuera del

---

<sup>511</sup> *Ibíd*em, págs. 280 y 282.

<sup>512</sup> La figura del *administrador de hecho* también ha sido empleada para los mismos propósitos en otros países, es el caso de Francia, Reino Unido o Alemania.

<sup>513</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 252.

ámbito de su actividad orgánica<sup>514</sup>, lo cual desborda los propósitos de la presente investigación.

Por su parte, en Colombia la figura del *administrador de hecho* también ha sido adoptada a efectos de imputar responsabilidad a la sociedad cabeza de grupo o a sus administradores<sup>515</sup>, cuando despliegan acciones de dirección sobre las sociedades subordinadas, tales como impartir órdenes a los empleados de las mismas, disponer de sus activos, representarlas ante terceros, entre otras, y en razón a ello, se plantea la posibilidad que los minoritarios o terceros puedan iniciar acciones en contra de la matriz o de sus administradores como *administradores de hecho*, bajo el régimen de responsabilidad previsto en la Ley 222 de 1995<sup>516</sup>.

En ese sentido, la doctrina colombiana, siguiendo la española, afirma que la responsabilidad de la matriz tendría lugar cuando el administrador de la sociedad dominante se inmiscuya de forma sistemática en la gestión de la

---

<sup>514</sup> Sobre los eventos en que procede la extensión de responsabilidad como administrador de hecho a la sociedad matriz o dominante y a los administradores de ésta o quienes ejercen la dirección unitaria, revisar ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2019), “Administradores de la matriz como administradores de hecho de la filial” En: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com> [en línea]. marzo 16, 2017. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2017/03/administradores-de-la-matriz-como.html>

<sup>515</sup> En Colombia existen estudios sobre la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad de los administradores en el supuesto de conflicto de interés, planteando la posibilidad de imputar la responsabilidad a los administradores de la sociedad dominante mediante la figura del administrador de hecho o por la aplicación de las normas generales de responsabilidad. SABOGAL BERNAL, L. F. (2014) “La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo”, en *Revista E-Mercatoria*, Vol. 13, N. 2, págs. 179-202.

<sup>516</sup> Al respecto, PARIAS GARZÓN, A. (2018), “Aspectos relevantes de las SAS en los grupos empresariales”, en REYES VILLAMIZAR, F. (coordinador), *La SAS y su influencia en América Latina: 10 años de un modelo exitoso*, Legis Editores, Bogotá, págs. 225-245, pág. 239-240. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2019), Sentencia de 26 de marzo.

sociedad dominada, asumiendo en primera persona la dirección operativa, de tal suerte que la responsabilidad recaería en la sociedad dominante y en sus administradores, cuando se demuestre que estos sujetos fueron los causantes del acto<sup>517</sup>.

Ahora bien, frente a la inclusión del *administrador oculto* por el legislador español al hacer referencia de aquellas personas “bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad”, se afirma que ello da a lugar a la interpretación extensiva, de que la sociedad cabeza de grupo o sus administradores deban considerarse, en todo caso, *administradores de hecho* de los demás integrantes por el ejercicio de la dirección unitaria, pues la impartición de instrucciones por parte de la *capogruppo* a los otros miembros es la forma en la que la dirección unitaria se ejerce<sup>518</sup>. Lo anterior, es de pleno recibo en el Derecho colombiano con fundamento en el mencionado párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008.

Con base en lo expuesto, se colige que en el Derecho colombiano, de manera similar al español, se aplica la postura de la primacía funcional del administrador y que la doctrina de ambos países coinciden en la viabilidad de la aplicación de la figura del *administrador de hecho* como criterio para imputar

---

<sup>517</sup> SABOGAL BERNAL, L. F. (2014), *op. cit.*, pág. 196 quien cita a SÁNCHEZ CALERO, F. (2007) *Los administradores en las sociedades de capital*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Múnich-Madrid (Alemania-España), págs. 362-363.

<sup>518</sup> En el contexto de los grupos verticales MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, págs. 255-256. MORENO SERRANO, E. (2018), *op. cit.*, pág. 1337.

responsabilidad a la entidad cabeza del *grupo por subordinación* por los perjuicios ocasionados a los demás integrantes y a sus socios.

De otro lado, es importante aclarar que la configuración del supuesto de *administrador de hecho* y/o la actuación de dicha persona, no implica que se produzca una situación de abuso o fraude<sup>519</sup>, ni conlleva automáticamente que dicho sujeto sea responsable, pues, se debe probar los elementos estructurales de la responsabilidad, como son la conducta antijurídica, la culpa, el nexo causal y el daño-perjuicio ocasionado a los demás integrantes del grupo y/o a los asociados de estos últimos.

## 2. *La gestión de negocios ajenos y el mandato.*

Como primera medida, nos permitimos precisar que este apartado no se centra en el *contrato de management* o de *gestión*<sup>520</sup>, sino en la figura de la *gestión de negocios ajenos* y en el *contrato de mandato*, los cuales se distinguen frente al primero por aspectos de su naturaleza, en sus efectos jurídicos y en los intereses que persiguen<sup>521</sup>.

---

<sup>519</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, pág. 180.

<sup>520</sup> El *contrato de management* es aquel negocio jurídico “(...) por el cual la empresa gerenciada otorga a la empresa gerenciente las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de su actividad empresarial, en consideración al expertise y la reputación de esta última en dicha actividad empresarial, a cambio de una retribución (fija) o una comisión (porcentaje mensual o anual sobre la facturación o las utilidades)”. ECHAIZ MORENO, D. (2008), “El management como herramienta contractual para la organización de la empresa”, Derecho y Cambio Social, Año 5, N°. 15, Perú.

<sup>521</sup> Sobre las diferencias existentes entre el contrato de management y la *gestión de negocios ajenos* y en el *contrato de mandato*, se señala que “(...) el contrato de management se diferencia de la gestión de negocios en que ésta es una fuente de obligaciones no contractual, mientras que aquél sí es, precisamente, un contrato, por lo que supone acuerdo de voluntades (y, por ende, manifestaciones de voluntad), así como delegación expresa de facultades de

Efectuada la aclaración precedente, abordamos el objeto de este epígrafe señalando que la doctrina española<sup>522</sup> ha delimitado en que tipologías de *grupo empresarial* se aplica las figuras de la *gestión de negocios ajenos* y el *mandato*, ambas reguladas en los artículos 1888 y 1709 del CCivE, respectivamente.

En ese sentido, se afirma que en el evento de los *grupos descentralizados de facto*<sup>523</sup> se aplica la figura de la *gestión de negocios ajenos*<sup>524</sup>, al considerarse que la sociedad cabeza de grupo ha asumido por voluntad propia la gestión de determinados negocios de sus integrantes, sin que el interesado se oponga o le haya dado poder para esa gestión<sup>525</sup>.

---

administración, lo que no se da en una gestión de negocios. (...) El contrato de management se diferencia del contrato de mandato pues, si bien incluye cláusulas mandatarias y de representación, la ejecución del contrato no implica solamente prestaciones de hacer por parte de la empresa gerenciente; además, el interés no recae sólo en la empresa gerenciada, ya que ésta a debido mostrarse atractiva ante los ojos de la empresa gerenciente para celebrar el contrato". *Ibidem*.

<sup>522</sup> DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L. (2009), *Derecho de grupos de sociedades*, 2ª ed., Cizur Menor, Navarra Civitas, pág. 407 y ss.

<sup>523</sup> De manera particular sobre los *grupos descentralizados de facto* se hace referencia de aquellos conformados por medio de un hecho de origen societario en donde la dirección unitaria se ejerce de una forma que los distintos integrantes del grupo gozan de un amplio margen de autonomía. *Vid. supra, Capítulo I.C.1 Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales*.

<sup>524</sup> Sobre la figura de la gestión de negocios ajenos, vid., entre otros, DE SEMO, G. (1961), *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica*, Revista de Derecho Privado, Madrid; Díez-PICAZO, L. (1991), *Comentarios del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, art. 1888; ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil*, t. II, 10.ª ed., Bosch, Barcelona, págs. 461 y ss.; SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2000), *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid; MARCO MOLINA, J. (2014), "La gestión oficiosa de negocios ajenos: el nacimiento autónomo de las obligaciones del gestor y dominus o titular del asunto gestionado", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, págs. 1817-1833.

<sup>525</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, págs. 269-270.

Bajo la descrita figura, la *capogruppo* respondería a partir del artículo 1891 del CCivE, incluso en caso fortuito, al relegar el interés del titular del negocio ajeno o cuando realizó operaciones de alto riesgo que el dueño no tuviere costumbre efectuar por caer fuera de su giro o tráfico, supuestos que se asimilarían cuando emite instrucciones perjudiciales bajo el argumento de que, por un lado, responden a un interés distinto al *interés grupal*, y, por otro, suponen una operación arriesgada que el destinatario no tiene costumbre de realizar<sup>526</sup>.

De otro lado, se afirma que en el supuesto de *grupo centralizado*<sup>527</sup> la figura aplicable para atribuir responsabilidad a la cabeza de grupo sería el *mandato*<sup>528</sup>, en razón a que entre la matriz y la sociedad filial se estructura un contrato de mandato en virtud del cual la primera (mandatario) se encarga de la gestión de la segunda (mandante), con dos particularidades: (i) una referente a su forma de celebración, pues se trataría de un mandato tácito en el que el consentimiento se desprende de los actos concluyentes, regulado en el artículo 1710 del CCivE, y (ii) otra concerniente al modo de ejecución del mandato por la sociedad matriz, pues esta lo ejecuta empleando los propios órganos de la sociedad filial, por lo tanto, se debe considerar que existe un mandato o submandato entre la sociedad matriz y los administradores de la filial, de modo que la cabeza de grupo (submandante) encarga a estos administradores

---

<sup>526</sup> *Ibídem*, págs. 269-270.

<sup>527</sup> *Vid. supra*, Capítulo I.C.1 *Derecho Societario Español. Fundamentos constitucionales y análisis de sus elementos estructurales*.

<sup>528</sup> Sobre el mandato, *vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO, L. (1979), *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid; y del mismo autor Comentarios al Código Civil, *cit.*, arts. 1709 y ss.

(submandatarios) la celebración de los contratos y la adopción de medidas que aquella estime oportunas para cumplir el encargo que le ha sido encomendado, que se traduce en la gestión de los negocios de la filial<sup>529</sup>.

Ahora bien, a efectos de la imputación de responsabilidad a la cabeza de grupo (mandatario), se debe tener presente que ella asume como obligación principal el cumplimiento del encargo encomendado por su mandante y de no sobrepasar los límites del mandato, que sería a nuestro juicio el *interés grupal*. De no ejecutar la gestión encomendada y/o exceder sus límites a través de una instrucción a los integrantes del grupo, el *capogruppo* deberá responder por los daños y perjuicios que se ocasionen, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1718 del CCivE<sup>530</sup>.

En el ámbito colombiano, si bien es cierto la *gestión de negocios ajenos*, también llamado *agencia oficiosa*, y *el mandato*, tienen un marco normativo en el artículo 2304 del CCivC y en el artículo 1262 del CComC, respectivamente, han existido algunas reflexiones en contra de su adopción en el contexto de los *grupos verticales*<sup>531</sup> y su aplicación en el ámbito de los *grupos cooperativos* no ha tenido mayor desarrollo o acogida por la doctrina.

---

<sup>529</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 271.

<sup>530</sup> “Del régimen del mandato se interpreta que el mandatario no debe sobrepasar los límites de este, salvo que sea cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada. Si tenemos en cuenta que el límite más importante del mandato es el propio interés del mandante, debemos concluir que el mandatario no puede transgredir dicho interés, lo que, aplicado al Derecho de grupos se traduce en que la sociedad matriz como mandataria deberá responder cuando gestione los negocios de la sociedad filial sin consideración por el interés social de esta, lo que ocurrirá vigente una instrucción perjudicial”. *Ibidem*, pág. 271.

<sup>531</sup> Desde una perspectiva crítica, CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *op. cit.*, págs. 194-196.

### 3. *La acción individual del 241 LSC como mecanismo de responsabilidad intragrupo.*

Como ya se dijo, el artículo 43 de la LCoop hace una remisión expresa a la LSC, por tal razón, se afirma que el régimen de responsabilidad de los administradores consagrado en esta última normatividad es aplicable al ámbito cooperativo, sin perjuicio de la normatividad autonómica. Situación similar acaece en el Derecho colombiano en virtud de la remisión expresa que hace el artículo 158 de la Ley 79 de 1988 al régimen de responsabilidad de los administradores consagrado en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, también explicado.

Teniendo en cuenta lo anterior, *en principio* se podría afirmar que la tesis que han desarrollado algunos autores sobre la posibilidad de acudir a las normas relacionadas con la acción individual de responsabilidad en la LSC<sup>532</sup> como fundamento dogmático para la responsabilidad intragrupo vertical<sup>533</sup>, sería prolongable al ámbito de los *grupos cooperativos*, partiendo que en aquella doctrina se predica que la sociedad filial tendría la condición de

---

<sup>532</sup> Sobre la acción individual de responsabilidad en España, revisar ESTEBAN VELASCO, G. (2013), "La acción individual de responsabilidad", en AA.VV; *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, ROJO/BELTRÁN, (Dir.), Valencia, págs. 169-254; RONCERO SÁNCHEZ, A. (2011), "La acción individual de responsabilidad", en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, GUERRA MARTÍN, G. (Dir), Madrid, págs. 195-222; MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2005), *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Madrid.

<sup>533</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 308 a 337.

tercero<sup>534</sup>, lo cual a nuestro juicio es discutible en el marco del *contrato de grupo*, como se expondrá posteriormente.

Tal teoría señala que el empleo de la acción individual consagrada en el artículo 241 de LSC al ámbito del grupo se desplegaría por el tercero —filial— contra el sujeto pasivo que sería aquella persona a quien resulta imputable la actuación de su órgano —matriz—, y, cuando se den los presupuestos del artículo 241 de la LSC, concurrirá junto con la de su sociedad, la responsabilidad personal y directa de los miembros de su órgano de administración frente a dichos terceros que serían las sociedades filiales<sup>535</sup>.

Para la procedencia de la acción individual de responsabilidad contra la entidad cabeza de grupo, además del elemento subjetivo culpa o dolo y la relación causa-efecto entre el hecho antijurídico y el daño causado a los integrantes del grupo y/o a sus asociados, resulta fundamental la existencia de un *acto ilícito* del administrador del *capogruppo* en el ejercicio de su cargo y la lesión directa del interés del tercero, es decir, de la sociedad filial. En ese sentido, la clave está en conseguir fundamentar que el daño derivado del ejercicio de la dirección unitaria es *consecuencia directa* de un *ilícito orgánico* de aquel administrador<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> Ibídem, pág. 329.

<sup>535</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 273.

<sup>536</sup> “En relación al requisito del *ilícito orgánico*, quien propone esta teoría parte de la consideración de que la dirección unitaria del grupo no solo es una actividad facultativa de la sociedad matriz, sino que constituye un «deber orgánico» para los administradores de la sociedad matriz frente a esta misma (pero no frente a las dependientes) que ha podido nacer de forma expresa o tácita”. Ibídem, pág. 273.

Por otra parte, la actuación del administrador de la entidad cabeza de grupo se consideraría negligente —y por tanto ilícita— cuando no cumple de forma correcta con alguno de los deberes que la *dirección unitaria* comporta, como lo es la planificación, ejecución de lo planificado a través de instrucciones, y control sobre lo ejecutado<sup>537</sup>. En ese orden de ideas, la impartición de instrucciones desconociendo el *interés de grupo* y ocasionando perjuicios a los demás integrantes, a nuestro juicio se podría catalogar como una actuación antijurídica del administrador de la *capogruppo* que ocasionaría responsabilidad a este último, pues el ejercicio de la *dirección unitaria* no puede desconocer el *interés grupal*.

En este sentido, podríamos colegir que el administrador de la entidad cabeza de grupo podría asumir la calidad de garante<sup>538</sup>, no solo frente a la

---

<sup>537</sup> Ibídem, pág. 274.

<sup>538</sup> “(...), la posición de garantía es una situación de especial responsabilidad en la que se encuentran determinados sujetos respecto a ciertos bienes jurídicos. Aquella se deriva de su especial relación con ellos, que obliga al sujeto a garantizar su indemnidad, mediante la realización de una acción positiva para impedir un resultado lesivo”. BLANC LÓPEZ, C. (2017), *La responsabilidad penal del compliance officer*, Universitat de Lleida, España, págs. 221-222. Con respecto a la posición de garante del empresario revisar DEMETRIO CRESPO, E. (2008), “Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados”, en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R., *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid, pág. 79. Complementando lo anterior, es importante traer a colación la reseña que hizo la profesora Cristina Fernandez Cámara de la Tesis de Doctorado de Alfredo Muñoz García, la cual es inédita, titulada “Las estructuras de imputación como criterio delimitador de la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital”, publicada en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 65, junio 2016, págs 350-351, en donde se resalta el gran aporte académico del autor sobre la posición de garante del administrador, “Así, en la primera parte, para construir el modelo teórico, MUÑOZ GARCÍA parte del Derecho Sancionador, en particular del Derecho Penal, para pasar después a la responsabilidad civil indemnizatoria. A juicio del autor, esta institución se encuentra aún en una situación muy incipiente en su construcción dogmática. Ello se debe, principalmente, a dos motivos: por un lado, la persistencia de un fuerte vínculo con el Derecho Penal, lo que motiva la importación —sin la debida adaptación— de algunas instituciones, como la imputación objetiva o la negligencia, y por otro, la práctica inexistencia de una teoría de imputación en los casos de atribución del daño a quien debió evitar el curso

*cappogrupo*, sino también frente a los miembros del *grupo cooperativo*, con base en lo dispuesto en el artículo 236.1 de la LSC en donde establece que los administradores también responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa.

En Colombia, si bien es cierto la acción individual de responsabilidad contra los administradores está contemplada en el inciso final del artículo 25 de la Ley 222 de 1995<sup>539</sup> y que tal norma es aplicable en el sector cooperativo, en virtud de la remisión expresa del artículo 158 de la Ley 79 de 1988, no se ha planteado de manera rigurosa por la doctrina y la jurisprudencia la aplicación

---

causal lesivo, que en el Derecho Penal se conoce como «garante» (...). Dentro de esta responsabilidad por daños, MUÑOZ GARCÍA dedica una especial atención al administrador como garante, considerando que tiene una especial obligación de tutela de los intereses societarios frente a cualquier riesgo, y de tutela de los derechos de los acreedores frente al riesgo de la fuente «empresa». De este modo, se señala que «el deber del diligente empresario conlleva la existencia de un deber extracontractual ... que recae sobre los administradores». Para determinar si de esa obligación resulta responsabilidad, es preciso un análisis de la conducta individual del administrador, lo que implica para el autor la quiebra de dos principios de relevancia: la presunción de solidaridad de los administradores del artículo 237 LSC, y la presunción de culpabilidad del artículo 236.1 LSC, que no contempla las omisiones. El análisis de la posición de garante permite al autor defender, por ejemplo, que la formulación de unas cuentas anuales con irregularidades que alteran la imagen fiel y que terminan por provocar decisiones erróneas en inversores o financiadores, puede implicar una imputación jurídica a los administradores sin que sea necesario que exista dolo”.

<sup>539</sup> Sobre la acción individual en Colombia, REYES VILLAMIZAR, F. (2013), *Derecho Societario. Tomo I*. Editorial Temis. Bogotá, págs. 605 y ss; CÓRDOBA ACOSTA, P. (2014), *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., pág. 715 y ss. Con respecto a la responsabilidad de los administradores de manera general en el ámbito colombiano, ver HURTADO PALOMINO, J. V. (2014), “Administrador, deber de abstenerse de participar en actividades de competencia con sociedad administrada” *En*: Actualicese.com [en línea]. mayo 13, 2014. Recuperado el 19 de abril de 2019 en la página Web <https://actualicese.com/actualidad/2014/05/13/administrador-deber-de-abstenerse-de-participar-en-actividades-de-competencia-con-sociedad-administrada/>

análoga de tal acción a efectos de imputar responsabilidad a la entidad cabeza del *grupo cooperativo* cuando en ejercicio del *poder de unidad de propósito y dirección* se desvía del *interés grupal* y afecta a los demás integrantes y a sus asociados.

#### 4. El levantamiento del velo corporativo.

En España se ha acudido a la “doctrina”<sup>540</sup> del levantamiento del velo corporativo, también conocida por los autores anglosajones como *disregard of legal entity* o *piercing the corporate veil*<sup>541</sup>, para afrontar el fraude a la ley<sup>542</sup> y/o el eventual abuso de la independencia de personalidades jurídicas (y patrimonios) en el seno del *grupo de empresas*.

Esta doctrina se considera como una aplicación del principio del abuso del derecho y que, en últimas corresponde a la materialización de una regla de oro del derecho de sociedades según la cual, si el accionista o socio no

---

<sup>540</sup> Actualmente existe discusión si el levantamiento del velo corporativo se debe catalogar como “doctrina” o más bien “técnica judicial”, en razón a que la misma acude a figuras generales para su fundamentación como la equidad, la buena fe, el fraude a la ley o el abuso del derecho, lo cual impide que se hable de doctrina en sentido estricto, es decir, como una elaboración dogmática realizada sobre una materia con apoyo en un sistema. Al respecto, FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 476. Para los propósitos del trabajo, se emplearán los términos “doctrina” y “técnica judicial” de manera indiferente.

<sup>541</sup> “(...), la doctrina del levantamiento del velo nació en los tribunales estadounidenses (de ahí su nombre originario: *piercing the veil*), y su éxito fue tal que pronto traspasó las fronteras de aquel país y fue «continentalizada» por la doctrina alemana”. *Ibíd.*, pág. 475. Sobre la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad (*piercing the corporate veil*) en el Derecho Norteamericano e Inglés, REYES VILLAMIZAR, F. (2013), *op. cit.*, págs. 205-213.

<sup>542</sup> Sobre el fraude a la ley, en el Derecho Romano se encuentran los siguientes pasajes que permiten realizar una aproximación a su definición: PAULO D. I.3.29: “Obra contra la ley, el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido”. ULPIANO D. I.3.30: “Se comete, pues, fraude contra la ley cuando se hace aquello que no quiso que se hiciera, pero que no prohibió que se ejecutara”.

reconoce la personalidad jurídica de la compañía en la cual participa, por ejemplo en los supuestos de confusión de patrimonios, los jueces no tienen porqué otorgar en sus providencias dicho reconocimiento<sup>543</sup>.

En ese sentido, partiendo que los grupos carecen de personalidad jurídica propia, como ya se ha explicado, y por ende de un patrimonio propio, se predica que cada sociedad integrante del grupo es exclusiva titular de su propio patrimonio y que responde de sus obligaciones. Por lo tanto, no existe un "patrimonio de grupo", ni un principio de comunicabilidad de responsabilidades entre los diferentes patrimonios de las distintas sociedades por la sola circunstancia de estar integradas en un grupo<sup>544</sup>.

No obstante, existen situaciones de confusión de patrimonios, o que justifiquen de otro modo el *levantamiento del velo* de aquellas sociedades, constituyéndose este último en el instrumento idóneo para extender la responsabilidad patrimonial *intragrupo* en casos *excepcionales*<sup>545</sup> y de manera

---

<sup>543</sup> CORDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 157. Nota 85. Quien cita a GALGANO, F. (1996), *Il Codice Civile. Commentario. Le società per azioni. Principi generali*, Giuffrè Editore, Milano, pág. 142 y ss.

<sup>544</sup> "(...) la norma general ha de ser la de respetar la personalidad de las sociedades de capital y las reglas sobre el alcance de la responsabilidad de las obligaciones asumidas por dichas entidades, que no afecta a sus socios y administradores, ni tampoco a las sociedades que pudieran formar parte del mismo grupo, salvo en los supuestos expresamente previstos en la Ley". STS, 1ª, 47/2018 de 30 de enero de 2018, F. II.2.

<sup>545</sup> En contra de la aplicación automática del levantamiento del velo en el contexto de los grupos empresariales POSNER, R. (1975), "The Rights of Creditors of Affiliated Corporations", *43 University of Chicago Law Review* 499, págs. 506-507, 511-512 y 515-517. Recuperado el 18 de abril de 2019 en la página Web [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2856&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2856&context=journal_articles) Dentro de los efectos perjudiciales que traería consigo la aplicación automática del levantamiento del velo en el contexto de los grupos empresariales estarían: de un lado, supondría un incremento de los costes de supervisión de los acreedores de los miembros que integran el grupo, en tanto éstos, al poder dirigirse contra el patrimonio de la cabeza de grupo

subsidiaria<sup>546</sup> en que resulte manifiesto que la estructura sólo (o principalmente) se dirige a reducir las garantías patrimoniales de los acreedores de todas o algunas de las sociedades integradas en el grupo<sup>547</sup>.

Dentro de los eventos excepcionales que resulta procedente la doctrina del *levantamiento del velo*, con la finalidad de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros, se encuentran los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso<sup>548</sup>. Ahora bien, es importante precisar que el hecho de que las sociedades que integran el grupo puedan compartir, entre otros aspectos, un mismo objeto social, los mismos socios, y el mismo domicilio y página web donde anuncian sus servicios como grupo empresarial en el tráfico mercantil,

---

para satisfacer sus créditos, tendrían también que investigar la situación financiera de esta antes de otorgar el correspondiente crédito; por otra parte, los acreedores del *cappogrup* también quedarían expuestos a un riesgo adicional: que los activos de su sociedad deudora sean destinados a satisfacer los créditos de los acreedores de las integrantes del grupo, de tal suerte que los acreedores de la cabeza de grupo, para poder juzgar la situación financiera de su sociedad deudora, también tendrían que investigar la situación financiera de aquellos, con el consiguiente incremento de costes.

<sup>546</sup> “De forma que la excepcionalidad así entendida resulta observada, en estos supuestos, cuando la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo responda, a su vez, al carácter subsidiario con que operan estos remedios tendentes a facilitar el cobro del derecho de crédito, esto es, cuando la parte actora y acreedora no disponga de otra acción o recurso específico al respecto para hacer efectivo el cobro de su derecho de crédito ( STS de 7 de septiembre de 2012, núm. 510/2012 ). Todo ello, como más adelante se expone, sin perjuicio de los propios presupuestos de aplicación de esta figura que determinan, con su fundamento primario a la cabeza, que en los casos en que concurran resulte ajustado a Derecho trascender el principio de la eficacia relativa de los contratos ( artículo 1257 del Código Civil ) en orden a la legítima protección del derecho de crédito”. STS, 1ª, 101/2015 de 9 de marzo de 2015.

<sup>547</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2012), op. cit., págs. 475-476.

<sup>548</sup> STS, 1ª, 47/2018 de 30 de enero de 2018, F. II.2.

no representa, *per se*, una situación notoria de abuso de la personalidad societaria, más aún en el contexto de sociedades de un mismo grupo familiar<sup>549</sup>.

Con base en lo expuesto, se deduce que la doctrina del *levantamiento del velo* es un instrumento que se pone al servicio de una persona física o jurídica, con el fin de hacer efectiva una legitimación pasiva diferente de la que surge de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con cierta sociedad a la que la ley concede personalidad jurídica propia, es decir, la aludida doctrina supone un procedimiento que busca descubrir, y reprimir el dolo o el abuso realizado a partir de la autonomía jurídica de la sociedad, sancionando a quienes la manejan<sup>550</sup>.

En ese orden de ideas, se infiere que a efectos de penetrar en la personalidad jurídica de las sociedades que integran el grupo, la doctrina en mención exige la presencia de una actuación fraudulenta de la *capogruppo*<sup>551</sup>, por ejemplo la intención de eludir responsabilidades laborales, estructurando artificialmente empresas, sin un sustrato material verdadero de funcionamiento<sup>552</sup> y que se acredite el carácter instrumental de las empresas filiales de cara al fraude alegado<sup>553</sup>.

---

<sup>549</sup> STS, 1ª, 572/2016 de 29 de septiembre de 2016, F. III.2.

<sup>550</sup> STS, 1ª, 47/2018 de 30 de enero de 2018, F. II.2.

<sup>551</sup> BOLDÓ RODA, C. (2000), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 3 edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, pág. 229 y ss.

<sup>552</sup> HURTADO COBLES, J. (2005), *op. cit.*, pág. 69.

<sup>553</sup> STS, 1ª, 572/2016 de 29 de septiembre de 2016, F. III.2.

Complementando lo descrito, se aclara que si bien es cierto existe una tipología de supuestos muy amplia que justificarían el *levantamiento del velo*, ello no conlleva a que pueden mezclarse un tipo de supuestos con otro, toda vez que cada uno de ellos requiere sus propios presupuestos que, además, pueden conllevar distintas consecuencias. En ese sentido, no es viable asimilar la confusión de patrimonio y de personalidades, habitualmente entre sociedades de un mismo grupo o entre la sociedad y sus socios, con los eventos de sucesión empresarial o de empleo abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad por quien la controla para defraudar a terceros<sup>554</sup>.

Sobre las consecuencias de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo se afirma que además la aplicación de la norma defraudada<sup>555</sup> se incluye la imposición, sin más, de una *responsabilidad de grupo o responsabilidad ilimitada, global y objetiva* de la sociedad cabeza de grupo por las deudas y responsabilidades de todas los miembros del grupo<sup>556</sup>, lo cual incluye varios intereses dignos de tutela como el de los trabajadores y acreedores, entre otros.

Frente a los trabajadores, el TS, aplicando la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, extiende las responsabilidades derivadas

---

<sup>554</sup> STS, 1ª, 326/2012 de 30 de mayo de 2012.

<sup>555</sup> “(...) el levantamiento del velo obvia la persona jurídica sujeto pasivo de una determinada norma jurídica, levantando o desconociendo el «velo» o «pantalla» que ella representa, para actuar frente al substrato real de las personas físicas situadas tras ella con el fin de aplicarles directamente las normas legales que han sido defraudadas”. FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 475. Quien cita a FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1995) Voz «abuso de la personalidad jurídica», Enc. Jur. Básica, I, Civitas, Madrid, pág. 37.

<sup>556</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2012), *op. cit.*, págs. 475-476.

del contrato de trabajo al grupo o a la sociedad dominante<sup>557</sup>. Con respecto a los acreedores, el mismo TS también ha aplicado tal doctrina para efectos de proteger sus intereses afectados por las decisiones de la entidad cabeza de grupo, aunque desde una perspectiva algo más restringida que en el ámbito laboral<sup>558</sup>.

Por su parte, en el Derecho colombiano también se ha acogido la citada doctrina<sup>559</sup> en el ámbito de los *grupos empresariales* cuando se demuestre que el menoscabo económico ocasionado es producto del abuso de la personalidad jurídica de un miembro del agrupamiento societario, o resultado del actuar malintencionado del socio de uno de sus integrantes, pero no cobija el actuar malintencionado o errático del administrador de la sociedad<sup>560</sup>.

En ese orden de ideas, se infiere que en Colombia, de manera similar que en España, a través de la doctrina del levantamiento del velo se busca perseguir el patrimonio de la sociedad cabeza de grupo, para que esta

---

<sup>557</sup> Al respecto, JIMÉNEZ ROJAS, F. (2012), "Grupos de empresa y economía descentralizada", *Anales de derecho*, N° 30, págs. 118-163, págs. 154 y ss; SANTOS DOMÍNGUEZ, M. A. (2013), *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la asamblea general*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, pág. 635. Al respecto, FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 500 al 506.

<sup>558</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 507 al 510.

<sup>559</sup> Sobre el levantamiento del velo corporativo en el derecho colombiano de manera general, ver HURTADO PALOMINO, J. V. (2014), "Levantamiento del velo corporativo, Supersociedades resuelve conflictos" *En: Actualicese.com* [en línea]. noviembre 11, 2014. Recuperado el 19 de abril de 2019 en la página Web <https://actualicese.com/actualidad/2014/11/11/supersociedades-resuelve-conflictos-de-levantamiento-del-velo-corporativo-de-sociedades-comerciales/>

<sup>560</sup> CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *op. cit.*, pág. 216.

responda ante terceros, cuando la solvencia patrimonial de alguno(s) de sus miembros resulta menguada por los designios de aquella<sup>561</sup>.

## B. CRÍTICA A LAS TEORÍAS QUE SE HAN FORMULADO PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD A LA ENTIDAD CABEZA DE GRUPO.

A pesar de los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales en España y Colombia para precisar una teoría que permita explicar de manera rigurosa la imputación de responsabilidad al *capogruppo* por los perjuicios causados a los demás integrantes en el contexto de los *grupos verticales*, lamentablemente las mismas no han tenido su total aceptación, no obstante que ellas coinciden en la importancia de analizar la conducta del sujeto que ejerció la *unidad de propósito y dirección*, a efectos del estudio de responsabilidad.

Por otra parte, tales teorías no son de pleno recibo en el ámbito de los *grupos cooperativos* en razón a que desconocen su origen que es el *contrato de grupo*; no se acomodan a sus principios y valores; la naturaleza paritaria de esta tipología de grupo; entre otros aspectos.

A continuación, se hace una descripción general de las críticas que se han realizado a las teorías expuestas en el anterior epígrafe, las cuales

---

<sup>561</sup> SANCHEZ SOSSA, C. (1993), "El allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades comerciales", en CALDERON SCHRADER, C. (Editor), Estudios de Derecho Comercial. *Homenaje a Fernando Hinestrosa*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Santa fé de Bogotá. págs. 283-298, pág. 292.

justifican la necesidad de plantear otra alternativa que se adapte al ámbito de los *grupos cooperativos*.

1. *Frente a la teoría del administrador de hecho.*

A pesar de los propósitos que persigue la doctrina del *administrador de hecho* en el ámbito de *grupos*, se asevera que existe una falta de consenso alrededor de la delimitación conceptual de dicha figura que hace muy difícil definir sus elementos caracterizadores<sup>562</sup>, hasta tal punto que se ha llegado a establecer que el ejercicio de la dirección unitaria por la entidad cabeza de grupo le daría la condición de *administrador*, lo cual a nuestro juicio no es correcto, sin perjuicio que el administrador de la *capogruppo* asuma la calidad de *administrador de hecho* frente a las filiales, siempre y cuando se cumplan las condiciones ya expuestas.

Si bien es cierto, la existencia del grupo de sociedades implica en sí misma que haya una sociedad que ejerza la *unidad de propósito y dirección*, es decir que establezca las políticas comunes del grupo, la *dirección unitaria* no se puede equiparar al concepto de *administración de hecho*, pues la *dirección unitaria* es «otra cosa»: *la administración del grupo*<sup>563</sup>.

En ese sentido, la supervisión de la administración no es similar a la *administración de hecho* y, sobre todo, que la entidad cabeza de grupo no

---

<sup>562</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 253.

<sup>563</sup> *Ibidem*, pág. 276.

ejerce de por sí auténticas *labores de administración* (orgánicas) propias de administradores sociales, que por lo general siguen en cabeza de los administradores de derecho de los miembros del grupo<sup>564</sup>.

En otros términos, el *capogruppo* administra la llamada *empresa policorporativa* en su conjunto, emitiendo instrucciones con el propósito de coordinar las actividades de gestión y administración de los demás integrantes. Por ende, la actuación de la entidad cabeza de grupo dirigida al control de la coordinación estratégica que se produzca a través del ejercicio legítimo de los derechos que el *contrato de grupo* le concedió, a nuestro juicio no puede ser catalogada como una *administración de hecho*, no obstante que para ello se promoviera la asistencia de miembros de los órganos de administración de sociedades del grupo a reuniones del órgano de administración de la entidad cabeza de grupo, o la celebración de ciertas reuniones, o sesiones del Consejo Rector de aquellas en la sede del *capogruppo*, o la movilidad del personal directivo de este último hacia los órganos de administración de los integrantes del grupo<sup>565</sup>.

En ese orden de ideas, consideramos que cuando la entidad cabeza de grupo establece unas líneas generales de actuación, por disposición de la ley y del contrato, que luego serán materializadas por los administradores de los integrantes del grupo, dentro de un marco de libre decisión, no se puede calificar de manera precipitada al *capogruppo* como un *administrador de hecho*,

---

<sup>564</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 256.

<sup>565</sup> En ese sentido, pero en el contexto de los *grupos* verticales, Ver *Ibidem*, págs. 259-260.

por cuanto la idea de grupo implica la existencia de un sujeto que establezca determinadas políticas comunes para todos quienes lo integran, afectando los aspectos estratégicos, organizativos o económicos, entre otros, de los miembros, atendiendo al *interés del grupo*<sup>566</sup>.

En virtud de lo anterior, se colige que la figura del *administrador de hecho* como parámetro para imputar responsabilidad a la cabeza de grupo no es de recibo en el ámbito de los *grupos cooperativos*, en razón a que su naturaleza paritaria y los principios cooperativos de *autonomía de gestión y democracia cooperativa*<sup>567</sup>, impiden que la *capogruppo* ejerza una dirección unitaria de forma tan *intrusiva* que acabe suplantando la voluntad de los administradores de los demás miembros, de modo que estos queden reducidos a «meros ejecutores»<sup>568</sup> de las órdenes de los administradores de la cabeza del grupo<sup>569</sup>, situación que *en principio* podría acaecer en el ámbito de los

---

<sup>566</sup> MORENO SERRANO, E. (2018), “La responsabilidad de la sociedad matriz como administrador de hecho”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (dir.), COHEN BENCHETRIT, A (dir.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1331-1344, pág. 1340. En concordancia con lo expuesto, el PCSM se ha inclinado en efectuar la construcción de un régimen jurídico para los grupos en el cual tiene cabida un específico régimen de responsabilidad de los administradores de la matriz por los daños ocasionados a sus filiales en el ejercicio de la dirección unitaria (cfr. art. 602 PCSM), y por las deudas de sus filiales por su declaración de pertenencia al grupo (cfr. art. 601 PCSM); se trata de un régimen cuya construcción ni se remite ni contiene mención alguna al administrador de hecho, figura que, no obstante – confirmando así nuestro razonamiento –, si esta prevista en otra sección de la PCSM ajena a la figura del grupo de sociedades, concretamente, en su artículo 128.1 (Presupuestos de responsabilidad de los administradores). FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 278.

<sup>567</sup> *Vid. Supra*, Capítulo II.A.2 *Los principios de autonomía de gestión y democracia cooperativa*.

<sup>568</sup> Terminología que usan EMBID IRUJO, J. M. y GIRGADO PERANDONES, P. (2005) “Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la Junta General”, en EMBID IRUJO, J. M. (coord.): *Las competencias de los órganos en las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 281 y ss.

<sup>569</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 260.

grupos con alto grado de centralización, como algunos grupos jerárquicos<sup>570</sup>, sin embargo, ello tampoco podría presentarse de manera automática, toda vez que sería preciso probar que, más allá de una mera injerencia legítima en la gestión de la filial o de la existencia de una mera relación de control, la sociedad matriz, de manera pública (externa) y transparente, y con conocimiento y consentimiento de la sociedad filial, ha venido de hecho gestionando<sup>571</sup>.

Por lo anterior, aceptar que la entidad cabeza de grupo es un administrador más del resto de sociedades del grupo implicaría desconocer el funcionamiento de este fenómeno económico-jurídico y, en la práctica, equivaldría a negar su realidad e, incluso, legitimidad<sup>572</sup>.

## 2. *Con respecto a la teoría de la gestión de negocios ajenos y el mandato.*

Frente a la teoría de la gestión de negocios ajenos y el mandato han existido reparos sobre su viabilidad desde su aplicación práctica en el contexto de los *grupos por subordinación*<sup>573</sup>.

Además, cuando se acude a la *teoría de gestión de negocio ajeno* a efectos de imputar responsabilidad a la *capogruppo* por los daños causados a

---

<sup>570</sup> *Ibíd*em, pág. 260.

<sup>571</sup> ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (2007), *op. cit.*, pág. 30.

<sup>572</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 256.

<sup>573</sup> “Aunque esta tesis nos parece interesante, lo cierto es que dudamos de la posibilidad de su aplicación en la práctica pues requiere de una compleja construcción”. *Ibíd*em, pág. 271.

sus demás integrantes dentro del *grupo cooperativo*, presenta dos deficiencias que a nuestro juicio la tornan inaplicable. En primer lugar, es una contradicción teórica aplicar la *gestión de negocio ajeno* a un escenario como el *grupo cooperativo* que tiene como fuente el contrato, es decir, es incoherente aplicar una teoría que es ajena a las relaciones contractuales<sup>574</sup> a un ámbito como el *grupo cooperativo* en donde las relaciones que existen entre la *cappogruppo* y sus miembros son de naturaleza contractual, como ya se ha explicado. En segundo término, no se puede aseverar que en el contexto del *grupo cooperativo* se está desarrollando un *negocio ajeno*, pues recordemos que todos los miembros del grupo se organizan en pro de cumplir un *interés grupal* que se vincula a la empresa conformada por sus integrantes<sup>575</sup>, por lo tanto no estamos hablando de un negocio ajeno sino de un negocio propio, que es la empresa del *grupo cooperativo*.

De otra parte, frente a la procedencia de aplicar la *teoría del mandato* en el contexto del *grupo cooperativo*, a nuestro juicio ello no es viable, toda vez que son elementos básicos de aquella teoría la existencia de una relación jerárquica clara entre el principal o mandante y el agente o mandatario<sup>576</sup>,

---

<sup>574</sup> “(...) lo característico de esa gestión espontánea del asunto ajeno es que la misma se emprende ya no sólo "sin mandato" o autorización voluntaria (u otorgada por contrato) del titular del asunto, sino, asimismo, sin que exista tampoco autorización o legitimación legal para intervenir”. MARCO MOLINA, J. (2010), “La gestión oficiosa de negocios ajenos como fuente de obligaciones”, en Les XVI Jornades de Dret Català, sobre Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya, a Tossa de Mar, pág. 6.

<sup>575</sup> EMBID IRUJO, J. M. (1987), *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, pág. 252.

<sup>576</sup> Se afirma como ejemplo típico de agencia en el mundo empresarial la existente entre CA, Presidente o Director General de la Unidad Superior (Grupo Empresarial) en calidad de principal con respecto al Gerente o Director General de la Unidad Subordinada (Empresa Filial)

situación que por lo general no acaece en los *grupos cooperativos*, en razón a que su naturaleza paritaria ubica a todos sus miembros, incluida la *capogruppo*, en una relación horizontal donde no existe el elemento de subordinación por parte de esta última con respecto a los demás integrantes; y exige que todos los integrantes estén coordinados o confluyan en el *interés de grupo*<sup>577</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de aquellos planteamientos académicos que abren la posibilidad de conformar *grupos cooperativos jerárquicos*, como se ya se abordó.

Sumado a lo expuesto, el hecho de que el *contrato de grupo cooperativo* hizo variar el objeto social de todos los integrantes del grupo para enfocarse en un *interés grupal*, según se ha explicado, se entendería que no se estructuraría una relación de mandato entre aquellos y la entidad cabeza de grupo, pues desde el momento de su conformación, los miembros del grupo, incluido la *capogruppo*, están coordinados desde su objeto social hacia un mismo propósito, es decir, el *interés de grupo*<sup>578</sup>, por ende, no se obliga a la entidad

---

en condición de agente. Al respecto, VERGÉS, J. (2000), *Control e Incentivos en la Gestión Empresarial*, Universitat Autònoma de Barcelona, (Versión en Castellano), pág. 53.

<sup>577</sup> “El carácter común que reviste el interés del grupo permite indicar la inexistencia de una relación jerárquica con el interés de las sociedades agrupadas. Se trata del interés empresarial de cada sociedad, pero perseguido en grupo subordinadamente o coordinadamente unificado. No se contempla un interés de grupo distinto del interés de las sociedades unificadas, ni superior al de estas. Únicamente se diferencian posiciones o esferas, sin establecer jerarquía alguna entre ellas”. IRÁCULIS ARREGUI, N. (2018), “Estudio del concepto de «interés del grupo»: el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (dir.), COHEN BENCHETRIT, A (dir.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 403-424, pág. 413.

<sup>578</sup> “(...) el interés del grupo es el interés de dichas sociedades como proyección de su integración económica (por subordinación o por coordinación), de tal manera que con la referencia al interés del grupo se tutela únicamente el interés de dichas sociedades”. *Ibidem*, pág. 412.

cabeza de grupo a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de los integrantes del *grupo cooperativo*.

En consecuencia, *en principio* no resulta plausible que se predique dentro del contexto del *grupo cooperativo* la configuración de un conflicto entre los intereses de cada uno de sus integrantes con el interés de la *capogruppo*, pues, como ya se dijo, todos estos están sincronizados desde su objeto social a la materialización de un *interés grupal*. No obstante, es importante precisar que la realidad empresarial demuestra que si se dan conflictos entre los miembros del *grupo cooperativo* y su cabeza, por lo que se dirá posteriormente, pero los mismos se enlazan más con el abuso del poder de *dirección unitaria* de la *capogruppo* o por el incumplimiento del *contrato de grupo*, y no porque se estructure entre ellos una relación de mandato.

Adicionalmente, el problema de agencia o mandato<sup>579</sup>, que se fundamenta en un problema de control y surge cuando la riqueza de un sujeto (mandante) depende de la conducta desplegada por un tercero (mandatario)<sup>580</sup>, tampoco se puede predicar en el ámbito del *grupo cooperativo*, pues a la *cappogruppo* no se le encomienda la administración de los demás miembros individualmente considerados, toda vez que cada uno de ellos tienen su propio

---

<sup>579</sup> “Aquellos que los economistas clasifican como “problemas del mandato” (agency problems), en el sentido más genérico de la expresión, corresponde a las dificultades que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el mandante (*principal*), depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el mandatario (agent)”. REYES VILLAMIZAR, F. (2013), *op. cit.*, pág. 29.

<sup>580</sup> BERROCAL, M. (2017), “Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios”, en *Revista E- Mercatoria*, Vol. 16, N. 1, págs. 81-116, pág. 85. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n1.03>

administrador, como lo sería el Consejo Rector<sup>581</sup>. A la entidad cabeza de grupo se le encomienda la *dirección unitaria* del grupo, la cual tiene como punto de atención el *interés grupal* y no el interés social de cada uno de los integrantes del *grupo cooperativo*, el cual resultó modificado por el *contrato de grupo cooperativo*, según lo explicado.

### 3. Sobre la teoría de la acción individual del 241 LSC como mecanismo de responsabilidad intragrupo.

Si bien es cierto algunos autores han considerado que la teoría de la acción individual podría ser la solución más plausible y genérica para resolver el problema de la *responsabilidad intragrupo*, en razón a que podría presentarse como válida en todos los supuestos y para todos los tipos de grupos<sup>582</sup>, incluyendo los *grupos cooperativos*, consideramos que la misma, además de presentar dificultades de índole práctico al subsumir cada caso en los supuestos de la citada acción<sup>583</sup>, ella desconoce el vínculo contractual que une a todos los integrantes del *grupo cooperativo*, aspecto este último que en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia tiene grandes implicaciones a efectos del estudio de la responsabilidad de la *capogruppo* frente a los integrantes del *grupo cooperativo*.

---

<sup>581</sup> Sobre la distinción entre la “administración del grupo de sociedades” y la “administración de las sociedades integradas en el grupo”, MORENO SERRANO, E. (2018), *op. cit.*, págs. 1338-1339.

<sup>582</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 308 a 337.

<sup>583</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 275. Quien cita a ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015), “Problemática de la acción individual”, en *Jornada sobre responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 1-31.

En ese sentido, no se puede catalogar como tercero a la sociedad integrante del *grupo cooperativo*, pues ella es parte del negocio jurídico que suscribió con la *capogruppo*<sup>584</sup>, toda vez que ellos no tienen vínculo contractual con la entidad cabeza de grupo<sup>585</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de lo que se exponga posteriormente sobre la teoría de la *coligación de contratos* frente a la relación existente entre el asociado de la sociedad integrada y la *capogruppo*.

#### 4. Frente a la doctrina del levantamiento del velo corporativo.

A pesar que la jurisprudencia y la doctrina española y colombiana han acudido a la técnica del *levantamiento del velo corporativo*, con el propósito legítimo de atribuir responsabilidad al sujeto que efectivamente lleva a cabo la *unidad de propósito y dirección*, es decir, a la entidad cabeza del *grupo*, por los perjuicios ocasionados a terceros (trabajadores y acreedores), se señala que dicha doctrina adolece de las siguientes inexactitudes<sup>586</sup>:

---

<sup>584</sup> Como ya se ha dicho, la acción individual pretende “(...) el resarcimiento de los daños directos que socios o terceros pueden sufrir como consecuencia del incumplimiento culposo en el ejercicio de su cargo, del deber de diligencia de los administradores. A fin de que los legitimados para interponer la acción puedan ejercitarla, los daños cuyo resarcimiento se pretende han de ser directos y no derivados de los que hubiera podido sufrir el patrimonio social”. ALCALÁ DÍAZ, M. A. (1993), “Acción individual de responsabilidad frente a los administradores. (STS, 21-5-1992)”, en *RdS*, N. 1, págs. 166-175, pág. 169. En el mismo sentido, URÍA, R. (1994), *Derecho Comercial*. Editorial Marcial Pons, Madrid, pág. 350.

<sup>585</sup> Se aclara que aún subsiste en la doctrina el intenso debate sobre la naturaleza jurídica (contractual o extracontractual) de la relación entre el administrador de la sociedad y terceros (socios, acreedores, trabajadores, etc.), al respecto leer VÁZQUEZ ESTEBAN, M. (2018), *La acción individual de responsabilidad*, (Trabajo Fin de Master), Universidad de Alicante, pág. 22 y ss.

<sup>586</sup> Estas falencias fueron expuestas en la ponencia presentada en el V Congreso de Derecho Empresarial y Contractual realizada el 26 de octubre de 2018 por HURTADO PALOMINO, J. V. (2018), *Reflexiones de la Responsabilidad Civil en los Grupos Empresariales*. (Sin Publicar). Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga.

1. El *grupo cooperativo* al no ostentar personalidad jurídica no puede aplicarse el *piercing the corporate veil* cuando carece de tal atributo, por lo tanto, la doctrina del *levantamiento del velo corporativo*, en principio recaería su aplicación en los miembros que conforman el *grupo*, a efectos de determinar el actuar improcedente o abusivo de tales entes<sup>587</sup>.
  
2. La doctrina del *levantamiento del velo* se soporta del concepto genérico de *fraude de ley*, la cual deja un margen de inseguridad jurídica al momento de su aplicación por las autoridades judiciales, pues no se establece con certeza la norma de responsabilidad que ha sido defraudada, los presupuestos y los efectos de la misma que se pretende aplicar<sup>588</sup>.

Por tal razón, los tribunales españoles *abusan* de la mencionada técnica y, de esta manera, vician la excepcionalidad de dicha técnica con su generalizada aplicación sin una fundamentación jurídica suficiente y adecuada<sup>589</sup>, haciendo que su implementación sea más *por intuición* que por unos criterios normativos predeterminados<sup>590</sup>.

---

<sup>587</sup> “El grupo societario no es una persona jurídica y, al igual que la insolvencia, se halla influido por las políticas económicas del mercado; por tanto, en esta anomalía no puede aplicarse el *piercing the corporate veil* cuando carece de la citada personalidad; no obstante, no puede desconocerse a partir de la importancia de una doctrina, cuándo se debe determinar el actuar improcedente o abusivo de los entes que hacen parte de un grupo”. CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *op. cit.*, págs. 185-186.

<sup>588</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 512-513.

<sup>589</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, pág. 79.

<sup>590</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 475-476.

En ese sentido, se asevera que las sentencias que aplican el *levantamiento del velo* demuestran una falta de sintonía entre la fundamentación jurídica alegada y la especificidad del caso *sub judice*, lo cual es consecuencia del uso de figuras excesivamente ambiguas en la argumentación jurídica y una ausencia de criterios sistematizadores<sup>591</sup>.

3. La imputación a la sociedad cabeza de grupo de las deudas de sus miembros, con independencia de que las mismas sean consecuencia directa de la actuación de aquélla, acudiendo a la doctrina del *levantamiento del velo corporativo*, no se traduce en una correcta de imputación de responsabilidad por el ejercicio de la *dirección unitaria*.

El uso de la citada doctrina conlleva a la imposición de una *responsabilidad de grupo o responsabilidad ilimitada, global y objetiva del capogruppo* por las deudas y responsabilidades de todas las sociedades integrantes, sin atención alguna a los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil que, en definitiva, se supone han sido los que se ha pretendido defraudar<sup>592</sup>.

En ese orden de ideas, la implementación de la aludida doctrina pondría en duda la conveniencia de conformar grupos de sociedades al otorgar un mejor tratamiento a los acreedores de sociedades integradas en grupos que

---

<sup>591</sup> FONT RIBAS, A. (1982), "Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses", *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 81, N° 4, págs. 827-884, pág. 871.

<sup>592</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 512.

a los acreedores de sociedades independientes<sup>593</sup>, en virtud de esa responsabilidad global que se le atribuiría a la cabeza del grupo.

4. La unidad de propósito y dirección, con independencia de la intensidad con que se ejerza, no se puede catalogar como un presupuesto autónomo para la aplicación de la doctrina del *levantamiento del velo corporativo*, el ejercicio de la dirección no es fraude a la ley en sí mismo, y no existiendo tal fraude, lo que procede es aplicar el régimen de responsabilidad por la dirección específica que corresponde a la empresa de grupo<sup>594</sup>.

Por las razones expuestas, se colige que la doctrina del *levantamiento del velo corporativo* se manifiesta como un instrumento que no es apropiado para resolver el problema relacionado con la responsabilidad de la *capogruppo* por la dirección unitaria, sino que dicha técnica se orienta a solucionar los problemas de uso de la institución de la persona jurídica con un ánimo fraudulento o abusivo, los cuales no hacen parte de la naturaleza misma del fenómeno grupal<sup>595</sup>.

En ese orden de ideas, es correcto aseverar que la técnica del *levantamiento del velo corporativo* es un medio que, si bien es cierto su uso es

---

<sup>593</sup> SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2012), *op. cit.*, págs. 475-476.

<sup>594</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 515.

<sup>595</sup> *Ibidem*, pág. 514.

de forma excepcional, no da una respuesta adecuada y suficiente a la problemática de la responsabilidad intragrupo<sup>596</sup>.

### C. UNA SOLUCIÓN: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL *GRUPO COOPERATIVO*.

En virtud de las críticas a los criterios de imputación descritos en los epígrafes anteriores, se colige que ellos no serían los más adecuados para resolver la responsabilidad *intragrupo*.

Por lo anterior, creemos que la solución a la problemática de la imputación de responsabilidad de la *capogruppo* se debe encontrar desde la responsabilidad contractual, en razón a que el *grupo cooperativo* tuvo su génesis en virtud del *contrato de grupo*. En ese orden de ideas, la responsabilidad intragrupo, a nuestro juicio, se debe abordar a partir del *contrato de grupo cooperativo* y de manera subsidiaria por las disposiciones generales sobre los contratos contemplados en las regulaciones civiles de España<sup>597</sup> y Colombia<sup>598</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto y atendiendo los propósitos del presente trabajo de investigación, se hace la precisión que en los siguientes epígrafes no se va a revisar todos los elementos que estructuran la responsabilidad

---

<sup>596</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, pág. 114.

<sup>597</sup> Artículo 1101 y siguientes del CCivC

<sup>598</sup> Artículo 1604 y siguientes del CCivC

contractual, más aún cuando ya se abordó a plenitud el *contrato de grupo cooperativo*<sup>599</sup>, sino que se realizará un bosquejo general de la responsabilidad contractual a la luz de la teoría del derecho y su relación en la responsabilidad intragrupo; se estudiarán los fundamentos que permiten inferir que resulta plausible efectuar la imputación a la *capogruppo* para que responda jurídicamente por los daños-perjuicios causados a los integrantes del grupo cooperativo, a partir la *dirección unitaria* y la revisión de la modalidad de incumplimiento de la obligación contractual del *capogruppo*, emanado del principio de la buena fe, de abstenerse de emitir instrucciones perjudiciales a los demás miembros en ejercicio de la dirección unitaria contrarios al *interés grupal* y el *contrato de grupo*.

1. *La responsabilidad contractual en la Teoría del Derecho y su articulación en la Responsabilidad intragrupo.*

Para abordar la *responsabilidad contractual* como institución jurídica primordial del Derecho Privado<sup>600</sup>, se parte de la premisa que dicho concepto, a la luz de la Teoría del Derecho, se subsume dentro de la categoría denominada *responsabilidad jurídica*, la cual se define como aquella reacción del Derecho

---

<sup>599</sup> Vid. *Supra*. Capítulo II.D EL CONTRATO DE GRUPO COOPERATIVO.

<sup>600</sup> Edgar Cortés en su artículo titulado *Constitución y Responsabilidad Civil. Una relación ambivalente* publicada en la Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia N. 11 en el año 2006, págs. 17-18, afirma que los dos pilares del Código Civil: el contrato y la responsabilidad civil, han dejado atrás esa concepción liberal individualista propia de las codificaciones del siglo XIX y en la actualidad han asumido una dimensión social en razón a la concepción del Estado Social de Derecho emanado de la Constitución Política de 1991 de Colombia.

ante la infracción de una de sus normas, en virtud del comportamiento de un agente moral destinatario de las mismas, fundado en la realización de un reproche que se exhibe en la consecuencia jurídica articulada con la descrita violación normativa<sup>601</sup>.

Dicha definición es adoptada por los Códigos Civiles de España y Colombia al reglamentar la *responsabilidad contractual*<sup>602</sup>, pues parten del presupuesto de la infracción o incumplimiento de uno de los extremos negociales a alguna de las obligaciones emanadas del contrato, entendiendo a este último como una norma negocial o privada<sup>603</sup>, según lo dispuesto en ambas codificaciones al establecer que “el contrato es ley para las partes”<sup>604</sup>, como desarrollo del postulado romano del *pacta sunt servanda*<sup>605</sup>, según se recordó.

---

<sup>601</sup> SANZ ENCINAR, A. (2000), “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”, Anuario de la Facultad de Derecho, N. 4, Universidad Autónoma de Madrid, págs. 49-50, disponible en <http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidaddenlaTeoriaGeneraldelDerecho.pdf>, fecha de consulta: 17 de mayo de 2019.

<sup>602</sup> La responsabilidad contractual en España se encuentra regulada en el CCivE a partir del artículo 1101 y siguientes. Por su parte, en Colombia el citado régimen de responsabilidad se aprecia en el artículo 1604 y siguientes del CCivC.

<sup>603</sup> “La noción de contrato como autorregulación de relaciones jurídicas patrimoniales ve en el contrato una norma negocial, más precisamente una regla jurídica creada por los interesados y destinatarios de la misma regla. Esta idea de norma privada parece también haber sido retomada por el Código en la previsión a la cual el contrato “tiene fuerza de ley entre las partes”. BIANCA, M. (2007), *Derecho Civil. 3. El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., pág. 57.

<sup>604</sup> Artículos 1091 y 1602 de los Códigos Civiles de España y Colombia, respectivamente.

<sup>605</sup> ULPIANO. D.50.17.34 Comentarios a SABINO, libro XLV: “En las estipulaciones, y en los demás contratos, nos atenemos siempre a los que se trató (...)”.

Aunado a lo anterior, la citada normativa que disciplina la *responsabilidad contractual* es compatible con la aludida definición de *responsabilidad jurídica*, pues ambos se entrelazan en el régimen subjetivo<sup>606</sup>, donde el juicio de *reproche* es necesario para determinar, de un lado, la presencia del criterio de imputación (culpa o dolo), todos ellos requeridos para estructurar la eventual *responsabilidad contractual*<sup>607</sup> y, de otro, la tasación del monto de la indemnización por el daño causado por el incumplimiento de la obligación contractual<sup>608</sup>.

En ese orden de ideas, se infiere que la *responsabilidad contractual* en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia se articula a partir de un criterio general subjetivo<sup>609</sup>, circunstancia esta que es concordante con el criterio de la mayor parte de los autores que señalan que la responsabilidad por la *dirección unitaria* por la entidad cabeza de grupo debe tener un carácter culpabilístico<sup>610</sup>, comprender los presupuestos generales de la responsabilidad<sup>611</sup>, la naturaleza paritaria del *contrato de grupo* y la unidad de empresa, lo cual refleja aún más la importancia del estudio de la conducta de la

---

<sup>606</sup> SANZ ENCINAR, A. (2000), *op. cit.*, págs. 49-50, pág. 50.

<sup>607</sup> Artículo 1101 y siguientes del CCivE y artículos 63, 1604 y siguientes del CCivC.

<sup>608</sup> Artículos 1105 y 1107 del CCivE y artículos 1604 y 1616 del CCivC.

<sup>609</sup> En el caso español el régimen subjetivo es ratificado por GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, pág. 100. En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado que “el sistema normativo nacional le confiere al elemento subjetivo notable relevancia al momento de valorar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones, y el alcance de la indemnización”. CC. Sentencia C-1008 de 9 de diciembre de 2010, F. 4.1

<sup>610</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 245.

<sup>611</sup> “Al tratarse de una responsabilidad por daños derivados del ejercicio del poder de dirección, sus presupuestos responden a los ya conocidos por todos: (i) antijuridicidad de la conducta. (ii) daño al patrimonio de la filial. (iii) relación de causalidad”. *Ibidem*, pág. 243.

*capogruppo*, pues su gestión debe mirar el beneficio del *interés grupal*, situación que le exige una *escrupulosa* ejecución del contrato, según lo acordado en el *contrato de grupo cooperativo*, resultando que a ella le es imputable no solo la infidelidad orientada a alcanzar un beneficio individual ajeno al *interés de grupo*, sino toda deficiencia en su gestión que afecte o lesione las expectativas de la *empresa policorporativa*.

Por lo tanto, del *contrato de grupo* emerge la obligación para la *capogruppo* de abstenerse de traicionar la confianza que los demás miembros del *grupo cooperativo* han depositado en él, pues no se cede a cualquiera la *dirección unitaria* de la *empresa policorporativa*, y en consecuencia aquel responde de todo comportamiento contrario a la *fides*, sea por dolo como por negligencia, en cuanto a que su conducta desconozca esa fidelidad o respeto al *interés de grupo*.

A efectos de comprender con mayor precisión la responsabilidad contractual que asume la *capogruppo*, resulta fundamental abordar el tema según los afectados por la instrucción emitida por dicha persona. En ese sentido, dentro del primer grupo de lesionados se encuentran los integrantes del *grupo cooperativo*, quienes estarían legitimados por activa de incoar la demanda de responsabilidad contractual contra la *capogruppo*. El otro grupo de afectados estaría conformado por los socios de cada uno de los miembros que conforman el *grupo cooperativo*, quienes también podrían acudir a la vía contractual, a partir de la estructuración de la figura de *coligación de contratos*

que permitiría construir el camino negocial para que los asociados se puedan dirigir contra la *capogruppo*, sobre lo que se volverá.

Es importante aclarar que el tema de la responsabilidad contractual por el hecho de un tercero o responsabilidad contractual indirecta<sup>612</sup>, no se acoge en la presente investigación para el propósito de imputar responsabilidad a la *capogruppo* por los daños-perjuicios causados a los asociados de los miembros del *grupo cooperativo*, toda vez que exige un vínculo negocial entre el afectado (asociado) y la *capogruppo* a efectos de imputarle responsabilidad por la actuación realizada por el tercero (sociedad integrada)<sup>613</sup>, lo cual, *en principio*, no es de recibo, pues de entrada se verifica que no existe relación contractual entre el socio y la *capoogruppo*, salvo que acudamos a la doctrina de la *coligación de contratos* para estructurar tal vínculo, que se revisara luego. Sin embargo, a pesar que se llegue a conformar tal relación contractual entre el

---

<sup>612</sup> Sobre la responsabilidad contractual por el hecho de un tercero o responsabilidad contractual indirecta ha sido abordado por CARRASCO PERERA, A. (2010), *op. cit.*, págs. 951 y ss; JORDANO FRAGA, F. (1993), *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Editorial Civitas S.A., Madrid; JORDANO FRAGA, F. (1987), *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas S.A., Madrid, págs. 321 y ss; MAZEAUD, A. (1962), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América EJE, Buenos Aires, págs. 684 y ss; VINEY, G. (2010), *op. cit.*, págs. 349 y ss; VISINTINI, G. (2002), *Responsabilidad contractual y extracontractual: estudios sobre incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*, Editorial ARA Editores, Perú, págs. 127 y ss. En el Derecho Colombiano ha sido abordada la descrita temática por SANTOS BALLESTEROS, J. (2012), *Responsabilidad Civil. Parte General*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Temis, Bogotá D.C., págs. 278 y ss; TAMAYO JARAMILLO, J. (2007), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Editorial Legis, Bogotá D.C., págs. 656 y ss.

<sup>613</sup> Al respecto JORDANO FRAGA, F. (1993), *op. cit.*, pág. 109, señala “De todo lo dicho acerca del ámbito objetivo de la posible intervención de auxiliares de cumplimiento y de la consiguiente responsabilidad (contractual) del deudor y principal por ellos, puede concluirse, negativamente, que ni una ni otra son factibles: a) Allí donde la persona utilizada para cumplir *no sea un tercero*, y, por tanto, un *no* obligado específicamente a hacerlo frente al acreedor. b) Allí donde *entre principal y acreedor* no medie una relación obligatoria, que obligue específicamente al primero frente al segundo, al cumplimiento, en cuya prestación interviene el auxiliar”.

socio y la entidad cabeza de grupo, tampoco se podría aplicar el régimen de responsabilidad contractual por el hecho de un tercero, en razón a que la sociedad integrada no se podría dar el estatus de “tercero”, pues ella tiene un vínculo con el asociado perjudicado, a través del contrato de constitución de la sociedad integrada, quien es el interesado en la reclamación de los perjuicios causados por la *capogruppo*<sup>614</sup>.

Efectuada la aclaración precedente, a continuación se abordan ambas perspectivas según los legitimados para iniciar la respectiva acción de responsabilidad contra la entidad cabeza de *grupo cooperativo*.

2. *La imputación a la capogruppo para que responda jurídicamente por los daños-perjuicios causados a los integrantes del grupo cooperativo.*

Como lo hemos explicado<sup>615</sup>, el *contrato de grupo cooperativo* es reconocido en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia como válido y a pesar que no ha sido objeto de definición legal en ambos países, la doctrina ha efectuado tal labor señalando que es el acuerdo mediante el cual dos o más sociedades (cooperativas) deciden ceder a una entidad cabeza de grupo la

---

<sup>614</sup> La aclaración que se realiza sobre la improcedencia del régimen de responsabilidad contractual por el hecho de un tercero a efectos del estudio de imputación de responsabilidad a la *cappogruppo* por los daños-perjuicios del socio de la sociedad integrada al grupo, se aplica en el contexto de los grupos contractuales. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos como el francés, en donde se estableció la responsabilidad de la Matriz frente a los daños-perjuicios causados por sus filiales a terceros por temas de violación de los derechos humanos como de perjuicios ambientales. Al respecto, Ley N.º 2017-399 de 27 de marzo de 2017, también conocida como «ley sobre el deber de vigilancia de las transnacionales». El texto de la ley está disponible aquí: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>

<sup>615</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.D. EL CONTRATO DE GRUPO COOPERATIVO.*

posibilidad de que ejercite facultades o profiera instrucciones de obligado cumplimiento para aquéllas, de tal suerte que se produzca una unidad de decisión en el ámbito de las facultades otorgadas<sup>616</sup>.

De la anterior definición, se infiere que el señalamiento de las facultades cuyo ejercicio se acuerda atribuir a la entidad cabeza de grupo es uno de los elementos esenciales del citado negocio jurídico, el cual, como ya se dijo, fue reconocido por el legislador español en el numeral 4 del artículo 78 de la LCoop., y resulta fundamental no solo para el perfeccionamiento del *contrato de grupo cooperativo*, sino para el estudio de imputación de responsabilidad a la *capogruppo*, que a nuestro juicio es de naturaleza contractual, como se explica a continuación.

A pesar de los esfuerzos realizados por la doctrina y jurisprudencia en desarrollar posturas que permitan responder de manera rigurosa la problemática de la imputación de la responsabilidad de la cabeza de *grupo cooperativo* por los perjuicios causados a los demás miembros y a terceros, en virtud del ejercicio de la *unidad de propósito y dirección*, ninguna de ellas ha abordado tal situación desde el enfoque de la *responsabilidad contractual*, no obstante que la fuente de dicha forma de empresa es el *contrato de grupo cooperativo*.

---

<sup>616</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1024.

Para abordar tal enfoque se debe tener presente que en España y Colombia no existe una reglamentación exhaustiva y detallada del *contrato de grupo cooperativo* y tampoco un concepto jurídico de *grupo cooperativo* lo suficientemente completo<sup>617</sup>, según se ha señalado recurrentemente a lo largo de esta páginas. Sin embargo, desde el momento del perfeccionamiento del citado negocio jurídico emergen una serie de efectos entre las partes que se traducen en alteraciones en la faceta interna de cada una de ellas, como lo es su objeto social<sup>618</sup>, y en la configuración de responsabilidad entre los miembros del *grupo cooperativo*<sup>619</sup> o de estos, en especial la entidad cabeza de grupo, con respecto a los asociados cooperativistas, frente al eventual incumplimiento de las obligaciones pactadas en el acuerdo, como el ejercicio abusivo del poder de dirección que le fue concedido a través del *contrato de grupo cooperativo*<sup>620</sup>.

Como se había mencionado, independientemente que el miembro del grupo afectado acuda a la alternativa de impugnar el acuerdo de la Asamblea que adopta el *contrato de grupo cooperativo* que dio origen a la modificación del objeto social de sus integrantes, pero limitada a solicitar su nulidad por ser contrario a la ley, según lo estipula el artículo 31 de la LCoop, el integrante del grupo perjudicado podría iniciar la acción de responsabilidad contractual contra

---

<sup>617</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2018), *op. cit.*

<sup>618</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.D.2. Efectos del perfeccionamiento del contrato de grupo cooperativo.*

<sup>619</sup> “En los grupos o uniones por coordinación, en tanto que las decisiones son consensuadas y no impuestas, cada sociedad es plenamente responsable de las consecuencias de esas decisiones y es posible imputar responsabilidades a los demás integrantes del grupo o a sus órganos de administración”. LARGO GIL, R. Y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2003), *op. cit.*, pág. 406. Nota 3.

<sup>620</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.D.2. Efectos del perfeccionamiento del contrato de grupo cooperativo.*

la *capogruppo* por los daños-perjuicios ocasionados por la instrucción que lo perjudicó al ser contrario al *interés grupal*, a los propósitos del *contrato de grupo* y, por supuesto, al principio de la buena fe contractual.

En ese orden de ideas, se infiere que el *contrato de grupo cooperativo* junto con el contrato de constitución de la entidad cabeza de grupo, que a nuestro juicio se encuentran coligados<sup>621</sup>, serían las principales pruebas para efectos de atribuir responsabilidad a la cabeza del *grupo*, muy a pesar que eventualmente en sus estatutos no se hubiera contemplado su condición especial dentro del *grupo cooperativo*<sup>622</sup>. Lo anterior, sin perjuicio que se acredite los otros elementos estructurales de la responsabilidad contractual como lo son el hecho antijurídico, el daño-perjuicio, el nexo causal y la culpa de la *capogruppo*.

Ahora bien, en el supuesto que no exista formalmente un *contrato de grupo cooperativo*, en razón a que sus miembros se vincularon *de facto* para conformar tal modalidad de integración empresarial, implica para la cooperativa afectada por las instrucciones perjudiciales emitidas por la *capogruppo*, una carga probatoria más ardua, pues tendrá que acreditar los elementos esenciales del *contrato de grupo*, junto con los demás elementos estructurales de la *responsabilidad contractual*.

---

<sup>621</sup> Sobre la figura de la coligación o conexidad de contratos leer GALGANO, F. (1992), *op. cit.*, pág. 118; BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *op. cit.*, pág. 942.

<sup>622</sup> *Vid. Supra. Capítulo II.B.2 Grupo Cooperativo en sentido estricto.*

Realizada la anterior aclaración, a continuación se estudia la responsabilidad de la *capogruppo* frente a los miembros del *grupo cooperativo*, abordando la *dirección unitaria* como elemento clave para la imputación de responsabilidad de dicho sujeto; luego, se revisa la procedencia o no de la cláusula de ventajas compensatorias en el ámbito del *grupo cooperativo*; y posteriormente se estudia la modalidad de incumplimiento de la obligación contractual de la *capogruppo*, emanado del principio de la buena fe, de abstenerse de emitir instrucciones perjudiciales a los demás miembros en ejercicio de la dirección unitaria contrarios al *interés grupal* y el *contrato de grupo*.

- a) La dirección unitaria como clave para la imputación de responsabilidad contractual a la cabeza de grupo.

La *dirección unitaria* o la *unidad de propósito y dirección* que ejerce la entidad cabeza de grupo cooperativo, a través de la emisión de instrucciones a los demás miembros, es el factor determinante para localizar el sujeto pasivo de la acción de responsabilidad dirigida a la reparación a sus integrantes y a terceros por los perjuicios causados<sup>623</sup>. Tal imputación a la *capogruppo* se establece con mayor claridad gracias a la determinación en el *contrato de grupo cooperativo* del sujeto o las personas a quien(es) se le(s) encomendó la facultad de ejercer el poder de *dirección unitaria*. En ese sentido, el aludido

---

<sup>623</sup> “En definitiva, igual que es necesario respetar la independencia de cada sociedad, filial o no, también es preciso atender a su margen de actuación, no para generalizar la idea de que responda quien ostente una posición de control, sino de conocer quién determina el comportamiento para saber quién debe responder, es decir, quien efectivamente actúa”. GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, pág. 98.

*contrato de grupo* resulta fundamental para identificar el destinatario de la acción de responsabilidad contractual.

Con base en lo expuesto, se infiere que no es acertada aquella aseveración que señala que en los *grupos paritarios*, entre los que se incluyen los *grupo cooperativos*, los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad deberían ser, *en principio*, todas las sociedades que lo componen, en razón a que todas participan de una forma u otra en la conformación de la dirección unitaria<sup>624</sup>.

Ahora bien, precisada la forma en que se localiza el sujeto pasivo de la acción de responsabilidad contractual, resulta necesario determinar el contenido del ejercicio de la *dirección unitaria* que permitiría preciar el alcance de la responsabilidad que asumiría la *capogruppo* frente a los miembros afectados por sus instrucciones.

Para ello, se debe recordar que el grupo cooperativo es una empresa que reviste una estructura *policorporativa* o *multisocietaria*, por lo tanto, el ejercicio de la *dirección unitaria* se traduce en la aplicación de una *política común* para todo el grupo, de tal suerte que el patrimonio de cada uno de sus integrantes se gestiona como si de una parte del patrimonio global de la

---

<sup>624</sup> “(...) las sociedades de grupo paritario, si bien quedan «sometidas» a una dirección unitaria, a su vez, son copartícipes, «en pie de igualdad», en la conformación de los parámetros en que se traduce tal dirección. Debido a esto, la escasa doctrina que ha estudiado el tema ya no habla de responsabilidad «vertical» en el seno de este tipo de grupos – como en los jerárquicos –, que afecta únicamente a una sociedad matriz-dominante que imparte las instrucciones, sino de una «responsabilidad horizontal» que implica a todos los miembros del grupo en tanto todas las sociedades participan activamente en la definición de esa dirección unitaria”. FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 352-353.

empresa de grupo se tratase. En ese sentido, la supervivencia, el crecimiento y la productividad del patrimonio de cada miembro del grupo no es un fin en sí mismo, sino que sólo resulta relevante en tanto que garantice e incremente la supervivencia, crecimiento y productividad del grupo en su conjunto<sup>625</sup>.

La decisión de implementar una *política uniforme* obedece al acuerdo adoptado por todos los miembros del *grupo cooperativo* de ser una única empresa *policorporativa*, en donde existe la práctica frecuente y por exigencia de las entidades financieras, el otorgamiento de garantías a cada uno de sus integrantes indistintamente y no siempre de forma cuantitativamente equivalente a la financiación que luego recibirán, y, casi siempre, recibiendo la cabeza de grupo la financiación que luego será distribuida a los demás miembros<sup>626</sup>.

No obstante lo anterior, cabe la posibilidad que alguno de los miembros del *grupo cooperativo* realice gestiones en contravía del *interés grupal*, dejando a un lado la *política uniforme* que había trazado la *cappogruppo*, ocasionando inconvenientes o afectación a los intereses de los demás miembros. En ese supuesto, la responsabilidad por los daños causados a los integrantes del *grupo cooperativo*, no puede ser extendida a la *capogruppo*, salvo que hayan existido instrucciones especiales de esta última sobre el procedimiento dañoso

---

<sup>625</sup> *Ibidem*, pág. 86.

<sup>626</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, págs. 198-199.

utilizado, o se trate de situaciones en que misma entidad cabeza de grupo hubiese creado el riesgo<sup>627</sup>.

Sobre este último punto concerniente a que la *cappogruppo* fuese quien crea un riesgo jurídicamente desaprobado, podría asumir una responsabilidad por omisión ante los demás integrantes del *grupo cooperativo*, constituyéndose en garante, en el supuesto que no ejerciera las facultades de control que le corresponden en virtud del *contrato de grupo* o en el evento en que no adelantara las actuaciones necesarias para impedir que el riesgo jurídicamente permitido superara sus límites, causando daños-perjuicios a las sociedades integradas<sup>628</sup>.

A efectos de hacer efectiva esa *política uniforme*, es común además que dentro de los *grupos cooperativos* se acuda a un sistema de gestión centralizada de tesorería<sup>629</sup> a través del contrato de *cash pooling*<sup>630</sup>, el cual es

---

<sup>627</sup> En el contexto de los grupos verticales y distinguiendo entre ilícitos derivados de la dirección unitaria e ilícitos de mera consecuencia de la actividad empresarial – digamos «autónoma»– de la filial, FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, pág. 465.

<sup>628</sup> Se señala que el contenido del deber de garantía del empresario frente a los riesgos en el seno de la empresa se materializa con las medidas de seguridad complementarias, que buscan evitar que los centros de peligro incrementen el nivel de riesgo inicial inmerso a los mismos; y con medidas de medidas de salvamento, que tienen como propósito sustraer a las personas de la esfera de eficacia del riesgo cuando este se ha tornado en un peligro concreto e inminente para los bienes jurídicos. DEMETRIO CRESPO, E. (2008), *op. cit.*, pág. 79 yss.

<sup>629</sup> GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2013), “La rescisión de garantías intragrupo: el concepto de interés de grupo como causa de enervación de las presunciones de perjuicio patrimonial”, en *El Derecho. RDM*, núm. 6 [en línea]. “En no pocas ocasiones se dan grupos de sociedades en los que la separación entre el patrimonio de sus integrantes se encuentra muy difuminada. Tanto es así que, en muchas ocasiones, se hace referencia a la existencia de una tesorería única que rige la actuación en el mercado de todas las empresas del grupo. En estos casos, las distintas sociedades que conforman el conglomerado empresarial se sirven recíprocamente de los recursos que las empresas del grupo generan, ya que estos se integran en una suerte de “caja unitaria” a la que todas tienen acceso. Por ello, las transferencias de fondos entre empresas, así como la constitución de garantías entre ellas es una constante en la actividad ordinaria del grupo. A nuestro modo de ver, parece razonable considerar que las operaciones que realice la

un negocio jurídico atípico que tiene por objeto la gestión de una cuenta corriente bancaria centralizada (*pool o master account*) por parte de uno de los integrantes del *grupo* (sociedad *pooler*) en la cual se invierten con carácter periódico los saldos activos y pasivos de las cuentas corrientes bancarias de las diversas sociedades que componen el *grupo empresarial*, produciéndose un conjunto de transferencias automáticas diarias entre los miembros del *grupo*, con el propósito inequívoco de optimizar la posición global del *grupo*, obteniendo un solo saldo por cada banco con el que se opere<sup>631</sup>.

Como se puede evidenciar, la *dirección unitaria* que ejerce la entidad cabeza de grupo es un factor fundamental que ha permitido tener una claridad meridiana de la problemática de la responsabilidad en el ámbito de los grupos, al establecer que ella no se debe analizar desde la perspectiva clásica de la situación de dependencia a la que se recurre al estudiar el *grupo jerárquico*, sino reflexionando sobre la posibilidad de que estos problemas realmente tengan su origen en el contenido mismo de la *dirección unitaria*, al margen de

---

empresa matriz en el mercado supondrán un beneficio concreto para todas las entidades que conforman el grupo, que verán como las garantías que otorgan sirven para reforzar la tesorería de la que se sirven para desempeñar su actividad”.

<sup>630</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2014), “El contrato de cash pooling”, en *RDM*, vol. 2014, págs. 233-266. pág. 260. “Cuando una sociedad forma parte de un grupo, la consecución de su objeto y de su propio interés social se ve mediatizada por la consecución del interés del conjunto (el interés del grupo). Partiendo de esta premisa, su incorporación a un sistema de financiación interna tan fuertemente centralizada como resulta ser un sistema de *cash pooling*, debiera a nuestro juicio permitir entender que, junto a las actividades especialmente señaladas en los estatutos como constitutivas de su objeto social, la sociedad pasará a prestar también como parte de su actividad habitual, en aras de la consecución de su propio interés social mediatizado y coordinado necesariamente con el interés del grupo, asistencia financiera al conjunto del grupo. Conjuguar esta premisa con una noción amplia de “acto ordinario”, debiera permitir considerar estos flujos de liquidez como parte de la actividad ordinaria de la empresa”.

<sup>631</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 207.

la dependencia y las concretas manifestaciones organizativas de los *grupos por coordinación*<sup>632</sup>, como lo son los *grupos cooperativos*.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el contenido que trae consigo la *dirección unitaria*, se colige que su ejercicio por la *capogruppo* no implica que esté legitimada para exigir o reclamar un deber de seguimiento ilimitado de sus instrucciones por parte de las cooperativas agregadas. Dichas instrucciones no deberán resultar perjudiciales para los integrantes del grupo<sup>633</sup>, pues, según lo dicho, aquellas buscan la cristalización de los *intereses comunes* de la empresa policorporativa que es el *grupo cooperativo*. En ese sentido, los miembros del grupo quedan obligados, tan sólo, a ejecutar aquellas instrucciones que se orienten a la materialización del *interés de grupo*, dentro del marco de lo acordado en el *contrato de grupo cooperativo* y el principio de la buena fe<sup>634</sup>, por tal razón no se aplica aquí la doctrina de la cláusula de ventajas compensatorias, como se explica en el siguiente epígrafe.

---

<sup>632</sup> FUENTES NAHARRO, M. (2007), *op. cit.*, págs. 90 y 91.

<sup>633</sup> Sobre las teorías que existen para determinar si el administrador de la filial incurre en alguna responsabilidad por no seguir las instrucciones que el órgano de administración de la *capogruppo* ha impartido en el contexto de los *grupos por subordinación*, a partir del análisis de la sentencia de la Cour de Cassation francesa Arrêt n° 488 du 22 mai 2019 (17-13.565) – Cour de cassation – Chambre commerciale – ECLI:FR:CCASS:2019:CO00488, se recomienda revisar IRIBARREN, M. (2019), “Lealtad y coherencia del administrador en las sociedades que forman un grupo. A propósito de la sentencia de la Cour de Cassation (Chambre Commerciale) de 22 de mayo de 2019” En: [almacenederecho.org](https://almacenederecho.org) [en línea]. octubre 3, 2019. Recuperado el 5 de octubre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/lealtad-y-coherencia-del-administrador-en-las-sociedades-que-forman-un-grupo/>

<sup>634</sup> Con respecto al acatamiento de las instrucciones por las sociedades integradas en el *grupo* se afirma: “Ahora bien, en el ámbito de los grupos por coordinación, las instrucciones perjudiciales para las entidades agrupadas han sido vistas críticamente por la escasa doctrina que se ha ocupado de la cuestión, habida cuenta el carácter paritario de la unión de empresas así como la ausencia de normas protectoras de los intereses afectados, equiparables a las establecidas para el grupo jerárquico. Como es obvio, tal forma de entender el grupo por coordinación, limitando la facultad de impartir instrucciones a las que resulten favorables o sean, cuando menos, neutras respecto de las entidades agrupadas, no facilita la estabilidad de

b) La cláusula de ventajas compensatorias en el ámbito del grupo cooperativo.

En el contexto de la responsabilidad en el *grupo cooperativo*, a nuestro juicio, consideramos que no es aplicable la doctrina de las ventajas compensatorias, en razón a que no cumple con el requisito de existir un grupo jerárquico de base societaria, es decir, no se estructura la presencia de un control accionarial<sup>635</sup>.

Adicionalmente, no es procedente su aplicación en razón a que interés social de los miembros del *grupo cooperativo* se debe reinterpretar de un modo más amplio, en el sentido que tal interés debe ser concebido como un interés consciente de su necesaria coordinación con un *interés global de la empresa* que constituye el grupo, es decir el *interés grupal*, el cual, interpretado a la luz de la teoría de las ventajas compensatorias, se traduce en que su consecución no acarreará un perjuicio de terceros sin interés en el grupo. Por lo tanto, ha de prevalecer el criterio de que no existe responsabilidad cuando el daño resulta inexistente a la luz del resultado conjunto de las actividades de dirección y coordinación<sup>636</sup>.

---

la figura ni contribuye a lograr una estructura empresarial sólida. ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, pág. 1046.

<sup>635</sup> MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *op. cit.*, pág. 67.

<sup>636</sup> *Ibidem*, pág. 77.

En otros términos, la *capogruppo* no tiene que compensar a uno de los integrantes del *grupo cooperativo* por perjudicar *supuestamente* su interés individual, en aras de un interés diferente (el del grupo), pues, como se señaló, en el ámbito de la citada especie de *grupo* existe un único interés, el de la *empresa grupal o policorporativa*, que se convierte en interés social de la sociedad integrada, porque su interés social que existía antes de la integración quedó sustituido por otro, el *interés grupal*, derivado de la celebración del *contrato de grupo cooperativo*<sup>637</sup>.

No obstante las citadas consideraciones, en el ámbito del derecho autonómico la LCEX en el artículo 135 se realizó el reconocimiento legal de la doctrina ventajas compensatorias en el ámbito de la responsabilidad *intragruppo* cooperativo, al señalar que deberán existir compensaciones adecuadas del perjuicio causado a una de las sociedades cooperativas agrupadas, con ocasión a las instrucciones emitidas por la *capogruppo* en beneficio del grupo. En ese sentido, la mencionada disposición consagró de manera imperativa la estipulación de dicha cláusula, variando su naturaleza de accesoria o accidental.

De acuerdo con lo anterior, la citada norma autonómica merece de las siguientes reflexiones que abren la discusión frente a su viabilidad o procedencia, pues deja a un lado la tesis de que el interés social de los miembros del grupo cooperativo es modificado por el *interés de grupo*, al

---

<sup>637</sup> Vid. *Supra*, Capítulo II.D.2. *Efectos del perfeccionamiento del contrato de grupo cooperativo*.

establecer como factible un posible conflicto entre el interés social y el *interés grupal*<sup>638</sup>; y es una muestra del acercamiento ligero al régimen de sociedades de capital<sup>639</sup>, porque se está adoptando una teoría que tiene pleno recibo en el ámbito de los grupos verticales, que por lo general están conformados por dicha tipología societaria.

- c) La obligación contractual de la entidad cabeza de grupo de abstenerse de abusar el ejercicio de la facultad de ejercer el poder de *dirección unitaria*.

En el estudio de la imputación de la responsabilidad a la *capogruppo* no es suficiente atribuirle a ella la acción, sino que es necesario que tal acción se califique como contraria a Derecho, es decir, se soporta en la conducta de los sujetos y no porque éstos hayan decidido articular su actividad mediante una estructura de grupo. En ese sentido, la imputación de la responsabilidad a la entidad cabeza de grupo exige de la evidencia del incumplimiento de lo

---

<sup>638</sup> “(...) es factible aceptar actuaciones lesivas, para la sociedad filial, si las mismas van acompañadas de algún tipo de ventaja o prestación a su favor realizada por el grupo, las cuáles tienen que tener valor económico y no ser meras hipótesis o expectativas sin concreción, constituyendo una base dogmática en la que solventar el conflicto entre los intereses referidos. Ello supone el reconocimiento del interés del grupo y la necesidad de que, cuando el mismo para ser satisfecho requiere de sacrificios a las sociedades que integran el grupo, queden protegidos los intereses de estas mediante una compensación de esos perjuicios, y así configurar la pertinente protección para socios externos y acreedores”. NAVARRO LÉRIDA, M.ª S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P (Dir), *op. cit.*, pág. 170.

<sup>639</sup> “En definitiva, el acercamiento de las normas autonómicas aprobadas en relación con las sociedades cooperativas al régimen jurídico de las sociedades de capital, pese a resultar positivo en ciertos casos, debe hacerse con cautela y teniendo en cuenta las singularidades de estas entidades”. VÁZQUEZ RUANO, T. (2018), “Progresiva aproximación del régimen del órgano de administración de las sociedades cooperativas a las sociedades de capital”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (dir.), COHEN BENCHETRIT, A (dir.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 985-1017, pág. 1015.

estipulado en una norma, en los estatutos o en los acuerdos a los que hayan llegado las partes<sup>640</sup>, como el *contrato de grupo cooperativo*.

Para los propósitos del trabajo de investigación, nos centraremos en una de las manifestaciones de incumplimiento de las obligaciones del citado negocio jurídico por la *capogruppo*, como lo es la extralimitación de las facultades unilaterales de ejercicio del poder de *dirección unitaria* que atenta contra la naturaleza del *grupo cooperativo*, constituyéndose en un caso de transgresión a la prohibición del abuso del derecho por la *capogruppo* y como un comportamiento contrario a las pautas que debe seguir un buen empresario en el contexto de los *grupos empresariales*, y que en razón a ello, merece de sanción por el Derecho<sup>641</sup>.

Para entender lo anterior, es importante aclarar que a pesar de que existe una posición favorable del sistema jurídico al grupo empresarial, ello no quiere decir que se ignoren y se pasen por alto los abusos que del mismo se pueda llegar a producir por las malas prácticas empresariales<sup>642</sup>, lo que ha llevado a esa idea negativa del grupo como fenómeno sospechoso.

En ese orden de ideas, se infiere que el *grupo*, como cualquier fenómeno de la autonomía privada, es apto para abusar, constituyendo así uno

---

<sup>640</sup> GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, págs. 99-100.

<sup>641</sup> "(...) lo que se sanciona es una conducta infractora y no un modo de organizar la actividad empresarial". *Ibidem*, pág. 100.

<sup>642</sup> *Vid. Supra Capítulo I.A EL CONCEPTO DE GRUPO*. CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág. 157.

de los tantos derechos que tienen la potencialidad de generar daños<sup>643</sup>, que en el caso en concreto, se estructuraría cuando la *capogrupo* en ejercicio de las facultades de *dirección unitaria*, desconoce el *interés de grupo*<sup>644</sup>, el contenido del *contrato de grupo cooperativo* y el principio de la buena fe<sup>645</sup>, afectando los intereses de los demás integrantes del citado fenómeno económico-jurídico.

También es importante precisar que las facultades otorgadas a la *capogrupo* para que ejerza la *dirección unitaria* conlleva un grado de discrecionalidad, situación que no puede considerarse como abusivas tales facultades de manera automática, ni ser observadas *a priori* como un mecanismo de abuso de la posición de dominio penetrado en el contrato, con el propósito de materializar un aprovechamiento injusto de la prevalente posición de ventaja que sin duda otorgan a la parte que en su favor le habían sido conferidas tales facultades, es decir, a la entidad cabeza del *grupo cooperativo*.

Teniendo en cuenta lo expuesto, resulta imperativo revisar cada caso para efectos de verificar la existencia de abuso del ejercicio de la *dirección unitaria* por la entidad cabeza de *grupo cooperativo*. Dentro de los eventos que

---

<sup>643</sup> CORDOBA ACOSTA, P. (2005), *op. cit.*, pág.145.

<sup>644</sup> El TS en su jurisprudencia ha establecido que “[e]l interés del grupo no es absoluto y no puede justificar un daño a la sociedad filial que suponga un perjuicio injustificado a los acreedores y socios externos de la sociedad filial”. STS, 1ª, 695/2015 de 11 de diciembre de 2015, F. III.5.

<sup>645</sup> Frente a las facultades unilaterales de origen contractual se señala que ellas “(...) por la latente posibilidad de abuso requiere una delimitación que surja de la propia estructura interna del derecho, a propósito de evitar que la modalidad de uso del derecho en cuestión resulte censurable, en cuanto contraria a los valores que la buena fe entraña”. NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 58.

se configurarían tales situaciones de abuso estarían los siguientes, sin perjuicio de otros:

- i) Abuso de la *capogruppo* del ejercicio de la dirección unitaria que impide al miembro de *grupo cooperativo* el desarrollo de su actividad empresarial.

El *grupo cooperativo* se debe adecuar a los nuevos retos que genera el mercado, ello conlleva a que el contrato que sirvió de fuente de dicha forma empresarial, también se adecúe a las nuevas condiciones surgidas con el transcurso del tiempo. Para tal fin, la *capogruppo* cumple un papel primordial para que se surtan tales adaptaciones, a través del ejercicio de las facultades de poder de dirección *unitaria* que el *contrato de grupo* le otorgó, dentro del marco del respeto del canon de corrección contractual emanado de la buena fe y con plena observancia de la finalidad del ejercicio de dicha facultad unilateral, es decir, persiguiendo el *interés de grupo*.

Por lo tanto, si el propósito para la adecuación a las nuevas circunstancias por la *capogruppo* se orienta a impedir a alguno de los miembros del *grupo cooperativo* la realización de una actividad que justificara la permanencia de la relación contractual<sup>646</sup>, es una muestra de abuso del primero al ejercer sus facultades de *dirección unitaria*, porque se estaría

---

<sup>646</sup> Al respecto, en el ámbito de la teoría general del contrato, *Ibidem*, pág. 31.

olvidando del otro, quien también persigue la consolidación de un *interés grupal*.

Como ejemplo de dicha variedad de incumplimiento obligacional por incurrir en la prohibición de abusar sus propios derechos, sería la instrucción de la entidad cabeza de grupo cooperativo, que se dedica a la comercialización de bienes, dirigida a que el miembro del grupo encargado en la producción de tales bienes disminuya o rebaje el valor de los precios de los mismos, con el propósito inequívoco de ingresar a un mercado con un precio competitivo, pero dejando a la cooperativa productora en una situación económica muy crítica que impediría la realización de su actividad empresarial que justificara su permanencia en el *contrato de grupo cooperativo*<sup>647</sup>.

Otro caso que serviría de ejemplo a la tipología de incumplimiento obligacional descrita, sería aquella situación en donde la *capogruppo* emite una directriz a la cooperativa de trabajo asociado que es miembro del grupo orientada a que se abstenga de prestar servicios al primero hasta tanto no se realice el estudio de una posible automatización que podría durar un tiempo considerable. Tal decisión que hace la entidad cabeza de grupo en ejercicio de las facultades contractuales unilaterales de poder de *dirección unitaria*,

---

<sup>647</sup> Muestra similar de la situación hipotética planteada es el “malestar” que tienen las sociedades integrantes del grupo Dcoop, porque la cooperativa de segundo grado, que en este caso ciertamente personifica el grupo, está utilizando dinero de sus cooperativas asociadas y otros recursos financieros en forma de avales para sostener su estrategia de bajos precios en Estados Unidos. Al respecto leer MORALES F. (2018), “Dcoop usa fondos de sus cooperativas para hundir el precio del aceite en EEUU” En: merca2.es [en línea]. diciembre 28, 2018. Recuperado el 11 de septiembre de 2019 en la página Web <https://www.merca2.es/dcoop-fondos-cooperativas-hundir-precio-aceite-eeuu/>

afectaría el normal desarrollo de la cooperativa de trabajo asociado y su permanencia dentro del *grupo contractual*<sup>648</sup>.

Los ejemplos descritos demuestran que las decisiones que adopte la entidad cabeza de grupo en el marco de las facultades que le fueron cedidas por el contrato, deben buscar un equilibrio del *interés grupal* con las realidades económicas de cada uno de los miembros que conforman el *grupo cooperativo*, en otros términos, se debe pensar en el otro, quien también aporta dentro de sus posibilidades, para que se alcance el aludido *interés*.

- ii) Abuso de la entidad cabeza de grupo cuando ejerce con negligencia la *dirección unitaria* conferida por el contrato.

La buena fe exige que el ejercicio de la facultad contractual unilateral de ejercer el poder de *dirección unitaria* por la *capogruppo*, se realice con respeto a las exigencias de diligencia.

De acuerdo con lo anterior, se deduce que el concepto de diligencia se relaciona de manera estrecha con la buena fe contractual, sin que ellos se

---

<sup>648</sup> En el Derecho colombiano tal instrucción que realizó la entidad cabeza de grupo a la Cooperativa de Trabajo Asociado, sería contrario al derecho al trabajo contemplado en el artículo 25 de la Constitución Política. Al respecto la CC en sentencia T-353 de 2008 señaló: “Este tipo de trabajo asociativo, encuentra su protección en el artículo 25 de la Constitución Política, con la garantía de los derechos mínimos irrenunciables de las relaciones laborales, que los asociados deben proteger al establecer sus propias reglas para que el trabajo se desarrolle en condiciones dignas y justas, se garantice la igualdad de oportunidades, Una justa y equitativa compensación del trabajo en forma proporcional a la cantidad y calidad del mismo, se aplique el principio de favorabilidad a favor del trabajador en caso de duda en la interpretación de las fuentes formales de derecho, el derecho a la capacitación, al descanso necesario y la seguridad social, entre otros”.

confundan<sup>649</sup>, toda vez que el citado principio además de determinar la licitud o ilicitud del comportamiento asumido por el deudor<sup>650</sup> y de prohibir a los sujetos negociales la asunción de conductas dolosas, les exige un comportamiento libre de toda actitud incorrecta<sup>651</sup>, así como obligaciones de cooperación, de coherencia, que van más allá de las obligaciones de diligencia; por lo tanto, la buena fe excluye aquellas conductas negligentes del deudor por ser contrarias al respeto del interés ajeno que le son inherentes.

La relación entre tales conceptos tiene como antecedente dogmático histórico las fuentes de la época clásica del Derecho Romano<sup>652</sup>, donde los juristas reafirmaron que la *'bona fides'* cobijaba la obligación de diligencia, de

---

<sup>649</sup> El profesor Cortés expresa que la buena fe y la diligencia son conceptos distintos, toda vez que esta última "(...) representa el deber de desplegar un esfuerzo en el cumplimiento de la obligación, [por su parte], la buena fe en materia contractual es un concepto más amplio que se trae a colación no sólo durante la formación y ejecución del contrato sino también cuando se exigen del deudor determinados comportamientos que no entran estrictamente en el contenido de la prestación (...)". CORTÉS, E. (2009), *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., págs. 63 y 64. Complementando lo anterior, el profesor Jordano Fraga señala que "Mientras la buena fe opera en el margo general de la relación obligatoria, y se refiere, por tanto, recíprocamente a deudor y acreedor; la diligencia se refiere sólo a la posición deudora (en la que, ciertamente, pueden estar recíprocamente ambas partes) y sólo por cuanto se refiere a la actividad de cumplimiento. La diligencia es un instrumento de control de la actividad de cumplimiento del deudor, se refiere sólo al *cómo* de la prestación. Por tanto su papel se explica en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento, como criterio de la misma". JORDANO FRAGA, F. (1987), *op. cit.*, pág. 148.

<sup>650</sup> CORTÉS, E. (2009), *op. cit.*, pág. 64.

<sup>651</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2010), *op. cit.*, pág. 291.

<sup>652</sup> D. 13.6.5.2, Ulpiano. Comentarios al Edicto, libro XXVIII. "Ahora se ha de ver, qué venga comprendido en la acción de comodato, ¿acaso el dolo, o también la culpa, o si también todo riesgo? Y, a la verdad, en los contratos a veces respondemos sólo del dolo, y a veces también de la culpa; del dolo, en el depósito, porque como no se trata de utilidad alguna de aquel en quien se deposita, con razón se responde solamente del dolo, si no medio acaso también retribución – porque entonces, como también se halla establecido, se presta también la culpa –, o si desde un principio se convino esto, que preste, así la culpa, como el riesgo, aquel en quien se deposita. Pero cuando media utilidad de una y otra parte, como en la compra, en la locación, en la dote, en la prenda, en la sociedad, se presta así el dolo como la culpa. Mas el comodato contiene las más de las veces la sola utilidad de aquel a quien se da en comodato; y por esto es más verdadera la opinión de Quinto Mucio que cree, que se ha de responder así de la culpa, como de la diligencia".

tal suerte que los *bona fidei negotia* obligan de por sí a los extremos negociales a adoptar un comportamiento diligente en el cumplimiento de la prestación debida sin importar si se hubiese o no prometido que se prestaría diligencia<sup>653</sup>.

En virtud de lo expuesto, puede decirse de manera general, que a partir de la buena fe contractual, a la *capogruppo* le surge el deber de asumir una conducta *diligente* al momento de ejercer el poder de *dirección unitaria* que le fue conferido por el *contrato de grupo cooperativo*, por lo tanto, si bien es cierto esa concesión implica “discrecionalidad” o “libertad de elección” para la entidad cabeza de grupo, ello no puede ser confundido con “atrevimiento injustificado” o con “audacia”, pues dicha facultad debe ser ejercida adoptando un comportamiento prudente y avisado, teniendo en cuenta los riesgos naturales<sup>654</sup> que emanan del *grupo cooperativo*.

Una muestra del incumplimiento descrito, sería la decisión de la *capogruppo*, que tendría la condición de promotor inmobiliario<sup>655</sup>, de

---

<sup>653</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2010), *op. cit.*, pág. 300.

<sup>654</sup> Sobre las facultades unilaterales en el contrato, revisar NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 32.

<sup>655</sup> En España las personas que realizan de manera profesional y continua la venta de vivienda se les denomina *promotores*. Sobre la responsabilidad que dichos profesionales asumen cuando no ostentan la calidad de constructores, la Sala 1ª de lo Civil del Tribunal Supremo de ese país ha señalado: “El promotor, en el supuesto que se enjuicia, es vendedor, y como tal está obligado, en virtud del contrato, y entrega la cosa en condiciones de servir para el uso que se la destina, conforme al mismo. Si la edificación padece vicios ruinógenos que la hacen inidónea, es responsable de estos vicios frente al comprador. El promotor, señala la sentencia de 12 marzo 1999, viene a hacer suyos los trabajos ajenos, realizados por personas a las que ha elegido y confiado, y los enajena a los adquirentes de los pisos. Su obligación de entregar, caso de que tengan vicios incurridos en el artículo 1591, la ha cumplido de modo irregular, defectuoso, y no puede quedar liberado alegando la responsabilidad de terceros ligados con él mediante los oportunos contratos. (...) Estos criterios, reiterados en la jurisprudencia de esta Sala, han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación en la que el Promotor figura como uno más de los Agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial

redireccionar los recursos que estaban destinados para la ejecución de un proyecto inmobiliario provenientes de los asociados de una cooperativa de vivienda, que es miembro del *grupo cooperativo*, y que fueron transferidas en una cuenta bancaria administrada por la entidad cabeza de grupo, en virtud del contrato de *cash pooling*, en otras iniciativas empresariales ajenas al aludido proyecto y que a los socios de la cooperativa de vivienda les era imposible prever tal decisión, pues esta última, a través de la publicidad y promoción, les generó una confianza seria e inequívoca de proyecto inmobiliario.

Tal decisión se considera negligente, pues además de infringir la normatividad relacionada con el manejo de recursos en los proyectos inmobiliarios, en especial con el manejo y administración de la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas que establece el literal b) del numeral 1 del inciso uno de la Disposición adicional primera que regula la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción, de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación,

---

contenida en el artículo 17, relativo a que "las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios...", se podría decir que la Ley constituye al Promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. El promotor dice el artículo 17. 3, responde solidariamente, "en todo caso" con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras "en todo caso" que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS de 24 mayo y 29 noviembre 2007)". (...) *Queda claro, por tanto, que con base al principio de compatibilidad de estas acciones la responsabilidad del promotor derivada del incumplimiento o cumplimiento defectuoso no resulta excluida. Responsabilidad que viene articulada tanto desde el orden contractual de la relación de la compraventa efectuada, como de la responsabilidad ex lege que sitúa al promotor como responsable último y solidario de los defectos constructivos o de la calidad e idoneidad del producto final realizado*". (Cursiva por fuera del texto original) STS, 1ª, de 11 de Octubre de 2012 Exp. N. 565.

modificada por la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, desconoce por completo el compromiso que asumió la cooperativa de vivienda vinculada al *grupo cooperativo* frente a sus socios, pues la publicidad que adelantó del proyecto descrito tiene efectos vinculantes frente a ellos<sup>656</sup>. Lo anterior, sin perjuicio de la eventual responsabilidad de las entidades de crédito, en el supuesto que no se hubiesen depositado las mencionadas sumas en la cuenta especial que exige las citadas disposiciones legales.

---

<sup>656</sup> Sobre la integración de la buena fe en el contenido y efectos del contrato de compraventa de vivienda sobre planos, el TS en su jurisprudencia "(...) se ha pronunciado con reiteración sobre los efectos de la publicidad en la determinación del contenido obligacional de los contratos; así, dice la sentencia de 7 de noviembre de 1938 que "la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el art. 8 de la Ley 26/1984 , general para la defensa de los consumidores y usuarios, y origina responsabilidad del oferente"; la de 3 de julio de 1993 señala "la obligación exclusiva de la promotora de finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo que establecen los arts. 1096, 1101, 1256 y 1258 del Código Civil y art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". La sentencia de 8 de noviembre de 1996 , después de citar las dos anteriores además de otras varias, concluye: "Quiere decirse con el resumen jurisprudencial que antecede que, bien por la vinculación a la oferta, ya por la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios , sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos que se han ido citando, la Audiencia no podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos; y al tenerlos en cuenta, su valoración de la prueba se muestra, cuando menos, ilógica, ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes ( art. 2 del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964, de 11 de junio ), constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los arts. 57 del Código de Comercio , el principio de la buena fe y el art. 1283, a que alude el motivo tercero, debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuera necesario apreciar engaño o fraude, extremo que no requiere el art. 8 de la Ley de Consumidores (sobre sus principios y compatibilidad con las normas de derecho sustantivo, civil y mercantil, ver sentencia de 22 de julio de 1994 ), que también ha de considerarse infringido (motivos 4º y 5º, en relación con la jurisprudencia acotada), máxime si la interpretación se relaciona con el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril ". Doctrina que igualmente mantiene la sentencia de 30 de junio de 1997 con cita expresa del art. 8 de la Ley 26/1984. (...) La doctrina jurisprudencial expuesta hace decaer el motivo al quedar integrado el contrato de compraventa suscrito con los integrantes de la comunidad actora por los folletos de propaganda acompañados con la demanda, viniendo obligada la promotora demandada a entregar lo ofertado en dichos folletos". STS, 1ª, Sec. 1ª, 6086/2004 de 29 de septiembre de 2004 F. 2.

Por otra parte, es necesario resaltar que de manera paralela a la configuración de la responsabilidad contractual de la entidad de cabeza de grupo por el incumplimiento de la obligación descrita, que tiene sus raíces en el abuso del derecho, los administradores de los integrantes del grupo, es decir, sus Consejos Rectores, se les exige un deber de actuación frente a la disyuntiva entre obedecer o no una instrucción de la *capogruppo* emanada de la *dirección unitaria* que perjudica a la sociedad de grupo administrada<sup>657</sup>. Tal deber de actuación busca la defensa del interés de su sociedad, pero cuyo parámetro definidor se encuentra innegablemente en el *interés del grupo* en el que se integra aquella, en el contenido del *contrato de grupo cooperativo* y en la buena fe contractual, los cuales permiten alcanzar el punto de equilibrio en el seno del *grupo*, proporcionando la flexibilidad necesaria para que la empresa de *grupo* sea eficiente y protegiendo el interés patrimonial de la sociedad agrupada<sup>658</sup>, contrarrestando el ejercicio abusivo del poder de dirección de la *capogruppo*.

---

<sup>657</sup> Con respecto a los dilemas de los administradores en el ámbito de los *grupos verticales* se señala que “En virtud del deber asumido contractualmente, las directrices de la matriz son de obligado cumplimiento (ex art. 1098 CC). Se exceptúan de esta regla las instrucciones ilícitas (que pierden su carácter vinculante por aplicación del art. 6.3 CC). Plantean mayores problemas aquellas instrucciones que son lícitas y beneficiosas para el grupo, pero claramente perjudiciales para una sociedad filial. Dado que el órgano competente para examinar la licitud de las instrucciones recibidas será el encargado de ejecutarlas, esto es, el órgano de administración, éste deberá emitir un juicio de licitud ex ante, en cumplimiento de su deber de diligencia. (...) Se encuentra el administrador de la filial, en caso de instrucciones perjudiciales, ante conflictos de doble vínculo, en los que debe optar por cumplir las instrucciones de la matriz (y así respetar lo estipulado en el contrato de grupo, pero corriendo el riesgo de perjudicar a su sociedad y responder por ello) o eludir las instrucciones del grupo (en cuyo caso, no asumiría responsabilidad directa frente a su sociedad, pero haría incurrir a la misma en un incumplimiento del contrato de grupo, con la consiguiente responsabilidad indirecta)”. HIJAS, E. (2017), *op. cit.*

<sup>658</sup> Sobre el *interés grupal* como parámetro que deben tener en cuenta los administradores en sus decisiones, frente a instrucciones emitidas por la entidad cabeza de grupo. IRÁCULIS ARREGUI, N. (2018), *op. cit.*, pág. 407.

Esa exigencia del deber de actuación a los aludidos administradores debe ser con lealtad<sup>659</sup> y diligencia, rechazándose la conducta absentista, para afrontar el peligro de aquellas órdenes o directrices directamente emanadas de la *dirección unitaria*<sup>660</sup> pero que desconocen los límites ya descritos, al perjudicar a los integrantes del *grupo*<sup>661</sup>.

Con base en lo expuesto, se colige que podrá coexistir la responsabilidad del Consejo Rector por el daño ocasionado al miembro del *grupo cooperativo* con la responsabilidad de la *capogruppo* por los daños que dicho administrador le hubiese causado al descrito integrante, en el marco de las tareas propias del ejercicio de su cargo, en este caso, el cumplimiento de la instrucción emanada del ejercicio de la dirección unitaria. Sin embargo, se aclara que la satisfacción de la indemnización a favor del miembro del *grupo* se entiende realizada a partir del momento en que cualquiera de ellos (Consejo Rector del integrante del *grupo cooperativo* o la entidad cabeza de grupo)

---

<sup>659</sup> “Es claro con los administradores (o miembros del Consejo Rector) de las sociedades pertenecientes al grupo deben actuar como un representante leal en defensa del interés social, por ello, aunque exista un interés del grupo, no se puede legitimar un daño en la filial que se administra”. NAVARRO LÉRIDA, M.ª S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P (Dir), *op. cit.*, pág. 170.

<sup>660</sup> IRÁCULIS ARREGUI, N. (2018), *op. cit.*, págs. 406-407. El citado autor aclara que debe rechazarse la exigibilidad de las obligaciones que integran el contenido del deber de lealtad, promoviendo, al contrario, la exigibilidad de las obligaciones específicas que integran el contenido del deber de diligencia, en aras de una tutela responsable del interés de la sociedad administrada. *Ibidem*, págs. 407-408.

<sup>661</sup> Sobre el rol que debe asumir el administrador de uno de los miembros de un grupo empresarial ante una instrucción lesiva de la cabeza de grupo, el TS señala que "El administrador no puede escudarse en las instrucciones recibidas de la dirección unitaria del grupo a que pertenece la sociedad que administra. El administrador de derecho de la sociedad filial tiene su ámbito propio de autonomía de decisión que no puede verse afectado por una especie de "obediencia debida" a las instrucciones del administrador del grupo que perjudique injustificadamente los intereses de la sociedad que administra, por los que ha de velar". STS, 1ª, 695/2015 de 11 de diciembre de 2015, F. III.5.

realice el pago por dicho concepto, pues aceptar el pago simultáneo daría lugar a un enriquecimiento sin justa causa.

Con respecto a la posibilidad de que los administradores de las sociedades integradas en el grupo se aparten de las directrices emanadas del *capogrupo*, como ya señalamos, a nivel autonómico, en particular la regulación contenida en la LCPV en su artículo 135 bis, se consigna que esas instrucciones vinculantes no podrán ser exigibles en el evento de que una o varias cooperativas del *grupo* hubiese(n) sido expresamente exonerada(s) del sometimiento a determinadas normas o compromisos.

De otra parte, frente a los límites del poder de *dirección unitaria* se asevera que estos pueden ser de orden *legal*, como la prohibición de vulnerar las normas imperativas de nuestro ordenamiento; *estatutaria*, por ejemplo que a la entidad de cabeza de grupo se le restringe impartir instrucciones de iniciar una actividad contraria al objeto social, en razón a que este tipo de decisiones competen a la junta general de la sociedad y exigirían que ésta modificara sus estatutos; y *contractual* que tratan de límites estipulados en el propio *contrato de grupo*<sup>662</sup>.

A efectos del trabajo, nos centraremos en los límites de origen contractual, que estarían estructurados en el contenido del contrato de *grupo cooperativo*, el principio de la buena fe que irradia el citado negocio jurídico a

---

<sup>662</sup> HIJAS, E. (2017), *op. cit.*

través de sus funciones integradora, correctiva<sup>663</sup> e interpretativa<sup>664</sup>, y el *interés grupal*, que, a nuestro juicio, se considera como el sendero por donde transita la parte dinámica del contrato en mención.

d) Límites a las facultades unilaterales otorgadas a la entidad cabeza de grupo para ejercer el poder de dirección unitaria.

i) El *contrato de contrato de grupo cooperativo* como límite a las facultades unilaterales concedidas a la *capogruppo* para ejercer el poder de *unidad de propósito y dirección*.

El ordenamiento jurídico reconoce a las Cooperativas una autonomía para perfilar y matizar el sentido de la integración empresarial en el *contrato de*

---

<sup>663</sup> “(...), la función correctiva de la buena fe le señala a los extremos del contrato el camino por seguir, conforme a la naturaleza del negocio, buscando direccionar el actuar de las partes a los lineamientos del núcleo esencial del citado principio. La parte que no atienda lo señalado, es sujeto de una serie de sanciones jurídicas como la declaración de responsabilidad contractual con la correspondiente condena de perjuicios en la etapa de ejecución o la ineficacia parcial o total del negocio jurídico en sus modalidades (nulidad absoluta o ineficacia de pleno derecho) si su desconocimiento se dio en la etapa de formación”. HURTADO PALOMINO, J. V. (2015), “La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad *emptio spei* o *emptio rei speratae* en el contrato de compraventa de cosa futura”, Revista Iustitia, Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, núm. 13, págs. 46-47.

<sup>664</sup> Sobre la función interpretativa que ostenta la buena fe contractual se afirma que ella “(...) obliga a los intérpretes del contrato a tener en cuenta la naturaleza jurídica de este y las previsiones establecidas en los presupuestos de hecho de la norma, con el fin de determinar la manera como las partes deben actuar en la relación contractual”. *Ibidem*, pág. 42. En el ámbito internacional se evidencia que el principio de la buena fe tiene una gran importancia para la interpretación de los contratos. Lo anterior se refleja en los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT, en su versión 2010, en el artículo 4.8 que establece en el numeral (2) literal (c) lo siguiente: “Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores (...) la buena fe y la lealtad negocial”. Así mismo, en el Código Europeo de los Contratos o también conocido Proyecto de Pavía o Gandolfi, en el numeral 4 del artículo 39 se establece: “En todo caso, la interpretación del contrato no debe conducir a un resultado contrario a la buena fe o al buen sentido”. Por otro lado, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, en el artículo 5.102 en el literal (g) se establece que “para interpretar el contrato se atenderá en especial (...) las exigencias de la buena fe”.

*grupo cooperativo* y en los estatutos. En ese sentido, como se ha dicho, se deja a las entidades agrupadas la posibilidad de predisponer en dichos documentos de reglas concretas dirigidas a la *capogruppo* para que las instrucciones que emita a los demás miembros del *grupo cooperativo*, en ejercicio del poder de *dirección unitaria*, se realicen dentro del marco del *interés de grupo* y sin que ellas perjudiquen o puedan perjudicar de manera relevante a una o varias de las entidades agrupadas, lesionando indirectamente los intereses de sus asociados<sup>665</sup>.

En ese orden de ideas, el ejercicio del poder de *dirección unitaria* de la *capogruppo* debe considerar el *contrato de grupo cooperativo*, así como las particulares adecuaciones que las partes hayan querido incorporar al programa contractual, por lo tanto, resulta fundamental que ellas hubiesen suministrado toda la información en la etapa precontractual que permitiera delimitar el campo de acción de la entidad cabeza de grupo, en cumplimiento de la obligación de lealtad, emanado de la buena fe contractual<sup>666</sup>.

---

<sup>665</sup> “Pensamos en perjuicios relevantes, ya que cualquier género de unión empresarial, por limitada y laxa que sea, conducirá a restringir la libertad de decisión de las entidades vinculadas, desde cuya óptica podrán ser vistas como perjuicios las consecuencias de dicha restricción. Entendemos, de cualquier modo, que las instrucciones perjudiciales para las cooperativas integradas sólo podrán admitirse de forma circunstancial y específica en el seno de un grupo paritario, y ello siempre que estén cubiertas completamente por el interés conjunto del grupo”. ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1046-1047.

<sup>666</sup> Como expresión de esa obligación de lealtad está la obligación de información la cual hace referencia al suministro recíproco entre las partes de “(...) informaciones concernientes a la negociación contractual, de suerte que ello les permita un claro entendimiento de todos los elementos necesarios a fin de decidir la conveniencia de la negociación en consideración a las condiciones del contrato y a las responsabilidades y derechos que de él se deriven”. NEME VILLARREAL, M. L. (2010), *op. cit.*, pág. 240.

Con base en lo descrito, se colige que el ejercicio de la facultad o del poder del que es titular la entidad cabeza de *grupo cooperativo*, debe atender la función típica del *contrato de grupo cooperativo*, de su razón de ser, de la función económica-social que desarrolla, de los valores éticos que se encuentran inherentes en el derecho que se pretende ejercer (solidaridad, equidad, entre otros)<sup>667</sup>, a efectos de evitar su desnaturalización<sup>668</sup>, a partir de instrucciones desenfocadas de los propósitos conjuntos perseguidos por quienes suscribieron el citado negocio jurídico dirigidos a un *interés grupal*.

- ii) El *interés grupal* como límite del ejercicio de la *dirección unitaria* de la entidad cabeza de *grupo cooperativo*.

Puede suceder que quienes suscribieron el contrato de *grupo cooperativo* no estipularon reglas para abordar el problema que puede llegar acaecer cuando la entidad cabeza de grupo señale instrucciones perjudiciales para las entidades agrupadas<sup>669</sup>.

---

<sup>667</sup> PINO, G. (2006), L'abuso del diritto tra teoría e dogmatica (precauzioni per l'uso). En *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica, al cuidado de Maniaci, Giorgio*, Giuffrè, Milano, págs. 115-175.

<sup>668</sup> "En efecto, la naturaleza de la relación contractual, la preservación del objeto del negocio, la conservación de la estructura del tipo negocial mismo, se erigen en criterios de ejercicio de las facultades unilaterales, en cuanto por virtud de estas no puede desnaturalizarse el negocio dentro del cual se insertan". NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 117.

<sup>669</sup> Como ya se explicará luego, a nuestro juicio no es procedente la teoría de las ventajas compensatorias en el contexto de los *grupos cooperativos*. Vid. *Infra. Capítulo III.C.2.b*) La cláusula de ventajas compensatorias en el ámbito del grupo cooperativo, sin embargo a nivel autonómico, en especial el artículo 135 de la LCEX, se ha adoptado dicha doctrina como una regla que aborda el problema de instrucciones perjudiciales.

Ante tal problemática, el *interés grupal* se constituye como el elemento clarificador que permite resolverla, toda vez que dicho *interés* no puede considerarse como un interés indirecto y ajeno a la sociedad de grupo<sup>670</sup>, sino el elemento que articula a todos los sujetos que conforman la *empresa policorporativa* y determina el alcance de actuación o de gestión de la *capogrupo*, pues, como ya se dijo, desde el momento en que se perfeccionó el *contrato de grupo cooperativo* hubo un cambio del objeto social de cada una de las sociedades integradas, en el sentido de perseguir el *interés grupal*.

En ese orden de ideas, el ejercicio del poder de *dirección unitaria* por la entidad cabeza de grupo debe efectuarse teniendo en cuenta los intereses del *grupo cooperativo*, en el cual confluyen los intereses de sus miembros. Sin perjuicio de lo anterior, la *capogrupo* debe conocer las particulares necesidades del integrante que recibirá sus instrucciones, sus limitaciones, la función del contrato para dicho miembro, el contexto en que se desarrolla la relación y los efectos positivos y negativos que la instrucción pueda acarrear a éste.

No obstante la importancia que trae consigo el *interés grupal* para delimitar las facultades de *dirección unitaria* de la *capogrupo*, es menester destacar, como ya se mencionó, que el mencionado *interés del grupo* no es absoluto, es decir no sirve para justificar los eventuales daños que sufran los demás miembros del *grupo cooperativo* y sus asociados<sup>671</sup>.

---

<sup>670</sup> IRÁCULIS ARREGUI, N. (2018), *op. cit.*, págs. 407-408.

<sup>671</sup> STS, 1ª, 695/2015 de 11 de diciembre de 2015, F. III. 4. y 5.

- iii) La buena fe contractual como parámetro para no abusar del poder de dirección unitaria por la entidad cabeza de grupo cooperativo.

No obstante el interés legítimo de los actos de ejercicio unilateral<sup>672</sup> que trae consigo la realización de la dirección unitaria por la *capogruppo*, ellos comportan riesgos que el sistema jurídico no puede descuidar, so pena de legitimar un instrumento de sujeción arbitraria y abuso de la entidad cabeza de grupo en la relación negocial. Ante tal situación, es fundamental preservar el *equo* equilibrio entre los principios de autonomía contractual y aquellos que se erigen en límite de este, como la buena fe y la equidad, lo cual exige la implantación de parámetros sustanciales que permitan delimitar dichas facultades, de tal suerte que la discrecionalidad no se vuelva en arbitrariedad<sup>673</sup>.

Adicionalmente, la doctrina ha reconocido que en razón a la carencia de normas específicas que regulen los *grupos* empresariales, como la responsabilidad *intragruppo cooperativo*, tal situación obliga al jurista buscar

---

<sup>672</sup> “Nos interesan particularmente los actos de ejercicio unilateral de un derecho esencialmente discrecional que posee un interés legítimo y, no obstante, al violar sus propios límites internos, lesiona el interés ajeno, por tratarse de aquellos en los cuales la confrontación de intereses se hace más compleja y requiere criterios de profundo calado que puedan resolver las discordancias entre dos posturas en principio legítimas”. NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 60.

<sup>673</sup> *Ibidem*, pág. 26.

refugio en principios de general aplicación, como el de buena fe contractual, y, desde su interpretación, trasladarlos al contexto del *grupo cooperativo*<sup>674</sup>.

Explicadas las razones que justifican la presencia del principio de la buena fe en el contexto de los *grupos cooperativos*, a continuación se hace una aproximación a su contenido señalando que tal principio exige la consideración del interés ajeno, es decir, al respetar los derechos de otros y, *a contrario sensu*, en la prohibición del abuso de los propios<sup>675</sup>. Lo descrito tiene reconocimiento legal en el artículo 7 del CCivilE al establecer que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe y la prohibición de su abuso o el ejercicio antisocial del mismo, abriendo la posibilidad que los daños causados por la infracción a dicha restricción se pueda reclamar la correspondiente indemnización y la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la función correctiva de la buena fe se hace evidente en la figura del abuso del derecho, al considerarse como un mecanismo de autocorrección de derecho, es decir de corrección del ámbito de las reglas jurídicas permisivas que tienen como destinatario al titular de un cierto derecho subjetivo en cuanto tal, cuando la aplicación de las mismas se extiende a casos en los cuales su aplicación resulta injustificada a la luz de los

---

<sup>674</sup> Al respecto, pero en el contexto de los grupos empresariales verticales, GIRGADO PERANDONES, P. (2002), *op. cit.*, pág. 101. Nota 36.

<sup>675</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 54.

principios jurídicos que determinan el ámbito justificado de las reglas<sup>676</sup>, situación que se aprecia cuando la *capogruppo* se excede de los límites al ejercer la facultad contractual de ejercer el poder de *dirección unitaria*.

En ese orden de ideas, el ejercicio del poder contractual reconocido por la autonomía privada a la entidad cabeza de *grupo cooperativo* para que emita instrucciones en ejercicio de la *unidad de propósito y dirección*, debe realizarse en el marco del respeto de determinados cánones generales, como lo son la buena fe objetiva, la lealtad de los comportamientos y la corrección, a la luz de los cuales deben ser interpretados dichos actos de autonomía contractual<sup>677</sup>.

Con base en lo anterior, se infiere que a partir de la buena fe contractual se desprenden unos criterios objetivos que determinan la forma en que ha de realizarse el ejercicio de facultades unilaterales de ejercicio del poder de *dirección unitaria*, conferidas a la *capogruppo*, a fin de evitar su abuso.

En efecto, el principio de buena fe ha sido reconocido como esencial en la valoración de la *corrección* de los comportamientos negociales y, en particular en los denominados actos potestativos, como lo son las instrucciones de la *capogruppo* en ejercicio del mencionado poder. En ese sentido, no se critica a la libertad de elección en sí misma, sino el abuso del acto de autonomía contractual que en virtud de tal libertad ha sido realizado, por lo que

---

<sup>676</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004) En *Illeciti Atipici. L'Abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*. Il Mulino. Bologna, págs. 61-62.

<sup>677</sup> FALCO, G. (2010), *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*. Giuffrè. Milano. Pág. 394.

habrá de valorarse si el ejercicio de la facultad reconocida a la autonomía contractual operó eludiendo los valores de lealtad y corrección que expresan la buena fe<sup>678</sup>.

En virtud de lo expuesto, el principio de la buena fe establece unos criterios que se proponen como límite del ejercicio de la discrecionalidad de la *capogruppo* en la facultad de ejercer la *dirección unitaria*, que a continuación nos permitimos enunciar, aclarando que los mismos no abarcan la infinidad de situaciones de abuso que pueden existir en desarrollo del *contrato de grupo cooperativo*<sup>679</sup>.

A partir de la explicación del contenido del principio de buena fe, se infiere que el ejercicio de la facultad que se le otorgó a la *cappogruppo* por las sociedades integradas, a través del *contrato de grupo cooperativo*, debe respetar la prohibición de ir contra los actos propios<sup>680</sup>, pues la buena fe tutela la confianza legítima que los comportamientos derivados de acciones u omisiones generan en la otra parte, la cual adecua sus propias circunstancias en consideración a la confianza generada<sup>681</sup>.

---

<sup>678</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 58.

<sup>679</sup> No obstante, "(...) el carácter abusivo del acto mediante el cual se ejerce el derecho debe ser reconducido a categorías generales, sin pretender enunciar de manera exhaustiva el contenido de las condiciones de aplicación, en cuanto ciertamente ello no se compadece con el carácter de cláusula general y, por ende, abierta del abuso del derecho". *Ibíd.*, pág. 86.

<sup>680</sup> Sobre la regla de los propios actos en España, CARRASCO PERERA, A. (2016), *Tratado del Abuso del Derecho y del Fraude a la Ley*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, págs. 453-515. En Colombia, NEME VILLARREAL, M. L. (2010), *op. cit.*, págs. 309-326.

<sup>681</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 118.

En ese sentido, al *capogrupo* se le exige un deber de coherencia reflejado no solo en el respeto a lo pactado en el *contrato de grupo*, sino también en las instrucciones que emite en ejercicio del poder de *dirección unitaria* a los demás miembros del *grupo*, pues todo ello genera una expectativa seria a estos últimos, que en razón a ello adecuaron su vida empresarial, en especial la variación a su objeto social, para proyectarse al *interés grupal*<sup>682</sup>.

Adicionalmente, el ejercicio de la citada facultad debe efectuarse bajo plena observancia de la lealtad que deben guardarse las partes entre sí, pues la lealtad, como deber que emana de la buena fe contractual, exige la consideración del interés ajeno, diligencia, transparencia y con ella claridad e información, un comportamiento probo en los eventos de conflictos de interés, entre otros aspectos, que habrán de considerarse para valorar la legitimidad del ejercicio de la *capogrupo* de la aludida facultad y que se expresa con diversos matices, como la emisión de instrucciones de obligatorio cumplimiento para los demás miembros del *grupo cooperativo*.

Por lo tanto, la mencionada facultad que ostenta la *capogrupo*, debe ejercerse en respeto de las exigencias de transparencia, a efectos de la adecuada conformación del consentimiento del miembro del *grupo cooperativo* que recibe los efectos de las decisiones que comportan el ejercicio del poder

---

<sup>682</sup> “(...) no se concilia con la buena fe el que uno de los contratantes actúe de forma tal que contrarie su conducta precedente, desconociendo los actos o aseveraciones que haya realizado, los silencios u omisiones que hayan hecho creer que actuará de determinada manera, al punto que la contraparte haya adecuado su conducta contando con ello”. NEME VILLARREAL, M. L. (2010), *op. cit.*, págs. 325-326.

de *dirección unitaria*, en términos del conocimiento pleno de su causa y alcances a fin de determinar si es conveniente proseguir con la relación en los términos modificados y para verificar la legitimidad del ejercicio de dicha potestad, toda vez que a través de su conocimiento y posterior valoración es posible establecer si esta se adecúa o no a los motivos que fundaron su propia concesión<sup>683</sup>, es decir a la realización de un *interés de grupo*<sup>684</sup>.

Afín al anterior criterio, se señala que el ejercicio del poder de *dirección unitaria* por la *capogruppo*, a través de sus instrucciones dirigidas a los demás integrantes del *grupo cooperativo*, debe ser prudente, conmensurado y moderado, pues, como lo exponía el jurista romano Cicerón, nada deshonesto puede en verdad ser útil, así como que todo lo honesto es en verdad útil<sup>685</sup>, en

---

<sup>683</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 87.

<sup>684</sup> La doctrina italiana asevera que la legitimidad del ejercicio del *ius variandi* exige el respeto de reglas de transparencia relacionadas a las razones que justifican la modificación, lo que permite de una parte, el control exterior y, de otra, buscan garantizar al usuario el ejercicio de su derecho a continuar o interrumpir el vínculo contractual. PISU, A. (2017), *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinnegoziazione*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, pág. 227.

<sup>685</sup> CICERÓN. De off. Libro III.7.34. "Hay que defender a Panecio en cuanto dijo que nunca pueden estar en colisión las cosas útiles con las honestas (...) sino las que parecían útiles. Afirma resueltamente muchas veces: nada hay útil en verdad que no sea honesto, y no hay nada honesto que al propio tiempo no sea útil. Afirma que no ha caído desgracia mayor sobre el género humano que la opinión de quienes han separado lo honesto de lo útil. Y así introdujo en la discusión filosófica un conflicto aparente, no real, no para que antepongamos alguna vez lo útil a lo honesto, sino para que pudiéramos juzgarlos sin error sin alguna vez se nos presentaba". CICERÓN. De off. Libro III.8.35. "Cuando se nos presenta alguna apariencia de utilidad no podemos evitar que nos impresione, pero si, bien considerada la cosa, adviértase que, bajo el señuelo de utilidad que presenta, contiene alguna torpeza, entonces no es que tengamos que dejar la utilidad, pero debemos comprender que donde hay torpeza no puede haber utilidad. Y, si nada hay tan opuesto a la naturaleza como la torpeza (...) ciertamente no pueden coexistir en una misma cosa la utilidad y la torpeza (...). Por lo cual los hombres no virtuosos, equivocados como están cuando se han apoderado de algo que les parece útil enseguida lo separan de lo honesto. De aquí proceden los puñales, los venenos, aquí se originan los falsos testamentos, los hurtos, los robos públicos de dinero, las depredaciones y los saqueos de los socios y de los ciudadanos; de aquí las ambiciones de riqueza inmensas, del poder insoportable, y, finalmente, también en los pueblos libres la pasión por la tiranía, que es lo más horrible y vergonzoso que pueda imaginarse".

otros términos, no se puede caer en la trampa en que la apariencia de utilidad justifique el ejercicio abusivo de un derecho<sup>686</sup>.

Lo anterior indica que la *capogruppo* no puede adoptar decisiones que puedan ser considerados útiles para los intereses del *grupo cooperativo*, no obstante, ser egoístas, fútiles, excéntricos para los demás integrantes del *grupo*. En ese sentido, no podrían ser catalogados de legítimos tales instrucciones, so pretexto de que están dirigidos a maximizar la utilidad individual, pues las exigencias que propone la honestidad, emanada de la buena fe, nos ponen de inmediato de presente que cuando el ejercicio de tal facultad deja de considerar el legítimo derecho de la contraparte, se convierte en deshonesto, pues en estos casos el carácter abusivo de la conducta acaece del hecho de constituir una conducta contraria al principio de la buena fe contractual<sup>687</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, se infiere que el *interés de grupo* no puede ser absoluto y tampoco se debe revisar de manera aislada frente a la buena fe, no obstante que ambos sean conceptos autónomos e independientes, pues aunque exista *interés grupal*, no se puede legitimar un daño a alguno de los integrantes del *grupo cooperativo*, es decir, el interés del grupo no justifica, sin más, el daño que sufra alguno de los miembros del *grupo* y que puede repercutir negativamente a los asociados de estos últimos, que ven como se frustran sus expectativas como socios cooperativistas, como en sus

---

<sup>686</sup> NEME VILLARREAL, M. L. (2018), *op. cit.*, pág. 95.

<sup>687</sup> *Ibidem*, pág. 95.

acreedores, que pueden ver alterada la satisfacción de sus créditos contra la sociedad por la reducción injustificada del patrimonio social<sup>688</sup>.

Complementando lo descrito, el ejercicio del poder de *dirección unitario* por la *capogruppo* debe permitir que los demás miembros del *grupo cooperativo* adecúen su comportamiento a las nuevas circunstancias creadas con la instrucción que emitió aquel. En ese sentido, se debe abrir la posibilidad para que los integrantes adecúen sus circunstancias económicas a las nuevas condiciones o procedan a retirarse del grupo, siempre y cuando, se hubiese pactado en el *contrato de grupo cooperativo* tal circunstancia como causal de *desintegración del grupo*<sup>689</sup> y se cumpla a cabalidad el procedimiento allí señalado<sup>690</sup>.

Otro criterio para que el ejercicio de la *dirección unitaria* por la entidad cabeza del grupo cooperativo no sea abusivo, es que la causa del ejercicio de tal facultad sea funcional o racional, lo cual es definido por el *interés de grupo*.

---

<sup>688</sup> El TS ha señalado que “El interés del grupo no justifica, sin más, el daño que sufra una sociedad filial y que puede repercutir negativamente tanto en sus socios externos, que ven como se reduce injustificadamente el valor de su participación en el capital social, como en sus acreedores, que pueden ver frustrada la satisfacción de sus créditos contra la sociedad por la disminución injustificada del patrimonio social. El interés del grupo no es un título que justifique por sí solo el daño causado a la sociedad filial. 5.- La integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida total de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado”. STS, 1ª, 695/2015 de 11 de diciembre de 2015, F. III. 4. y 5.

<sup>689</sup> EMBID IRUJO, J. M. (2003), *op. cit.*, pág. 98.

<sup>690</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.C.1.a) i) Las cláusulas esenciales particulares del contrato de grupo cooperativo.*

Al respecto, se afirma que el derecho a disponer de la propia esfera patrimonial configura abuso de la libertad que funda tal derecho, cuando su ejercicio aunque aparentemente legítimo se funda en un interés subyacente inadmisibles en el marco del derecho del que se hace uso<sup>691</sup>. De ahí que se catalogue de reprochable el ejercicio de la facultad de *unidad de propósito y dirección* por la *capogruppo* cuando se ha realizado para perseguir fines diversos al *interés grupal*.

Expuestas estas reflexiones relacionadas con la obligación de la entidad cabeza de grupo de abstenerse de abusar el ejercicio de la facultad de ejercer el poder de *dirección unitaria*, a partir de las funciones integradora, correctiva e interpretativa de la buena fe contractual, se revisa a continuación el otro grupo de afectados por el ejercicio de la citada facultad por la *capogruppo*, es decir los socios de los integrantes del *grupo cooperativo*, a partir de la correcta lectura del numeral 6 del artículo 78 de la L.Coop y el estudio de la procedencia o viabilidad de la acción de responsabilidad civil contractual, a partir de la estructuración de la figura de *coligación de contratos*.

### 3. *La imputación a la capogruppo por los daños-perjuicios causados a los asociados de los miembros del grupo cooperativo.*

---

<sup>691</sup> NEME, VILLARREAL M.L. (2018), *op. cit.*, pág. 95.

Los socios de la entidad integrante del *grupo cooperativo* pueden resultar afectados en sus intereses patrimoniales, en virtud del ejercicio arbitrario de la *unidad de propósito y dirección* de la *capogrupo* al emitir instrucciones contrarias al *interés de grupo*, al *contrato de grupo* y al principio de la buena fe, como aquella que se orienta a que el integrante no respete sus obligaciones o a tener conductas que generen daños a sus socios, entre otras.

A continuación, se revisa la respuesta que da el Derecho frente a la vulneración de los intereses económicos del socio de uno de los integrantes del *grupo cooperativo* ocasionado por el ejercicio abusivo del poder de *dirección* por la *capogrupo*, a partir de la adecuada hermenéutica del numeral 6 del artículo 78 LCoop; del estudio de la estructuración de la responsabilidad contractual de la entidad cabeza de grupo con base en la aplicación de la teoría de la coligación de contratos; y del análisis de un caso en donde se estructuraría la responsabilidad de la *capogrupo* por aplicación privada del Derecho de la Competencia.

a) La correcta interpretación del numeral 6 del artículo 78 LCoop.

El numeral 6 del artículo 78 de la LCoop establece que “la responsabilidad derivada de las operaciones que realicen directamente con terceros las sociedades cooperativas integradas en un grupo, no alcanzará al mismo, ni a las demás sociedades cooperativas que lo integran”.

Con base en la lectura literal y ligera de la citada disposición se podría inferir que el legislador se limita a excluir la responsabilidad tanto la del *grupo* como la de sus integrantes, en lo concerniente a las operaciones que alguno de ellos realice directamente con terceros, por ejemplo los asociados de estos últimos, acreedores, entre otros. Es importante aclarar que los socios de los miembros del *grupo cooperativo en sentido estricto, en principio* no se les pueden catalogar como *socios externos*, toda vez que dicho término se emplea en el contexto de los grupos jerárquicos o por subordinación<sup>692</sup>.

De acuerdo con la anterior interpretación, se colige que la mencionada norma tiene una defectuosa técnica jurídica pues de su tenor literal cabría deducir, a nuestro juicio absurda, la atribución de personalidad jurídica al *grupo* al declararlo irresponsable por las operaciones que con terceros realicen las citadas sociedades; y deja sin regular la actuación de cada cooperativa o entidad, en su caso, en el marco de las instrucciones recibidas de la dirección unitaria por la *capogruppo* e, incluso la actuación de esta última<sup>693</sup>.

En ese sentido, pareciera que la norma en mención desconociera que en el ámbito de las facultades cedidas a la entidad cabeza de grupo se produce una *unidad de propósito y dirección* y que, según lo explicado, ello resulta clave

---

<sup>692</sup> “El socio “externo” ha sido considerado tradicionalmente por legisladores y doctrina como el socio de la sociedad dependiente que no pertenezca en modo alguno de forma directa ni indirecta al “círculo de control” del grupo o que, por otra circunstancia, no sufra la especial degradación en su posición jurídica que se vincula a la figura del socio externo. Con esa calificación se alude a la desvinculación (“alienidad”) de ese socio respecto del interés del grupo al que está subordinado su sociedad”. FUENTES NAHARRO, M. (2008), *op. cit.*, págs. 5-6 Nota 2.

<sup>693</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), *op. cit.*, págs. 1032-1033.

a efectos de determinar la imputación de responsabilidad a la *capogruppo*, situación que no conlleva a que necesariamente, esta última responda siempre por las deudas de las sociedades integradas en el *grupo cooperativo*.

Por lo tanto, la citada norma no debe interpretarse como una eliminación absoluta de la responsabilidad de la *capogruppo*, pues, en algunos supuestos cabría su procedencia, como ya se señaló, en el evento en que la actuación directa del miembro del grupo con los terceros, lo hace en interés del conjunto en cumplimiento de las instrucciones de la *dirección unitaria*<sup>694</sup>. Ahora, si la actuación del integrante lo realiza por motivos ajenos al *interés grupal*, la responsabilidad es exclusiva de la entidad actuante, por ende, no se podría extender al resto de los componentes del grupo, incluida la cabeza de grupo.

En ese orden de ideas, lo relevante aquí no es el dato de la actuación directa de cada integrante del *grupo cooperativo* con los terceros, sino la razón o el motivo por el que actúa ante ellos<sup>695</sup>, situación que conlleva a una carga probatoria intensa para los terceros afectados, pues deberán demostrar dentro del proceso judicial que tales móviles obedecieron a la línea de acción en el mercado determinada en el seno del grupo, a efectos de estructurar la responsabilidad de la *capogruppo* por los daños y perjuicios a que fueron víctimas<sup>696</sup>.

---

<sup>694</sup> *Ibíd.*

<sup>695</sup> *Ibíd.*

<sup>696</sup> “Será una cuestión de prueba demostrar si la conducta de una sociedad integrante de un grupo por coordinación le es imputable sólo a aquella o si, por el contrario, también lo es al resto de partícipes (entre los que se incluye la cabeza de grupo) o a alguno de ellos, siendo lo

Las consideraciones descritas, se hacen en términos de responsabilidad, es decir, no entramos a analizar los actos de los que se deriva esta responsabilidad, que serán entendidos como actos de gestión, y por tanto, llevados a cabo por quien legalmente tiene competencia para gestionar, que son los Consejos Rectores. Pero es obvio que por más que a estos compete la representación, si en su labor de gestión se alejan del parámetro delimitado por el objeto social (conformado a su vez por el *interés grupal*), podrían incurrir en responsabilidad.

b) Coligación de contratos.

De manera general, aplicando el artículo 7.2 del CCivE, puede afirmarse que se le da la opción al asociado afectado por la instrucción abusiva del *capogrupo* de reclamar directamente a dicho sujeto la respectiva indemnización o la adopción de medidas judiciales que impidan la persistencia en el abuso<sup>697</sup>,

Tal alternativa que contempla el legislador español para imputar responsabilidad a la entidad cabeza del *grupo cooperativo* por los daños-perjuicios causados a los socios de sus integrantes, consideramos que debe

---

decisivo, no el mero hecho de pertenecer al grupo, sino que la actuación se ajuste a una misma línea de acción en el mercado determinada en el seno del grupo". *Ibíd*em, pág. 1033.

<sup>697</sup> SANTOS DOMINGUEZ, M. A. (2013), *op. cit.*, pág. 635.

articularse con el régimen de responsabilidad contractual que subyace a partir del análisis de la pluralidad de relaciones contractuales que subsisten en el marco del *grupo* y en la relación estrecha que existe entre todos sus integrantes, cristalizado en el *interés grupal*. Para comprender lo descrito, a continuación se revisa la figura de la *coligación de contratos*.

El fenómeno de la coligación de contratos es difícil de delimitar o ubicar en una situación fáctica, en razón a la extrema variedad o pluralidad de situaciones de hecho que en ella se incluyen. No obstante, se afirma que el fenómeno en mención se estructura cuando varios sujetos celebran dos o más contratos distintos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante<sup>698</sup>.

Efectuada dicha aclaración, a nuestro juicio consideramos que el contenido tanto del *contrato de grupo cooperativo* como del contrato de constitución de la entidad cabeza de grupo y de las sociedades integradas, los cuales pueden ya existir de manera previa frente al primer negocio jurídico<sup>699</sup>, se encuentran vinculados, imbricados o coligados<sup>700</sup>, en razón al propósito

---

<sup>698</sup> LÓPEZ FRIAS, A. (1992), *Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*, Universidad de Granada, Granada, pág. 391.

<sup>699</sup> “En el cuadro de la coligación modificatoria se señalan los casos en los cuales el negocio posterior se coordina con el precedente para (...) transvasar el negocio antiguo, que permanece inalterado en su contenido, a una forma nueva (renovación y repetición del negocio) o, en fin, para remitirse al acuerdo preexistente, modificando por cualquier aspecto su contenido. (...)”. BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *op. cit.*, pág. 943.

<sup>700</sup> Sobre la figura de la coligación o conexidad de contratos leer GALGANO, F. (1992), *op. cit.*, pág. 118; BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *op. cit.*, pág. 942. Por su

inequívoco de materializar el *interés grupal* a través del ejercicio de la dirección unitaria por la cabeza de grupo.

En otros términos, existe una conexión entre el *contrato de grupo cooperativo* y el contrato de constitución de cada uno de los miembros que conforman el citado *grupo*, situación que da cabida a la estructuración de una *coligación de contratos*, en donde no existe un único contrato, sino una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y compleja<sup>701</sup>.

Tal coligación que existe entre los mencionados contratos, se catalogaría como voluntaria y mixta<sup>702</sup>, en razón a que los partícipes en el *grupo cooperativo (capogrupo y miembros del grupo)*, en ejercicio de su autonomía contractual, establecen la necesidad de suscribir un *contrato de grupo cooperativo* que tiene efectos o consecuencias en los contratos de

---

parte el TS señala que “De esta forma, según terminología al uso, suelen distinguirse entre las figuras que se conciertan en una sola síntesis o unidad contractual, caso de los contratos mixtos o de los denominados contratos complejos en donde confluyen, con mayor o menor atipicidad, elementos que pertenecen a diversos tipos contractuales, y las figuras relativas a una unión o pluralidad de contratos en donde se produce una conexión o ligamen, caso de los denominados contratos coligados, que representan la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes ya como un todo, o bien en una relación de mutua dependencia; dando lugar a contratos recíprocos, a contratos subordinados o, en su caso, a contratos alternativos”. STS, 1ª, 4811/2014 de 24 de octubre de 2014, F. II.3.

<sup>701</sup> GALGANO, F. (1992), *op. cit.*, pág. 114.

<sup>702</sup> La coligación *voluntaria* hace referencia a que las partes la previeron y regularon de manera convencional y la *mixta* implica que un negocio ejerce influencia en la formación, modificación o en la extinción de otro y simultáneamente que uno de los negocios encuentra su fundamento en la relación surgida del otro y que los actos de autonomía privada tienden a la persecución de un resultado práctico común. BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *op. cit.*, págs. 942-944.

constitución de cada uno de ellos, como la modificación de su interés social a un *interés grupal*; el reconocimiento que la entidad cabeza de grupo emite instrucciones de obligatorio cumplimiento, lo cual trae como consecuencia una disminución de la autonomía empresarial de cada uno de los integrantes del *grupo*, entre otras conexiones.

En virtud de lo expuesto, se aprecia que en esta tipología de coligación contractual operan contratos suscritos por partes distintas (*capogrupo*, miembros del *grupo cooperativo* y socios de estos últimos), sin embargo, todos los negocios jurídicos conexos cumplen una función unitaria dirigida a realizar el *interés de grupo*; y cada contrato no puede ser ejecutado de manera aislada frente a los otros negocios jurídicos, pues las obligaciones que se lleguen a desprender de un tipo contractual, resultan siendo moduladas o influenciadas por los otros contratos, como acontece en las funciones del *Consejo Rector* cuyo campo de acción no se puede circunscribir exclusivamente en las facultades señaladas en el contrato de constitución de la cooperativa, sino que también sirve de marco de acción el contenido del *contrato de grupo cooperativo*, toda vez que este último influyó en el primer negocio jurídico en lo concerniente a la variación del interés social al *interés grupal*.

Por lo anterior, resulta plausible revisar el fenómeno de la *coligación de contratos*, a efectos de encontrar una respuesta estimable que permita plantear la posibilidad al socio afectado de incoar una acción de responsabilidad contractual al *capogrupo* por el abuso de las facultades de *unidad de propósito y dirección*.

i) Regulación en España y Colombia.

La categoría de los contratos vinculados no se halla regulada de manera general en el ordenamiento jurídico español, pero sí en ciertas relaciones jurídico negociales como aquellas que emanan de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito<sup>703</sup>.

Adicionalmente, el citado fenómeno ha sido abordado por el TS señalando que la conexión funcional existente entre los contratos conlleva que no esté justificado dar un tratamiento autónomo a cada una de las relaciones contractuales conexas, como si se tratara de una realidad aislada del conjunto, pues se trata de fenómenos jurídicos que constituyen una unidad económica, que obedecen a una unidad de interés y de función, por lo que deben ser tratados de forma unitaria<sup>704</sup>.

Por su parte, en Colombia no existe una regulación expresa sobre tal fenómeno, sin embargo, a nuestro juicio se puede evidenciar una reglamentación general en el artículo 1499 del CCivC que se refiere a la clasificación de los contratos principales y accesorios, al señalar que estos últimos tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella, es decir, su existencia está

---

<sup>703</sup> En España los artículos 23, 26 y 29 de la LCCC se aprecia una regulación expresa de los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito.

<sup>704</sup> STS, 1ª, 5165/2016 de 24 de noviembre de 2016, F. 5.5.

condicionada a la vigencia de las obligaciones emanadas de un contrato principal<sup>705</sup>.

Sumado a lo anterior, la Sala de Casación Civil de la CSJ ha señalado que la coligación de contratos depende de la existencia de una *causa supracontractual* relativa a la operación negocial que, en definitiva, persiguen los interesados, la cual indica que los contratos agrupados están llamados a actuar como un todo, y no aisladamente; y del *mantenimiento de las causas propias* de los convenios añadidos, independientemente considerados, de forma que en relación con cada uno de ellos, pueda seguir visualizándose su existencia jurídica autónoma<sup>706</sup>.

Además, la CSJ establece que las obligaciones que surgen de la conexión de contratos, deben diferenciarse, por una parte, las de cada tipo

---

<sup>705</sup> Al respecto, la Sala de Casación Civil de la CSJ en sentencia de 21 de mayo de 1968, señaló lo siguiente:

“El examen de las conexiones posibles entre los negocios jurídicos lleva a clasificarlos en simples y plurales, y a detenerse en las relaciones planteadas entre las varias categorías y la magnitud e intensidad de su interdependencia, atiende al orden en que se producen, al lazo de continuidad que los vincula, a su estructura y a la finalidad práctica o económico-social de que están imbuidos. Los contratos conexos o coaligados constituyen una variedad de la cualificación negocial, en la que es factible encontrar entidades dispositivas distintas que se influyen en forma de principal y accesorio, subordinada o auxiliar, hasta llegar a plantearse una interacción más o menos intensa de las vicisitudes individuales en las figuras que se acompañan, de que es ejemplo la díada compuesta por el contrato de obligación y el contrato de garantía, donde hay un ligamen de dependencia funcional y unilateral. El artículo 1499 c.c. se refiere a este problema en términos genéricos al indicar que "es principal el contrato cuando subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". Y la doctrina ha precisado los alcances de la conexión aquí formulada, indicando que cada figura iuris tiene características propias, requisitos independientes y alternativas exclusivas, al propio tiempo que, dada la conexión funciona, ocurre la repercusión de ciertas contingencias singulares en un ámbito más extenso y profundo; de manera que la calificación de principal o accesorio, subordinado o auxiliar, corresponde a una relación de finalidades prácticas”.

<sup>706</sup> CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia SC18476-2017 de 15 de noviembre de 2017.

negocial utilizado y, de otra, las propias del conjunto, entendido como *sistema*<sup>707</sup>.

En ese sentido, la Sala de Casación Civil de la CSJ afirma que si el querer de los contratantes es la obtención de un negocio cuya realización exige la celebración de una pluralidad de acuerdos de voluntad funcionalmente vinculados entre sí, se impone a ellos, en aplicación del principio de la buena fe, adecuar su comportamiento para que se logre la idónea conformación y el adecuado funcionamiento del *sistema*, en tanto que, en el caso de los circuitos contractuales, su cumplimiento está directamente relacionado con el logro efectivo de la operación económica proyectada desde el inicio por los interesados<sup>708</sup>.

A pesar de la ausencia de un marco legal exhaustivo que comprenda el fenómeno de la coligación de contratos, la doctrina ha decantado los siguientes elementos estructurales para su conformación.

ii) Elementos para estructurar la figura de los contratos coligados.

- *Pluralidad de Sujetos.*

---

<sup>707</sup> *Ibídem.*

<sup>708</sup> *Ibídem.*

El fenómeno de los contratos coligados no exige que los mismos hayan sido celebrados por las mismas partes, pues existe la posibilidad que la vinculación se produzca entre dos acuerdos que solamente tienen en común a uno de los contratantes<sup>709</sup>, como lo sería la cooperativa que a través de la decisión de asamblea de socios decidió integrarse en un *grupo cooperativo* y designar a otro sujeto como entidad cabeza del grupo.

En ese contexto, a partir de la presencia de una pluralidad de sujetos, conformados por el socio, la cooperativa y la *capogruppo*, la regla de reciprocidad de las contraprestaciones precisa de una dinámica que va más allá de la pauta de bilateralidad que identifica todo negocio que descansa en la regla *res inter alios acta*, es decir, implica una ruptura de la bilateralidad tradicional del negocio jurídico y, en su lugar, da paso a una dinámica trilateral en orden no sólo a los sujetos que la estructuran sino a la ejecución de sus prestaciones<sup>710</sup>.

En otros términos, la figura de la coligación de contratos no se limita a tipologías contractuales que descansan en una relación estrictamente bilateral, en donde existen solo dos extremos negociales, sino que también tiene cabida en el contexto de relaciones contractuales de otra naturaleza, como la que surge en el contrato de sociedad, por el que surge un ente diferente de los

---

<sup>709</sup> LÓPEZ FRIAS, A. (1992), *op. cit.*, pág. 408.

<sup>710</sup> TITO AÑAMURO, J. A. (2010), "Consideraciones para regulación de los contratos vinculados en atención a la protección del consumidor de servicios financieros", en *Memorias 2º Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual. Organización y Actividad Empresarial*, Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, págs. 31-56, pág. 44.

“contratantes”, es decir los socios, y surge una pluralidad de relaciones o vínculos obligacionales entre estos y la persona jurídica constituida.

- *Pluralidad de contratos.*

Al igual que en la diversidad de sujetos contractuales, la operación conexa requiere de dos relaciones obligatorias distintas<sup>711</sup>, es decir, que la finalidad propia de al menos uno de los contratos, o el fin perseguido por las partes en un supuesto dado, implica necesariamente la celebración de más de un acuerdo de voluntades<sup>712</sup>.

En ese orden de ideas, la pluralidad de relaciones obligatorias diferentes se aprecia en aquella que procede del *contrato de grupo cooperativo* entre el *capogruppo* y los miembros que la conforman, y la que proviene del contrato constitución de la cooperativa vinculada al *grupo cooperativo* celebrado entre los asociados cooperativistas, en la cual se estableció como objeto social el *interés del grupo*, en virtud de la decisión de la asamblea de socios de integrarse en el *grupo* a través de la suscripción del respectivo contrato.

Ahora bien, en el supuesto que el contrato de constitución de la cooperativa sea anterior al *contrato de grupo cooperativo*, es importante precisar que el primero fue “modificado”, tras el cambio del objeto social/interés

---

<sup>711</sup> *Ibidem*, pág. 45.

<sup>712</sup> LÓPEZ FRIAS, A. (1992), *op. cit.*, pág. 405.

social individual a un *interés grupal*, en virtud de la aceptación de su asamblea de asociados a la iniciativa de integrarse al grupo, a través del *contrato de grupo cooperativo*<sup>713</sup>, el cual dentro de sus efectos jurídicos está de propiciar tales cambios o alteraciones al contrato originario de sociedad, según se estudió<sup>714</sup>.

- *Nexo jurídico*

El nexo jurídico es el elemento vertebral de la arquitectura del fenómeno del contrato vinculado, por lo tanto, no puede alegarse la conclusión de un supuesto de vinculación si antes no se está cuando menos ante el indicio de cooperación comercial<sup>715</sup> entre quienes suscriben los contratos coligados.

En razón a lo expuesto, se infiere que el nexo resulta el elemento que le da relevancia jurídica a la vinculación, es decir, gracias a tal elemento se derivan una serie de consecuencias jurídicas como la repercusión de la ineficacia de un contrato sobre otro, la extensión de la responsabilidad contractual, entre otros<sup>716</sup>.

---

<sup>713</sup> En los casos de coligación de índole modificativa el negocio precedente es un antecedente lógico del posterior; y la coligación surge del segundo negocio, como quiera que se conecta con la finalidad de modificar la regulación de intereses inherentes al primero. Al respecto, BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *op. cit.*, pág. 943.

<sup>714</sup> *Vid. Supra, Capítulo II.D.2. Efectos del perfeccionamiento del contrato de grupo cooperativo.*

<sup>715</sup> TITO AÑAMURO, J. A. (2010), *op. cit.*, págs. 45-46.

<sup>716</sup> LÓPEZ FRIAS, A. (1992), *op. cit.*, pág. 394.

En ese sentido, los contratos de *grupo cooperativo* y de constitución de cooperativa (el presupuesto de pluralidad contractual) precisan coincidir en un punto de convergencia, en orden a que sin él derivarían en el régimen de los contratos jurídicamente autónomos y no en el de la interdependencia contractual, con los efectos negativos que ello supone para los propósitos del *interés grupal*. Al lado de ello, y previo a señalar la diversa defensa que se ha hecho de la comprensión del nexo jurídico, es razonable decir que su importancia descansa en que tras su demostración, será posible imputar responsabilidad contractual al *capogruppo* por los perjuicios causados al asociado, en virtud del abuso del ejercicio del poder de *dirección unitaria*.

Para comprender el alcance del presente elemento estructural del fenómeno de la coligación de contratos, la doctrina ha planteado diversas posturas sobre lo que se entiende por nexo jurídico, que serían aplicables en el contexto de los *grupos cooperativos*: la primera, se asienta en la doctrina de la causa concreta, y la segunda en la unidad económica. Veamos:

- La doctrina de la causa concreta

Se considera que el criterio determinante que debe retenerse, si se desea la conexión funcional entre los contratos de *grupo cooperativo* y de constitución de cooperativa, es “el propósito empírico que las partes persiguen mediante la celebración de los dos contratos”<sup>717</sup>, que sería el supuesto en que

---

<sup>717</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J. (2000), *La compraventa financiada de bienes de consumo*. Aranzadi, Navarra, pág. 207

el *contrato de grupo cooperativo* y el contrato de constitución de las sociedades cooperativas nacen a la vida jurídica en un mismo instante; o que la voluntad de los interesados se dirige de manera inequívoca en que los efectos de uno de los negocios tenga repercusiones en otro que ya existía de manera previa, como es el caso en que el contrato de constitución de la cooperativa era preexistente al *contrato de grupo cooperativo* o que el primer negocio jurídico naciera luego del segundo contrato, pero en cualquiera de los dos eventos, la intención de las sociedades integradas y del *capogrupo*, se repite, es conformar una sola empresa, realizando los ajustes necesarios para tal propósito al contrato de constitución de la cooperativa, sea preexistente o posterior al *contrato de grupo cooperativo*.

Así la finalidad concreta perseguida por las partes deja de ser un motivo, irrelevante desde el punto de vista jurídico, para formar parte de la causa y adquirir así relevancia jurídica. Esta construcción doctrinal opera del modo que para afirmar la existencia de un nexo funcional entre los dos contratos es preciso valorar que estos acuerdos se han celebrado para facilitar la concreción del *interés del grupo*. Ese sentido de “facilitar” la materialización del *interés grupal* debe ser el resultado de una colaboración planificada entre todos los sujetos que intervienen en los aludidos contratos vinculados, sin importar que no tuvieran un nacimiento a la vida jurídica simultáneo.

Para tal propósito, en el ámbito probatorio, la finalidad o intención perseguida por las partes al celebrar los contratos o que uno de ellos tenga repercusiones en los contratos preexistentes o venideros, no debe

desprenderse solo de datos subjetivos, sino que es imperativo una objetivización del mismo en el sentido que tal intención tiene lugar en la colaboración planificada de la *capogruppo*, la cooperativa integrante del grupo y los asociados de esta última, tal y como ocurre con la ejecución de la *unidad de propósito y dirección*, la cual se supone que es el dato fundamental de conexión funcional. Más allá de las objeciones que siempre acusa la doctrina de la causa del negocio jurídico, al ser un instituto de los más oscuros, confusos y difíciles de aprehender del Derecho civil<sup>718</sup>, en el Derecho español, tiene notoria aprobación en la doctrina y jurisprudencia<sup>719</sup>, como también en Colombia<sup>720</sup>.

- La Unidad Económica

Existen dos elementos necesarios para configurar la coligación de contratos: uno referido a la función de los contratos, es decir la *unidad económica*, y el otro relacionado con la intención de coordinar los contratos en un fin común<sup>721</sup> que a nuestro juicio sería económico. En la idea de la función de los contratos se explica la existencia de un *nesso economico o teleologico* entre los contratos (elemento objetivo); y en la idea de fin económico común se

---

<sup>718</sup> Vid., al respecto, DIEZ-PICAZO, L. (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol, I, Editorial Civitas, Madrid, pág. 215.

<sup>719</sup> TITO AÑAMURO, J. A. (2010), *op. cit.*, pág. 50.

<sup>720</sup> Con base en los artículos 1524 y 1502 del C.C., la CSJ ha señalado que el legislador acogió la teoría de la causa impulsiva y determinante, desarrollada por la jurisprudencia francesa, en donde la causa se entiende como aquellos *móviles determinantes que han sido conocidos de las partes*. Al respecto, Ver CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 1938.

<sup>721</sup> FERRANDO, G. (2000). "I contratti collegati: principio della tradizione e tendenze innovative". *Contratto e Impresa*, págs. 127-156.

explica la intención de las partes al momento de celebrar los contratos (elemento subjetivo)<sup>722</sup>. Lo anterior implica la transferencia de vicisitudes entre uno y otro contrato, y, por ende una expresión de la máxima *simul stabunt, simul cadent*.

A efectos de la estructuración de la conexión contractual el criterio objetivo de la *unidad económica* es el elemento troncal de imbricación jurídica. La configuración de la *unidad económica* tiene una relevancia adicional en el sentido que da un salto cualitativo en la evolución de la figura del contrato vinculado, en particular porque se distancia de la exégesis subjetiva<sup>723</sup>.

Para establecer la noción de *unidad económica* como nexo jurídico entre los contratos de *grupo cooperativo* y el de constitución del integrante del grupo, se debe acreditar la existencia de nexo jurídico en la operación conexas<sup>724</sup>, es decir, se requiere sólo demostrar las simples prácticas de cooperación entre los empresarios, como todas las gestiones adelantadas por los miembros del *grupo cooperativo*, dirigidas a realizar el *interés de grupo*, a partir del cumplimiento de los lineamientos emanados de la *capogruppo*, en virtud del ejercicio del poder de *unidad de propósito y dirección*. Para demostrar tales situaciones fácticas, los contratos de *grupo cooperativo* y el de constitución del miembro del grupo, se consideran como las pruebas más idóneas, para demostrar dicha unidad económica.

---

<sup>722</sup> GIORGIANNI, M. (1937), "Negozi giuridici collegati". Riv. it. Sc. Giur. págs.151-172.

<sup>723</sup> TITO AÑAMURO, J. A. (2010), *op. cit.*, pág. 43.

<sup>724</sup> *Ibidem*, pág. 51.

Con base en lo expuesto, se deja en un segundo plano la interpretación subjetiva del nexo como elemento central de la arquitectura del contrato vinculado<sup>725</sup>. Lo precedente conlleva en la práctica elevar el nivel de tuición del asociado afectado por la decisión de la *capogruppo*, al facilitársele tanto la prueba de vinculación como la de ampliación del radio de aplicación a los supuestos de conexidad contractual.

iii) Configuración de la Responsabilidad Contractual a partir de la existencia de la coligación de contratos en el *grupo cooperativo*

Es importante resaltar que si bien es cierto los distintos contratos coligados conservan su individualidad, sin embargo las vicisitudes que afectan a un contrato – invalidez, ineficacia, resolución – puede repercutir sobre el otro o sobre los otros<sup>726</sup>, circunstancia que también se presenta en el ámbito de la responsabilidad contractual.

---

<sup>725</sup> *Ibíd.*

<sup>726</sup> GALGANO, F. (1992), *op. cit.*, pág. 115. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de mayo de 1968 con ponencia del Dr. Fernando Hinestrosa, señaló lo siguiente:

“El examen de las conexiones posibles entre los negocios jurídicos lleva a clasificarlos en simples y plurales, y a detenerse en las relaciones planteadas entre las varias categorías y la magnitud e intensidad de su interdependencia, atiende al orden en que se producen, al lazo de continuidad que los vincula, a su estructura y a la finalidad práctica o económico-social de que están imbuidos. Los contratos conexos o coaligados constituyen una variedad de la cualificación negocial, en la que es factible encontrar entidades dispositivas distintas que se influyen en forma de principal y accesoria, subordinada o auxiliar, hasta llegar a plantearse una interacción más o menos intensa de las vicisitudes individuales en las figuras que se acompañan, de que es ejemplo la díada compuesta por el contrato de obligación y el contrato de garantía, donde hay un ligamen de dependencia funcional y unilateral. El artículo 1499 c.c. se refiere a este problema en términos genéricos al indicar que "es principal el contrato cuando

En ese sentido, a efectos de abrir la posibilidad de que el asociado pueda incoar una acción directa contra la cabeza de grupo para imputarle responsabilidad contractual en virtud de la conformación del fenómeno de la *coligación negocial*, se requiere que el *contrato de constitución de la cooperativa* y el *contrato de grupo*, produzcan obligaciones de contenido similar o de la misma naturaleza<sup>727</sup>, situación que se encuentra materializada desde el momento en que el objeto social del miembro del grupo se modifica por el *interés grupal*, pues a partir de ese instante las obligaciones que asume la cooperativa se debe enmarcar dentro del *interés del grupo* y no desde el interés social-individual que se predicaba antes de ingresar al *grupo cooperativo*.

Con base en tal influencia que existe entre los negocios jurídicos descritos, en razón a su *conexidad* o *coligación*, se infiere que el asociado afectado estaría legitimado para reclamar a la *capogruppo* los perjuicios que le ocasionaron, en virtud de la instrucción lesiva que ejecutó el miembro del grupo en donde es socio. En otros términos, gracias a la modificación del objeto

---

subsiste por sí mismo, sin necesidad de otra convención y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". Y la doctrina ha precisado los alcances de la conexión aquí formulada, indicando que cada figura iuris tiene características propias, requisitos independientes y alternativas exclusivas, al propio tiempo que, dada la conexión funciona, ocurre la repercusión de ciertas contingencias singulares en un ámbito más extenso y profundo; de manera que la calificación de principal o accesorio, subordinado o auxiliar, corresponde a una relación de finalidades prácticas".

<sup>727</sup> La procedencia de la acción directa está sujeta a que "(...) el contrato concluido por quien ejercita la acción y el contrato (conexo) en el que este sujeto no haya participado, generen obligaciones de la misma naturaleza o de contenido muy próximo". LÓPEZ FRIAS, A. (1992), *op. cit.*, pág. 448.

social del ente en donde es miembro de interés social por el *interés de grupo* por el *contrato de grupo cooperativo*, el socio se considera como titular de una acción directa de naturaleza contractual contra la entidad cabeza de grupo, constituyéndose en una excepción a la regla de la relatividad de los contratos<sup>728</sup>, contemplado en los artículos 1257 del CCivE y 1602 del CCivC<sup>729</sup>.

La acción directa pone en contacto a dos partes que no han contratado entre sí, pero que por lo general ambas están vinculadas a través de dos negocios jurídicos diferentes, pero que tienen la misma naturaleza y han sido celebrados por la misma persona<sup>730</sup>, situación que se refleja cuando el asociado en la asamblea aprueba que su cooperativa celebre el *contrato de grupo cooperativo* y asigna como *capogrupo* a un tercero.

En ese sentido, muy a pesar que el socio no suscribió de manera directa contrato alguno con la entidad cabeza del grupo, ambos tienen negocios jurídicos conexos con la cooperativa integrante del *grupo cooperativo*, como el *contrato de grupo* con la *capogrupo*; y el contrato de constitución de la cooperativa - modificada en su objeto social por el *interés grupal* – con los

---

<sup>728</sup> El autor PASQUAU LIAÑO considera que la conexión contractual es la idea que más está cuestionando el rigor del principio de la relatividad de los contratos y admite la posibilidad de deducir por analogía la existencia de acciones directas en eventos de *imbricación cualificada*. PASQUAU LIAÑO, M. (1989), *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de *Derecho*, Madrid, Págs. 118 y ss.

<sup>729</sup> “En principio, no cabe extender más allá de estas personas las consecuencias jurídicas que se derivan de la celebración de un contrato. Y, sin duda, entre esas consecuencias se encuentra la reclamación de responsabilidad contractual que es objeto, de ordinario, de la acción directa. Así se explica que esta figura – es decir, los contratos conexos – suponga una excepción al “principio del efecto relativo”, (...). LÓPEZ FRIAS, A. (1992), *op. cit.*, pág. 50.

<sup>730</sup> *Ibíd.*, pág. 49.

asociados, los cuales aprobaron de manera previa en la asamblea la suscripción del citado *contrato de grupo*.

Por lo tanto, estaríamos en el escenario de una responsabilidad contractual de la *capogruppo* frente al asociado afectado, pues la primera al emitir instrucciones por fuera del *interés grupal* estaría desconociendo lo acordado, tanto en el *contrato de grupo cooperativo* como en el *contrato de constitución de la cooperativa* integrada en el grupo, por tal razón el asociado tendría acción directa contra la entidad cabeza de grupo<sup>731</sup>.

Ahora bien, es importante precisar que el socio perjudicado no debe dirigir en primera instancia su reclamación a la cooperativa, sino que está legitimado para incoar su acción indemnizatoria directamente contra la *capogruppo*, ni tampoco debe demostrar la previa *insolvencia* del ente jurídico en donde es asociado, pues aceptar ello, implicaría confundir la acción directa con la subrogatoria<sup>732</sup>.

En ese sentido, tras la acreditación de existencia de contratos vinculados con base en la unidad económica, el socio cooperativista del integrante del *grupo cooperativo* está en posibilidad de hacer valer contra la *capogruppo* las acciones y excepciones que habría tenido de ordinario en una relación

---

<sup>731</sup> “(...)”, podemos decir que la acción directa concede a su titular (A) la posibilidad de dirigir contra el subdeudor (C) las acciones de carácter contractual que podría dirigir contra su deudor inmediato (B). Esto es, A puede solicitar a C el cumplimiento del contrato en sus diversas modalidades y/o la indemnización de los daños contractuales que el comportamiento del subdeudor le haya ocasionado. *Ibíd*em, págs. 453-454.

<sup>732</sup> *Ibíd*em, págs. 456-457.

contractual con este último, como lo es la responsabilidad contractual, siempre y cuando acredite que el daño causado por el desconocimiento del *interés de grupo* apareja una indemnización.

Con base en lo expuesto, no resulta difícil ajustar los supuestos de hecho descritos a las reglas de vinculación contractual en orden a que es deducible la existencia de una pluralidad de sujetos, pluralidad contractual y de modo especial el concurso de un nexo jurídico que descansa, en nuestras hipótesis de hecho, en que el socio del integrante del *grupo cooperativo* resulta *indirectamente* afectado en sus intereses por la instrucción abusiva de la *capogruppo* al citado miembro, en ejercicio del poder de dirección que le fue otorgado en virtud del *contrato de grupo cooperativo*. Es evidente que en el ámbito del *grupo cooperativo*, existe la colaboración entre todos sus integrantes que refleja una categórica unidad económica, en virtud de las prácticas comerciales entre ellos, como empresarios, y la consiguiente ejecución en la conclusión de los contratos de *grupo cooperativo* y de conformación de cada uno de sus miembros<sup>733</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante aclarar que la acción contractual que llegue a instaurar la sociedad integrada contra la *capogruppo*, se deslinda del fenómeno de la coligación de contratos, pues la citada acción se fundamenta exclusivamente en el *contrato de grupo cooperativo*.

---

<sup>733</sup> TITO AÑAMURO, J. A. (2010), *op. cit.*, págs. 31-56, pág. 53.

c) Caso: Responsabilidad de la *capogruppo* por aplicación privada del Derecho de la Competencia.

Otro ejemplo de abuso de la *capogruppo* del ejercicio de la dirección unitaria que impide al miembro de *grupo cooperativo* el desarrollo de su actividad empresarial, es el caso en donde aquella, que se dedica a la comercialización de bienes, da una instrucción al integrante del grupo que se encarga de la producción de tales bienes, dirigida a que rebaje el valor de los precios de los mismos por debajo del costo, con la finalidad de posicionarse en un mercado que ocupa el 80% con respecto a los demás competidores. El cumplimiento de la anterior decisión, ocasionó que los competidores de la entidad cabeza de grupo salieran del mercado y que la cooperativa productora entrara en una situación económica muy crítica que impediría la realización de su actividad empresarial que justificara su permanencia en el *contrato de grupo cooperativo*.

Del anterior caso, se infiere que la instrucción de la rebaja de precios emitida por la entidad cabeza de grupo es desleal, toda vez que se dirige a eliminar a un competidor o a un grupo de competidores de aquel mercado en donde se encuentra y porque la *capogruppo*, a través del ejercicio abusivo de la *dirección unitaria*, aplicó presión para que la sociedad productora redujera el precio por debajo de los costos, afectando de manera indirecta a los socios de esta última, aspecto este último que es contrario al principio de la buena fe. En

ese sentido, las conductas descritas se subsumen en los supuestos de hecho del literal c) del numeral 2 del artículo 17 y del artículo 4 de la LCD.

Adicionalmente, podríamos considerar que el acto de competencia desleal descrito en el párrafo anterior afecta un interés público y está falseando la libre competencia, toda vez que está alterando el mercado al perseguir la eliminación de los competidores. Por lo tanto, la venta a pérdida planteada en el caso hipotético también podría llegar a constituir una conducta contraria a la LDC, en los términos del artículo 3<sup>734</sup>.

En Colombia, la fijación de precios predatorios como se plantea en el ejemplo es considerado como una práctica restrictiva de la competencia, de conformidad con el numeral 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, pues, como ya se señaló, hubo abuso por parte de la *cappogruppo* de la posición dominante en el mercado al fijar el valor de los bienes objeto de

---

<sup>734</sup> “El actual art. 3 LDC es, como ya se ha señalado, muy próximo a su precedente más inmediato, el art. 7 LDC 1989, ya que comparte con éste tanto su alcance sustantivo como la orientación político-legislativa de la norma, configurando el falseamiento de la libre competencia a través de actos desleales como una práctica prohibida por nuestra normativa antitrust, que viene a añadirse a las clásicas de los acuerdos restrictivos de la competencia y las conductas de abuso de posición dominante. Las dos novedades más significativas que introduce la redacción de este precepto otorgada por la Ley 15/2007 son: en primer lugar, adaptar el ámbito de aplicación de la norma a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre que, como es bien sabido, dio lugar a la creación de órganos autonómicos de defensa de la competencia, atribuyéndoles a estos –cuando sea el caso- el conocimiento de las prácticas prohibidas por el art. 3 LDC; en segundo lugar, al falseamiento de la libre competencia que las conductas desleales tienen que provocar se le quitan los adjetivos, y ya no hace falta que dicho falseamiento sea “sensible” (como exigía la redacción de 1989) o “grave” (como exigía la redacción de 1999), sino simplemente falseamiento, y que éste afecte al interés público”. DíEZ ESTELLA, F. (2012), “El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales”, Noticias de la Unión Europea, N. 330. Recuperado el 18 de septiembre de 2019 en la página web. [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el\\_articulo\\_3\\_ldc\\_\(2012\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el_articulo_3_ldc_(2012).pdf)

comercialización por debajo de los costos y porque su finalidad era eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos.

La citada conducta es objeto de sanción administrativa por la autoridad de competencia de los citados Estados, que en España es la CNMC y en Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio que la misma sea objeto de control judicial posterior por las jurisdicciones contencioso administrativas en los respectivos Estados, aspecto este último que no es objeto de estudio en el presente trabajo de investigación.

En razón a ello, y siguiendo la doctrina del TJCE<sup>735</sup> que establece que la matriz es objeto de sanción administrativa por la actividad desplegada por la filial que infringe las normas de competencia, siempre y cuando aquella tenga el control del 100% sobre la filial, y si es menor el porcentaje, había que probar el control total para imputar la sanción a la matriz<sup>736</sup>; y lo contemplado en el numeral 2 del artículo 61 de la LDC, es viable la imposición de la sanción administrativa a la *cappogruppo* por las autoridades de competencia<sup>737</sup>, en razón

---

<sup>735</sup> Sobre la doctrina que ha desarrollado el TJUE en lo concerniente a la responsabilidad de la matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales, leer ALONSO SOTO, R., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales”, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>

<sup>736</sup> Al respecto, TJCE. Sentencia Akzo Nobel NV de 27 de septiembre de 2006, Asunto T-330/01. Apartados 82-83.

<sup>737</sup> “2º A los efectos de tales principios de culpabilidad y responsabilidad, la imputación y consiguiente sanción a la matriz ex artículo 61.2 se basa en la presunción legal de que los actos de la filial obedecen a esa influencia decisiva, presunción a la que se llega por razón de la participación accionarial de la matriz en la filial, presunción que se destruye mediante prueba en contrario cuya carga es de la matriz (cf. artículo 385.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ). En tal caso la prueba exculpatoria va dirigida a probar que la actuación infractora es atribuible en exclusiva a la filial, todo lo cual exige integrar el concepto de

a que el control que ejerce aquella sobre la integrante encargada de la producción de bienes dimana del *contrato de grupo cooperativo*.

Con base en la imposición de la sanción administrativa a la entidad cabeza del grupo y en virtud de lo dispuesto en el literal b del numeral 2 del artículo 71 de la LDC, se abre la posibilidad para que el asociado del miembro del *grupo cooperativo* que resultó afectado por la conducta desplegada por la *cappogrupo*, pueda reclamar a este último los daños-perjuicios, en razón de la aplicación privada del derecho de la competencia, que persigue el resarcimiento pleno de los daños que al perjudicado le ha causado la conducta anticompetitiva, lo cual implica que tiene la carga de probar los elementos estructurales de la responsabilidad. Lo anterior, sin perjuicio que la sociedad integrada pueda reclamar lo mismo ante la entidad cabeza de grupo<sup>738</sup>, aunque podría ser contradictorio, pues aquella pudo, a través de sus administradores, es decir el Consejo Rector, oponerse en un principio a la instrucción con fundamento en que era contraria a las normas de competencia, independientemente que fuese acorde a los *intereses de grupo*, pues, como ya se ha dicho, tales intereses no son absolutos<sup>739</sup>.

---

"influencia decisiva". STS, Sala de lo Contencioso, 4ª, 704/2019 de 27 de mayo de 2019, F. VI.2.

<sup>738</sup> Sobre la posibilidad que imputar responsabilidad a la entidad cabeza de grupo por sus filiales por infracción a las normas de derecho de competencia, revisar GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014), "La responsabilidad de la matriz por infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales", en *RDM*, N. 292, págs. 251 y ss.

<sup>739</sup> En cuanto a que las instrucciones de los administradores de la *capogrupo* no pueden ser contrarias a la ley, el artículo 291-9.2 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 30 de mayo de 2014 estableció que "[e]n ningún caso las instrucciones impartidas podrán ser contrarias a la Ley o a los estatutos de la sociedad dependiente ni poner en riesgo la solvencia de la propia sociedad".

Ahora bien, es importante precisar que la acción para reclamar daños por quienes resultaron afectados por la infracción a las normas de competencia, es distinta a la teoría del *passing on*, que es una estrategia de defensa que puede asumir el infractor, a efectos de que invoque la repercusión del daño emergente frente a una reclamación de daños y perjuicios. Para la viabilidad de tal defensa, el infractor tiene la carga de la prueba de demostrar la existencia y el grado de repercusión del sobrecoste, incluso utilizando pruebas diferentes de las que están en su poder, como pruebas ya obtenidas en el procedimiento o pruebas en poder de otras partes o de terceros<sup>740</sup>

Lo anterior, sin perjuicio que el asociado escoja la opción de reclamar los perjuicios ocasionados a la sociedad en donde se encuentra vinculado, con base en su participación y ejecución en el acuerdo restrictivo de la competencia junto con la *capogruppo* y teniendo en cuenta que esta última fue previamente sancionada por la autoridad de competencia<sup>741</sup>, no obstante la existencia del control de la *capogruppo* que emerge del contrato de grupo cooperativo.

---

<sup>740</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. (2019), “Cartelista con esfera reflectante: sobre la «passing-on defense»”, En: <https://elderecho.com> [en línea]. Recuperado el 18 de septiembre de 2019 en la página web. <https://elderecho.com/cartelista-con-esfera-reflectante-sobre-la-passing-on-defense>. Sobre los daños trasladados o passing on, revisar ORTIZ BAQUERO, INGRID S. (2011), *op. cit.*, págs. 233 y ss.

<sup>741</sup> “(...) es posible recorrer un camino inverso, de la matriz a la filial, cuando la empresa filial ha intervenido como un mero instrumento del que se ha servido la matriz para trasladar al mercado los efectos distorsionadores de la libre competencia que fundamentan el reproche público de esa conducta, inherentes a los acuerdos anticompetitivos que ha concertado con otros, con o sin una declaración nominal de sus empresas filiales como infractoras a efectos de la sanción pública de esa conducta, pudiendo tal carácter apreciarse en el contexto del ejercicio de una acción follow on. Nada de eso supone desconocer o deformar el efecto vinculante de lo resuelto por la autoridad de competencia, presupuestos de responsabilidad propios del régimen que se actúa”. (Cursiva por fuera del texto original). Sentencia de Juzgado Mercantil de Valencia, 3ª, de 20 de febrero de 2019, F. IV.39.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción que incoaría el socio, existe la discusión si la misma es de naturaleza contractual o extracontractual. Quienes acogen la primera postura señalan que la naturaleza contractual de la responsabilidad se establece cuando la conducta anticompetitiva afecta el vínculo preexistente, constituye un incumplimiento de las obligaciones emanadas del negocio jurídico y/o cuando el contrato es el medio para hacer efectiva la restricción de la competencia<sup>742</sup>. Por su parte, los autores que establecen que la naturaleza de la acción es extracontractual aseguran que los acuerdos celebrados de manera contraria a las disposiciones de libre competencia son nulos de pleno derecho, por tal razón, los afectados por dicha conducta carecen de vínculo anterior y válido con la(s) persona(s) que infringieron las normas de competencia<sup>743</sup>.

Fuera de las dos posiciones descritas, hay quienes señalan, con fundamento en la Directiva de Daños 2014/114/UE, que tal distinción de contractual o extracontractual de la acción que podría incoar el afectado por la conducta anticompetitiva no es válida, pues, lo importante es la infracción de las normas de competencia y, por ende, algo diferente a lo contractual o extracontractual. En ese sentido, afirman que es una acción de naturaleza especial, que tiene sus peculiaridades en la norma comunitaria que la

---

<sup>742</sup> Al respecto, CASTRONOVO, C. (2007), "Private law remedies for antitrust violations –a point a view from Italy", en BASEDOW, J. (Ed.) *Private enforcement of EC competition law*, Kluwer, Holanda, págs. 114-118; COSTAS COMESAÑA, J. (2009), "Prohibición de acuerdos colusorios", en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. & HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Coord), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Editorial Civitas, España, págs. 65-111, pág. 76.

<sup>743</sup> BUSTAMANTE KÖSTER, J. & PASSÁS OGALLAR, J. (2008), "Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia", RDCD, Monográfico N. 1, págs. 249-278.

desarrolla, independientemente que la razón de ser de la reclamación se cimiente o no en un contrato<sup>744</sup>.

Ahora bien, para los propósitos del presente trabajo de investigación, acogemos la tesis de que la acción instaurada por el asociado contra el *capogrupo* es de naturaleza contractual<sup>745</sup>, toda vez que existe un vínculo entre ellos, a partir de la aplicación de la doctrina de los *contratos coligados*, ya explicado; y que la infracción a la norma de competencia tuvo como causa el incumplimiento de la *capogrupo* de la obligación contractual que asumió frente a sus integrantes y los socios de estos, de abstenerse de abusar del ejercicio de la *dirección unitaria* impidiendo al miembro del *grupo cooperativo* el desarrollo de su actividad empresarial.

En ese sentido, el *grupo cooperativo* al tener como fuente creadora el *contrato de grupo*, el cual está íntimamente ligado con el contrato de constitución de cada uno de sus miembros, hasta tal punto que el interés social de cada integrante fue modificado por el *interés grupal* conformándose una *empresa policorporativa*, se debe regir por la normatividad que regula la responsabilidad contractual, aplicando la teoría de la absorción<sup>746</sup>, la cual

---

<sup>744</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2018), "La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia", Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, N. 67, págs. 9-28, pág. 17.

<sup>745</sup> En contra, ORTIZ BAQUERO, INGRID S. (2011), *op. cit.*, pág. 168. La citada autora afirma que "(...) la responsabilidad civil derivada de los comportamientos anticoncurrenciales es siempre de carácter extracontractual, aun en el evento en que el comportamiento restrictivo (colusorio o abusivo) hace parte de un negocio legítimo y/o supone el incumplimiento de una o más obligaciones contractuales

<sup>746</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. (1993), *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid, págs. 115 y ss.

pregona que el régimen contractual atrae y será aplicado a todo el área de influencia sobre el que dicho régimen se extiende; por lo tanto, los daños infligidos en el ámbito contractual serán resarcidos según las normas de esta responsabilidad.

En otros términos, el *contrato de grupo* junto con el contrato de constitución de sus integrantes, tienen una fuerza absorbente que excluyen la opción de elegir la vía de la responsabilidad extracontractual o *aquilliana*, pues no se justifica que se implemente este último régimen cuando se evidencia que el daño causado a los integrantes del *grupo cooperativo* y a sus asociados es cometido como consecuencia directa del incumplimiento de la obligación contractual de la *cappogrupo* de abstenerse de abusar el ejercicio de la dirección unitaria, independientemente que ello trajera como consecuencia la infracción de las normas de competencia. En ese sentido, se afirma que la teoría de la absorción, fija su postura con base en los postulados de justicia y el respeto a la autonomía de la voluntad privada y la seguridad jurídica<sup>747</sup>.

---

<sup>747</sup> RESTREPO URIBE, C & LONDOÑO TORO, S. (2015), *La vigencia de la Distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual: Trascendencia de la dualidad, problemas de la unificación desde la doctrina y las nuevas tendencias*. Universidad EAFIT. Medellín, pág. 37.

## CONCLUSIONES

Si bien es cierto los *grupos empresariales*, dentro de los cuales se incluyen los *grupos cooperativos*, ha sido una estrategia implementada por los empresarios en España y Colombia para volver más competitivo su negocio dentro de una economía de mercado, visiblemente permeado por una tendencia globalizada y capitalista, a lo largo del trabajo se evidenció que sus ordenamientos jurídicos no tienen una regulación exhaustiva y sistemática sobre el *Derecho de Grupos* que respondan a las exigencias o necesidades que emanan de la realidad empresarial o de su naturaleza jurídica.

Muestra de ello, es que si bien es cierto tanto en el Derecho español como el colombiano se hace referencia a la exigencia del elemento *control* para la constitución del *grupo empresarial*, en el primero, específicamente en el artículo 42 del CComE, no se estableció expresamente el elemento esencial de *unidad de propósito y dirección* como requisito *sine quanon* para su conformación, sino que por razones contables el legislador se circunscribió al elemento *control* y emitió un mandato a aquellas sociedades que sean dominantes dirigido a que realicen la consolidación contable, manteniendo su estructura financiera y de inversiones.

En ese sentido, se concluyó que el marco normativo de los *grupos* en España y Colombia es limitado e insuficiente, toda vez que no existe un concepto jurídico exacto de grupo que permita efectuar con claridad meridiana

la imputación de responsabilidad a la entidad cabeza de grupo por los daños-perjuicios que ocasionaron a las sociedades integradas y a sus socios.

A pesar de lo anterior, se identificó que en ambos ordenamientos, bien sea por la interpretación que la jurisprudencia, a raíz de los estudios doctrinales, ha hecho del concepto legal, en un esfuerzo por acercar la realidad jurídica a la económica, se coincide que el elemento de *unidad de propósito y dirección* se cataloga como esencial para la estructuración del *grupo*.

En ese sentido, se determinó que el *interés grupal* no es un título que justifique por sí solo el daño causado por la *capogruppo* a los miembros del grupo y sus socios; y, a partir de su contenido, basado en la planeación y/o ejecución de políticas o estrategias grupales delineado por el ejercicio de la *dirección unitaria* de la *capogruppo*, se determina que en el *grupo empresarial* existe unidad de empresa o se cataloga como una empresa *policorporativa*, a pesar de la pluralidad de sujetos que lo conforman.

Sumado a lo precedente, se estableció que a partir del contenido del *interés grupal* se puede adelantar el análisis de la imputación de responsabilidad de la entidad cabeza de grupo por los daños-perjuicios ocasionados a los miembros del grupo y a sus socios, junto con el *principio de la buena fe* y el contenido del *contrato de grupo*.

Además, se verificó la ausencia de concepto “englobador” de grupo empresarial, atendiendo que no se puede valorar de la misma manera los

grupos verticales y horizontales, pues cada uno de ellos tiene sus particularidades, como la existencia o no de subordinación de la cabeza de grupo sobre los demás miembros, sin perjuicio de la doctrina de los *grupos cooperativos jerárquicos*, que ha generado revuelo al interior de la academia por el posible riesgo del desconocimiento de algunos principios esenciales del cooperativismo (como la puerta abierta, la igualdad de trato, etc.) o que pudiera conducir a eventos de abuso. No obstante, se concluyó que los grupos verticales y horizontales tienen un mismo origen: *el contrato de grupo*.

Con respecto al *contrato de grupo*, al estudiar su perfeccionamiento, contenido, efectos y oponibilidad, se precisó que dicho negocio jurídico es de pleno recibo en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia; que es el instrumento legitimador del *interés de grupo*; que dentro de sus efectos esta la modificación o alteración del objeto social, el interés social y la competencia de los distintos órganos de las sociedades integradas, con el propósito de que exista plena articulación con el *interés grupal*; y que es una pieza fundamental para el estudio de la imputación de responsabilidad a la cabeza de grupo por los daños-perjuicios causados a los miembros y a sus asociados.

Por otro lado, en lo concerniente a los *grupos cooperativos*, se identificó que en España hay avances significativos tanto en su legislación estatal, LCoop, como a nivel autonómico, en contraste con el Derecho colombiano, donde su regulación es incipiente.

En ese sentido, la LCoop a efectos de la definición de *grupo cooperativo en sentido estricto* no tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 42 del CComE, ni lo señalado en el artículo 4 de la LMV, sino que estipuló en su artículo 78 una definición general de tal forma jurídica empresarial como un conjunto o agrupación de entidades perfectamente diferenciables unas de otras pero que permite un tratamiento unitario, sin que ello traiga como consecuencia una sustitución o privación total de la capacidad de autogobierno de cada uno de sus integrantes y tampoco conlleva al apareamiento de un sujeto o persona jurídica.

No obstante, a lo largo de la investigación se encontraron algunas debilidades desde la técnica legislativa en la LCoop como la falta de claridad del contenido del artículo 78, pues permite una variedad de interpretaciones, como aquella relacionada a la posibilidad de que sus integrantes no ostenten la condición de cooperativa sino otras formas jurídicas de empresa, por ejemplo sociedades de capital, fundaciones, entre otras; no se estipuló explícitamente el tipo de *grupo cooperativo* que se forma al amparo de sus normas; ni tampoco cualifica el procedimiento y las facultades de dirección que están atribuidas a la entidad cabeza de grupo; se aprecia la ausencia de regulación de la responsabilidad de la *capogruppo* frente a los daños causados a los miembros del *grupo cooperativo* y a sus socios por el ejercicio abusivo de la *dirección unitaria*, entre otros aspectos.

Ante tal problemática, durante el desarrollo del trabajo de investigación se efectuó una aproximación del concepto de *grupo cooperativo*, con base en

el análisis de la LCoop y del estudio de algunas leyes autonómicas, estableciendo que a efectos de su constitución se exige la presencia del elemento esencial de la *unidad de propósito y dirección*, como se señaló en los *grupos en general*, sin perjuicio que en el numeral 4 del artículo 78 de la LCoop se consagra que *necesariamente* se debe incluir otros elementos esenciales de índole particular que son la duración, en el caso de ser limitada; el procedimiento para su modificación; el procedimiento para la separación de una sociedad cooperativa y las facultades cuyo ejercicio se acuerda atribuir a la entidad cabeza de grupo.

Además, se determinó que a pesar de las reservas que ha realizado la doctrina por la naturaleza mutualista de la cooperativa, del artículo 78 de la LCoop se desprende una variedad de manifestaciones del *grupo cooperativo*, así, entre otras, grupo heterogéneo (en el que pueden darse manifestación de grupo por dominación en la medida en que pueden participar sociedades de capital o incluso de situaciones de control conjunto), o por fin situaciones grupales que quedan encajadas en un cajón de sastre genérico de “colaboración económica “ o de “intercooperación”.

Complementando lo descrito, se abordó el *grupo cooperativo en sentido estricto*, como tipología o especie de *grupo cooperativo*, señalando que para su conformación se debe agotar una serie de etapas que conforman el *intercontractual* que en su orden son: *preliminar, decisoria y ejecución*.

Se determinó que dentro de cada una de las citadas etapas, la buena fe contractual está presente, exigiendo a los extremos negociales (*capogrupo* y sociedad integrada) comportarse de manera adecuada y respetando los intereses mutuos, por lo tanto no está permitido que cualquiera de tales sujetos durante los *tratos preliminares* se retire de forma intempestiva e injustificada, use la información obtenida sobre las otras sociedades para propósitos distintos a la conformación del *grupo cooperativo*, entre otras conductas, toda vez que ellas constituyen una grave afectación al principio de la buena fe contractual, al desconocer el carácter vinculante de los tratos preliminares y la naturaleza sensible y confidencial de la información.

Ahora bien, frente al *contrato de grupo cooperativo* se estableció que, no obstante que el artículo 78 de la LCoop no lo reguló a plenitud y tampoco en el derecho colombiano, en ambos ordenamientos jurídicos se reconoce su validez y se exige para su configuración el consentimiento de todos quienes tienen interés en formar el grupo, bien como entidades de base o como *capogrupo*, situación que es acorde con la naturaleza *paritaria* que exige la aquiescencia de todos los interesados para articular por la vía de coordinación sus intereses empresariales; y, para el caso de España, la exigencia del cumplimiento de la solemnidad consagrada en el numeral 4 del artículo 78 de la LCoop de formalizar por escrito los compromisos generales asumidos *ante* el grupo, lo cual podrá efectuarse en los estatutos de la *capogrupo*, si ésta es sociedad cooperativa, o mediante otro documento contractual que deberá elevarse a escritura pública.

Sumado a lo precedente, se concluyó, como también acaece en los *grupos en general*, que la integración por vía del *contrato de grupo cooperativo* trae como consecuencia o efecto la obligatoriedad de las obligaciones derivadas del citado negocio jurídico a todos quienes participaron en el aludido negocio jurídico, lo cual trae consigo a que se haga efectiva la *unidad de decisión o poder de dirección* emanada de la *capogruppo*, toda vez que sus integrantes al estar comprometidos a seguir las directrices de esta última, estarían persiguiendo el *interés grupal*.

También se identificó que el cumplimiento de lo pactado en el *contrato de grupo cooperativo* no implica que los integrantes del grupo deban asumir un sacrificio grave y excesivo a sus *intereses sociales*, en aras alcanzar a cualquier precio el *interés de grupo*, porque ello es contrario a la buena fe contractual, que persigue el equilibrio entre ambos intereses, más aún, cuando a nivel autonómico, como lo expresa el artículo 135 de la LCEX, existe la posibilidad que las partes puedan prever tales excesos y compensarlos a través de una cláusula accidental de ventajas compensatorias, que no obstante es discutible su viabilidad por la naturaleza paritaria del *grupo cooperativo*.

Además, se estableció que otro efecto que deriva del *contrato de grupo cooperativo* es la modificación del objeto de cada una de las sociedades integradas a un *interés grupal*.

De otro lado, al revisar el contenido del *contrato de grupo cooperativo*, en especial las cláusulas naturales que emanan del principio de la buena fe, se

identificaron algunas obligaciones que asume la *capogruppo* frente a los miembros del grupo, como el suministro de información suficiente, clara, oportuna y transparente a cada una de las entidades que conforman el *grupo cooperativo*, durante la vigencia de la relación contractual y la salvaguarda de la confidencialidad en la información que entre los extremos negociales compartieron durante la vigencia del contrato sobre aspectos internos y secretos de su vida empresarial.

Por otra parte, se corroboró que en el ámbito de los *grupos cooperativos* es probable que surjan conflictos entre quienes hicieron parte del *contrato de grupo*, generados por los abusos de la *capogruppo* al ejercer de forma arbitraria el poder de *dirección unitaria*, hasta tal punto que el citado hecho generador se expanda a otros sujetos que, *en principio*, no tienen la condición de parte del citado negocio jurídico, como los asociados de las sociedades integradas en el *grupo cooperativo*.

Se determinó que el abuso del ejercicio del poder de dirección unitaria por la entidad de cabeza de grupo, se estructura cuando este último omite los límites que se establece el *contrato de grupo cooperativo*, el *interés grupal* y el principio de la buena fe.

Ante tal problemática que se desprende de la realidad empresarial, se concluyó que el marco normativo de cooperativas de España y Colombia no dan una respuesta expresa que permita determinar la imputación a la

*capogruppo* por los daños-perjuicios causados a los miembros y a sus socios, en virtud del ejercicio abusivo de la *dirección unitaria*.

Para solucionar la situación descrita, se determinó que las teorías que se han desarrollado en el contexto de los *grupos verticales* para precisar la imputación de responsabilidad de la cabeza de grupo, como la del administrador de hecho, de la gestión de negocios ajenos y el mandato, la acción individual del 241 LSC como mecanismo de responsabilidad intragrupo y el levantamiento del velo corporativo, no son viables en el ámbito de los *grupos cooperativos*.

Frente a la teoría del *administrador de hecho* se estableció su improcedencia en razón a que la unidad de dirección que ejerce la *capogruppo* no se cataloga como acto de administración y porque la naturaleza paritaria y los principios cooperativos de *autonomía de gestión* y *democracia cooperativa*, impiden que la entidad cabeza de grupo ejerza una dirección unitaria de forma tan *intrusiva* que acabe suplantando la voluntad de los administradores de los demás integrantes.

Con respecto a la teoría de la gestión de negocios ajenos se señaló su inviabilidad porque es incoherente aplicar una teoría que es ajena a las relaciones contractuales a un ámbito como el *grupo cooperativo* en donde las relaciones que existen entre la *cappogruppo* y sus miembros son de naturaleza contractual; y porque en el contexto del *grupo cooperativo* se está

desarrollando un *negocio propio* y no *ajeno*, toda vez que todos los miembros del grupo se organizan en pro de cumplir un *interés grupal*.

Se coligió que tampoco es aceptable la *teoría del mandato* en el escenario del *grupo cooperativo*, en razón a que no existe una relación jerárquica clara entre el principal o mandante y el agente o mandatario, en virtud de su naturaleza paritaria; porque los miembros del grupo, incluido la *capogrupo*, están coordinados desde su objeto social hacia el *interés de grupo*, por lo tanto no se obliga a la entidad cabeza de grupo a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de los integrantes del *grupo cooperativo*; entre otras razones.

Con respecto a la teoría de la acción individual del 241 LSC como mecanismo de responsabilidad intragrupo, se descartó su adopción como criterio de imputación de responsabilidad a la *capogrupo* en el ámbito del *grupo cooperativo*, porque, además de presentar dificultades de índole práctico al subsumir cada caso en los supuestos de la aludida acción, desconoce el vínculo contractual que une a todos los integrantes del *grupo cooperativo*, al catalogar como tercero a la sociedad integrante del *grupo cooperativo*, no obstante que ella es parte del negocio jurídico que suscribió con la *cappogrupo*.

Frente a la doctrina del levantamiento del velo corporativo, se determinó su improcedencia a efectos de la imputación de responsabilidad a la entidad cabeza de grupo en el contexto del *grupo cooperativo*, en razón a que ella se predica sobre sujetos de derecho no frente a figuras como el *grupo cooperativo*

que carece de personalidad jurídica; su implementación conlleva a la imposición de una *responsabilidad de grupo* o *responsabilidad ilimitada, global y objetiva* del *capogruppo* por las deudas y responsabilidades de todas las sociedades integrantes, sin atención alguna a los presupuestos clásicos de la responsabilidad civil que, en definitiva, se supone han sido los que se ha pretendido defraudar; entre otras razones.

Atendiendo que las mencionadas teorías de imputación no dan una respuesta plausible a la problemática de la imputación a la *capogruppo* por los daños-perjuicios causados a los miembros de los *grupos cooperativos* y a sus socios, se encontró que el criterio de imputación se puede determinar a partir de los conceptos de *unidad de propósito y dirección e interés de grupo*, los cuales permiten ratificar que en el *grupo cooperativo* conforman una sola empresa, a pesar de la pluralidad de miembros que la conforman.

La anterior conclusión se dedujo al establecer la existencia de una relación estrecha entre la *dirección unitaria* y el *interés de grupo*, canalizados a través del *contrato de grupo* y el contrato de constitución de la sociedad integrada en el *grupo cooperativo*, los cuales hicieron que el objeto social de cada uno de los miembros se modificara de un *interés social en sentido estricto* a un *interés grupal*, como ya se señaló.

En ese orden de ideas, se estableció que los integrantes del grupo cooperativo, además de la opción de impugnar el acuerdo de la Asamblea que adopta el *contrato de grupo cooperativo* que dio origen a la modificación del

objeto social de sus integrantes, pero limitada a solicitar su nulidad por ser contrario a la ley, según lo consagra el artículo 31 de la LCoop, pueden hacer su reclamación indemnizatoria a la *capogruppo* a partir de la responsabilidad contractual, pues el ejercicio abusivo del poder de dirección unitaria, se entiende como incumplimiento de una obligación contractual. Además, el citado régimen de responsabilidad al ser de tipo subjetivo o culpabilístico en los ordenamientos jurídicos de España y Colombia, se hace imperativo el estudio de la conducta de la *capogruppo*, por lo tanto se revisa no solo la infidelidad orientada a alcanzar un beneficio individual ajeno al *interés de grupo*, sino toda deficiencia en su gestión que afecte o lesione las expectativas de la *empresa policorporativa*.

Con base en lo precedente, se concluyó que la *capogruppo* no puede emitir instrucciones que puedan ser considerados útiles para los intereses del *grupo cooperativo*, no obstante, ser egoístas, fútiles, excéntricos para los demás integrantes del *grupo*, pues la buena fe establece que cuando el ejercicio de la facultad de impartir instrucciones deja de considerar el legítimo derecho de la contraparte, se convierte en deshonesto y abusivo.

En todo caso, se precisó que el miembro afectado tiene la carga de la prueba de demostrar los otros elementos estructurales de la responsabilidad contractual como lo son el hecho antijurídico, el daño-perjuicio, el nexo causal y la culpa de la *capogruppo*.

Ahora bien, en el evento que la entidad cabeza del grupo cooperativo, en ejercicio del poder de *dirección unitaria*, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, se dedujo que podría asumir una responsabilidad por omisión ante los demás integrantes del *grupo cooperativo*, constituyéndose en garante, en el supuesto que no efectuara las facultades de control que le corresponden en virtud del *contrato de grupo* o en el evento en que no ejecutara las actuaciones necesarias para impedir que el riesgo jurídicamente permitido superara sus límites, ocasionando daños-perjuicios a las sociedades integradas.

Por otra parte, se estableció que los socios de cada uno de los miembros que conforman el *grupo cooperativo* que resultaron afectados por el ejercicio abusivo del poder de *dirección unitaria* de la *capogruppo*, pueden acudir a la responsabilidad contractual, a partir de la estructuración de la figura de *coligación de contratos*.

Dentro de las razones que permitieron llegar a la conclusión que la coligación de contratos es procedente, a efectos de establecer la naturaleza contractual de la acción que instaure el socio contra la *capogruppo*, está que se reúnen los requisitos que ha señalado la doctrina para su estructuración como la pluralidad de sujetos, conformados por el socio, la cooperativa y el *capogruppo*; la pluralidad de contratos, que se aprecia con el *contrato de grupo cooperativo* y el contrato constitución de la cooperativa vinculada al *grupo*; el nexo jurídico entre los citados negocios jurídicos, como la producción de obligaciones de contenido similar o de la misma naturaleza, lo cual se cristaliza

desde el momento en que el objeto social del miembro del grupo se modifica por el *interés grupal*, pues a partir de ese instante las obligaciones que asume la cooperativa se debe enmarcar dentro del *interés del grupo* y no desde el interés social-individual que se predicaba antes de ingresar al *grupo cooperativo*.

En virtud de lo anterior, se estableció que el socio está legitimado para incoar una acción directa contra la *capogruppo* para imputarle responsabilidad contractual en virtud de la conformación del fenómeno de la *coligación negocial*, pues la entidad cabeza de grupo al emitir instrucciones por fuera del *interés grupal* estaría desconociendo lo acordado, tanto en el *contrato de grupo cooperativo* como en el *contrato de constitución de la cooperativa* integrada en el grupo.

Adicionalmente, se señaló que el asociado del miembro del *grupo cooperativo* que resultó afectado por la conducta desplegada por la *cappogruppo* (comercializadora de bienes) de emitir instrucciones dirigidas a que la sociedad integrada (productora de bienes) efectuara un acto anticompetitivo de rebajar el valor de los precios de los bienes por debajo del costo, con la finalidad de afectar el interés público y falsear la libre competencia al perseguir la eliminación de los competidores, está legitimado para reclamar a este último los daños-perjuicios, con fundamento en la imposición de la sanción administrativa a la entidad cabeza del grupo que estableció la autoridad de competencia (en España es la CNMC y en Colombia es la Superintendencia de Industria y Comercio), siguiendo la doctrina del TJCE, y en virtud de lo

dispuesto en el artículo 3 de la LDC, en el contexto español, y en el numeral 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en el ámbito colombiano. Para tal propósito el socio perjudicado, tiene la carga de probar los elementos estructurales de la responsabilidad.

Se determinó que la citada acción que instaura el socio contra la *capogruppo* es de naturaleza contractual, en razón a la existencia del vínculo negocial que emerge a partir de la aplicación de la doctrina de los *contratos coligados*, ya explicado; que la infracción a la norma de competencia tuvo como causa el incumplimiento de la entidad cabeza de grupo de la obligación contractual que asumió frente a sus integrantes y los socios de estos, de abstenerse de abusar del ejercicio de la *dirección unitaria* impidiendo al miembro del *grupo cooperativo* el desarrollo de su actividad empresarial; y porque en aplicación de la teoría de la absorción, el *contrato de grupo* junto con el contrato de constitución de sus miembros, tienen una fuerza absorbente que prescinden la alternativa de seleccionar el camino de la responsabilidad extracontractual, más aún cuando el daño ocasionado a los integrantes del *grupo cooperativo* y a sus socios es cometido como consecuencia directa del incumplimiento de la obligación contractual.

Con base en todo lo expuesto, se colige que es necesario que se adelante una iniciativa legislativa ante los parlamentos de España y Colombia, dirigida a la reglamentación exhaustiva y sistemática de los *grupos cooperativos*, pues a pesar de la existencia en el primer Estado de una regulación sobre el tema en la LCoop y a nivel autonómico, la misma no

responde a las realidades que surgen en la práctica empresarial, como lo relacionado a la imputación de la responsabilidad de la *capogruppo* por los daños-perjuicios causados a los miembros y a sus socios.

A ello se le suma, que la dispersión normativa y disímil del régimen cooperativo que existe en España por el Derecho autonómico, hace que su empleo y funcionalidad sea difícil en la práctica por los empresarios, pues tal escenario normativo, genera inseguridad jurídica, lo cual genera costos de transacción para quienes han acudido o proyectan implementar el *grupo cooperativo* como estrategia empresarial.

Por su parte, en el Derecho colombiano la necesidad de un marco normativo sobre los *grupos cooperativos* es mayor que en España, pues en la actualidad si bien es cierto el artículo 92 y siguientes de la Ley 79 de 1988 regula lo concerniente a la integración cooperativa estableciendo la posibilidad que las cooperativas puedan constituir organismos de segundo y tercer grado para el mejor cumplimiento de sus fines económicos y sociales, no existe una reglamentación que trate el tema de manera exhaustiva o detallada lo concerniente a los *grupos cooperativos*, no obstante que en la actualidad existen grupos empresariales en el sector solidario, con gran impacto en el mercado.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

AA.VV.: (2016), *Grupos Cooperativos. Alcance, posibilidades y límites*. Ekai - European association of cooperative groups, pág. 16.

AGSTNER, P. (2017), *Il gruppo cooperativo gerarchico*, *Diritto commerciale interno e internazionale*, 64, Giapichelli, Torino.

AIZEGA ZUBILLAGA, J. M. Y VALIÑANI GONZÁLEZ, E. (2003), “Las cooperativas de segundo grado, grupo cooperativo y otras formas de colaboración económica”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 79, Ediciones Complutense, págs. 7-33.

ALBALADEJO, M. (1997), *Derecho Civil*, t. II, 10.<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona.

ALCALÁ DÍAZ, M. A. (1993), “Acción individual de responsabilidad frente a los administradores. (STS, 21-5-1992)”, en *RdS*, N. 1, págs. 166-175, pág. 169.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015), “Problemática de la acción individual”, en *Jornada sobre responsabilidad de los administradores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), págs. 1-31.

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015), “Business judgment rule: sesgo retrospectivo y antijuricidad y culpabilidad de la conducta de los administradores” En: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com> [en línea]. Febrero 25, 2015. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2015/02/business-judgment-rule-sesgo.html>
- (2017), “Roncero sobre la business judgment rule” En: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com> [en línea]. marzo 15, 2017. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/03/roncero-sobre-la-business-judgment-rule.html>
- (2018), “El deber de actuación independiente de los administradores en el mejor interés de la sociedad” En: [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org) [en línea]. agosto 6, 2018. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/deber-actuacion-independiente-los-administradores-mejor-interes-la-sociedad/>
- (2019), “Administradores de la matriz como administradores de hecho de la filial” En: <https://derechomercantiles pana.blogspot.com> [en línea]. marzo 16, 2017. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://derechomercantiles pana.blogspot.com/2017/03/administradores-de-la-matriz-como.html>

ALFONSO SÁNCHEZ, R. (1999), *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: La cooperativa de segundo grado*. Universidad de Murcia. Murcia.

- (2002), “La Cooperativa de segundo grado como tipo legal de sociedad cooperativa” en NAVARRO SALINAS, A. (Ed.lit.), *Derecho de Sociedades. Libro de homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen V, McGraw.Hill/Interamericana de España S.A.U, España, págs. 4573-4604.
- (2006), “Grupos y alianzas de sociedades: Especial referencia al grupo cooperativo y a la cooperativa de segundo grado” en VARGAS VASSEROT, C. Y PULGAR EZQUERRA, J. (Coord.), *Cooperativas agrarias y sociedades agrarias de transformación*, Dykinson, España, págs. 727-780.

ALFONSO SÁNCHEZ, R., EMBID IRUJO, J. M. Y VÁZQUEZ PEÑA, M. J. (2013), “Grupos Cooperativos” en PEINADO GRACIA, J. (Dir.), *Tratado de derecho de cooperativas*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 997-1058.

ALONSO SOTO, R., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales”, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>

ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (2007), “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, en *Rds*, N. 29, Editorial Arazandi S.A., Navarra, págs. 19-37.

ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2019), “El nuevo 348 bis LSC: reforma del derecho de separación por falta de dividendos.” En: hayderecho.expansion.com [en línea]. enero 16, 2019. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://hayderecho.expansion.com/2019/01/16/nuevo-348-bis-lsc-reforma-derecho-separacion-falta-dividendos/>

ANTUNES, J.E. (1993), *Os grupos de sociedades*, Ed. Almedina, Coimbra.

ARGUDO PÉRIZ, J.L. (2007): “La multifuncionalidad de las instituciones jurídicas asociativas agrarias en las políticas de desarrollo rural y regional”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 92, Ediciones Complutense, págs. 11-40.

ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2004) En *Illeciti Atipici. L'Abusodel dirtto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*. Il Mulino. Bologna.

BATALLER GRAU, J., PÉREZ GARRIGUES, M. Y VERCHER MOLL, J. (2014), “El sistema de responsabilidad de los administradores de las cooperativas valencianas”, Workshop Internacional: Nuevos modelos empresariales en el cooperativismo agroalimentario. En: <https://www.cegea.upv.es> [en línea].

Julio 22, 2014. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://www.cegea.upv.es/files/2014/07/El-sistema-de-responsabilidad-de-los-administradores-de-las-cooperativas-valencianas.pdf>

BERROCAL, M. (2017), “Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios”, en *Revista E- Mercatoria*, Vol. 16, N. 1, págs. 81-116, pág. 85. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n1.03>

BETTI, E. (2008), *Teoría General del Negocio Jurídico*. Comares S.L., Granada.

BIANCA, M. (2007), *Derecho Civil. 3. El contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

BIGLIAZZI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F., & NATOLI, U. (1992), *Derecho Civil. Hechos y Actos Jurídicos*. Tomo I, Volumen 2, Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá, D.C.

BLANC LÓPEZ, C. (2017), *La responsabilidad penal del compliance officer*, Universitat de Lleida, España.

BOBBIO, N. (2004), *El problema del positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara S.A., México.

BOLDÓ RODA, C. (2000), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 3 edición, Editorial Aranzadi, Pamplona.

BUSTAMANTE KÖSTER, J. & PASSÁS OGALLAR, J. (2008), "Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia", RDCD, Monográfico N. 1, págs. 249-278.

CABRERA MERCADO, R. (2009), "La impugnación de acuerdos en las sociedades cooperativas", *Revista de Estudios Jurídicos*, Universidad de Jaen, núm. 9. págs. 1-15. Recuperado el 01 de mayo de 2018 en la página Web <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/135>

CALAZA LÓPEZ, M. S. (2003), *EL proceso de impugnación de acuerdos de las sociedades anónimas y cooperativas*. Madrid.

CANO ORTEGA, C. (2015), "Una perspectiva actual del sexto principio cooperativo: Cooperación entre cooperativas", *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa, Monográfico Principios y valores cooperativos*, núm. 27, págs. 1-47, págs. 3-4. [http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id\\_pagina=8&idRevista=30](http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id_pagina=8&idRevista=30)

- (2015), "Hacia la calificación como Entidad Asociativa Prioritaria: las diferentes formas de integración de las cooperativas agroalimentarias", *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO. Monográfico*, núm. 118, Ediciones

Complutense,

<http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/49064/45762>

- (2018), “La fusión de cooperativas”. *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 126, Ediciones Complutense, págs. 94-117.

CAPOBIANCO, E. (2017), *Lecciones sobre el contrato*, Editorial Zela, Perú.

CARRASCO PERERA. A. (2010), *Derecho de Contratos*. Editorial Aranzandi – Thomson Reuters, Navarra.

- (2016), *Tratado del Abuso del Derecho y del Fraude a la Ley*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra.

CASTRONOVO, C. (2007), “Private law remedies for antitrust violations –a point a view from Italy”, en BASEDOW, J. (Ed.) *Private enforcement of EC competition law*, Kluwer, Holanda.

CEBRIÁ, L. H. (2009), *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales. La regla del –buen– juicio empresarial*, Editorial Marcial Pons, Madrid.

COMANDUCCI, P. (2011), “El Abuso del Derecho y la Interpretación Jurídica”, *Revista de Derecho Privado*. N. 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

CÓRDOBA ACOSTA, P. (2005), "El gobierno de la empresa de grupo: visión del grupo empresarial en la perspectiva del gobierno corporativo (corporate governance)", en SOTOMONTE, S. y otros, *La Empresa en el siglo XXI*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. págs. 115-205.

- (2014), *El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

CORREA HENAO, M. (2009), *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

CORTÉS, E. (2006), "Constitución y Responsabilidad Civil. Una relación ambivalente", *Revista de Derecho Privado*, N. 11, Universidad Externado de Colombia, págs. 171-179.

- (2009), *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

COSTAS COMESAÑA, J. (2009), "Prohibición de acuerdos colusorios", en BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P. & HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F. (Coord), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Editorial Civitas, España, págs. 65-111.

CUBILLOS GARZÓN, C. (2016), *La Teoría del Levantamiento Corporativo en los Grupos Societarios*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

CHAVES R. (1999), "Grupos Empresariales de la Economía Social: Un análisis desde la experiencia española" en JULIA, F.L.; BAREA, J. y MONZÓN, J. L., *Grupos empresariales de la economía social en España*, Editorial CIRIEC, España, págs. 67-98.

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M. L. (2009), *Derecho de grupos de sociedades*, 2ª ed., Cizur Menor, Navarra Civitas.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985), *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas S.A., Madrid.

DE SEMO, G. (1961), *La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica*, Revista de Derecho Privado, Madrid.

DEL REAL SÁNCHEZ-FLOR, J. M. (2013) "La dimensión como clave para la mejora de la competitividad". *Mediterráneo Económico*, núm. 24, págs. 321-344.

DEMETRIO CRESPO, E. (2008), "Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados", en DEMETRIO CRESPO, E./ SERRANO PIEDECASAS, FERNÁNDEZ, J.R., *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, Editorial Colex, Madrid.

DÍAZ ECHEGARAY, J. L. (2002), *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi.

DÍEZ ESTELLA, F. (2012), “El artículo 3 LDC: Falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, N. 330. Recuperado el 18 de septiembre de 2019 en la página web. [http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el\\_articulo\\_3\\_ldc\\_\(2012\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/Publicaciones/el_articulo_3_ldc_(2012).pdf)

DÍEZ GARCÍA, H. Y GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2009), “Interpretación e integración del contrato” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dirección), *Tratado de Contratos*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 805-998.

DÍEZ-PICAZO, L. (1979), *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid; y del mismo autor *Comentarios al Código Civil*, cit., arts. 1709 y ss.

- (1991), *Comentarios del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, art. 1888.

- (1996), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Editorial Civitas, Madrid.

DUQUE, J. F. y RUIZ, J. I. (1999), “Los grupos en el ordenamiento jurídico” en JULIA, F.L.; BAREA, J. y MONZÓN, J. L., *Grupos empresariales de la economía social en España*, Editorial CIRIEC, España, págs. 99-195.

ECHAIZ MORENO, D. (2008), "El management como herramienta contractual para la organización de la empresa", *Derecho y Cambio Social*, Año 5, Nº. 15, Perú.

EMBID IRUJO, J. M. (1987), *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid.

- (1991), *Concentración de empresas y derecho de cooperativas*, Universidad de Murcia, España.

- (1998), "Problemas actuales de la integración cooperativa", *RDM, Editorial Civitas*, núm. 227, págs. 7-36.

- (1998), "La integración cooperativa y su tratamiento en la Ley 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas de Euskadi", en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Vol I, Universidad de Valladolid, Valladolid, págs. 223-231.

- (2000), "El contrato de constitución del grupo en el derecho español", *RdS, Editorial Aranzadi*, núm. 15, págs. 57-78.

- (2003), *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Editorial Comares, Granada.

- (2008), “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. *Ekonomiaz: Revista vasca de economía, Editorial Gobierno Vasco: Departamento de Hacienda y Administración Pública*, núm. 68, págs. 84-101.
  
- (2015), “Grupos y derecho de contratos”. En: Commenda. [en línea]. Madrid. 6 de enero. Rincón de Commenda. Recuperado el 26 de abril de 2017 en la página Web <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/grupos-y-derecho-de-contratos/>
  
- (2018), “El Complejo Significado Jurídico del Grupo Cooperativo”, En: Commenda. [en línea]. Madrid. 1 de agosto. Rincón de Commenda. Recuperado el 22 de diciembre de 2018 en la página Web <http://www.commenda.es/rincon-de-commenda/el-complejo-significado-juridico-del-grupo-cooperativo/>.

EMBID IRUJO, J. M. y GIRGADO PERANDONES, P. (2005) “Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la Junta General”, en EMBID IRUJO, J. M. (coord.): *Las competencias de los órganos en las sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ESTEBAN VELASCO, G. (2013), “La acción individual de responsabilidad”, en AA.VV; *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, ROJO/BELTRÁN, (Dir.), Valencia, págs. 169-254.

FAJARDO GARCÍA, G. (2011), *Cooperativas Régimen Jurídico y Fiscal*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

FALCO, G. (2010), *La buona fede e l’abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*. Giuffrè. Milano.

FERNÁNDEZ CÁMARA, C. (2016), Reseña Tesis de D. Alfredo MUÑOZ GARCÍA “Las estructuras de imputación como criterio delimitador de la responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 65, junio 2016, págs. 349-352.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. (1995) Voz «abuso de la personalidad jurídica», Enc. Jur. Básica, I, Civitas, Madrid.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2000), “Grupos horizontales transfronterizos. Un primer estudio sobre las sociedades gemelas”, *RDM*, nº 235, enero-marzo.

- (2019), “Derecho de separación ex 348 bis en grupos de sociedades” En: [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org) [en línea]. enero 22, 2019. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web

<https://almacenederecho.org/derecho-de-separacion-ex-348-bis-en-grupos-de-sociedades/>

FERNÁNDEZ MARKAIDA, I. (2001), *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*, Volumen 11 de Cuadernos mercantiles, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992), *Abuso del derecho*. Editorial Astrea, Buenos Aires.

FERRANDO, G. (2000). “I contratti collegati: principio della tradizione e tendenze innovative”. *Contratto e Impresa*, págs. 127-156.

FLORES SEGURA, M. (2019), “Cumplimiento normativo, deber de diligencia y responsabilidad de administradores” En: [almacenederecho.org](https://almacenederecho.org) [en línea]. julio 19, 2018. Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/cumplimiento-normativo-deber-diligencia-responsabilidad-administradores/>

FLUME, W. (1998), *El Negocio Jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, España.

FONT RIBAS, A. (1982), “Algunes reflexions a l’entorn dels grups d’empreses”, *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 81, Nº 4, págs. 827-884.

FUENTES NAHARRO, M. (2007) *Grupos de Sociedades y Protección de Acreedores (Una perspectiva societaria)*. Editorial Arazandi, Navarra.

- (2008), “Accionistas externos de grupos de sociedades: Una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz”, Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid.

- (2014), “El contrato de cash pooling”, en *RDM*, vol. 2014, págs. 233-266.

FREZZA, P. (1975), “*Fides Bona*”. En: AAVV. *Studi sulla buona fede*. Giuffrè, Milán.

GADEA, E. (2001), *Derecho de las Cooperativas: análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco*, Publicaciones de la Universidad de Deusto.

GALGANO, F. (1992), *El negocio jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia.

- (1996), *Il Codice Civile. Commentario. Le società per azioni. Principi generali*, Giuffrè Editore, Milano, pág. 142 y ss.

- (1999), *Derecho Comercial. Las Sociedades*. Volumen II Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá.

- (2012), "Dirección y coordinación de sociedades", en GALGANO, F. y otros, *Los grupos societarios. Dirección y coordinación de sociedades*. Universidad del Rosario, Colección textos de Jurisprudencia, Bogotá, págs. 79-264.

GARCÍA VILLARRUBIA, M. (2013), "La rescisión de garantías intragrupo: el concepto de interés de grupo como causa de enervación de las presunciones de perjuicio patrimonial", en *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 6 [en línea].

GIORGIANNI, M. (1937), "Negozzi giuridici collegati". Riv. it. Sc. Giur., págs.151-172.

GIRGADO PERANDONES, P. (2001), *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Editorial Comares S.L., Granada.

- (2002), *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

GONZÁLEZ BENJUMEA, O. (2018), *El administrador de hecho en el derecho societario colombiano*. Editorial: U. Autónoma Latinoamericana – UNAULA.

GUERRERO TREVIJANO, C. (2015), *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital. La incorporación de los*

*principios de la business judgment rule al ordenamiento español*, Civitas, Madrid.

GUTIÉRREZ GILSANZ, J. (2014), “La responsabilidad de la matriz por infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales”, en *RDM*, N. 292.

HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, W. D. (2012), “Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 14, N. 2, págs. 241-288.

HIJAS, E. (2017), “A la sociedad matriz, lo que es de la matriz y a la filial lo que es de la filial”, *El Notario del Siglo XXI - Revista 75*. En: *El Notario del Siglo XXI*. [en línea]. Recuperado el 22 de diciembre de 2018 en la página Web <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-75/practica-juridica/7954-a-la-sociedad-matriz-lo-que-es-de-la-matriz-y-a-la-filial-lo-que-es-de-la-filial>

HINESTROSA, F. (1986), “Funciones, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de derecho privado*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, págs. 9-47.

- (2015), *Tratado de las Obligaciones II. De las fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico*, Vol. II. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

HURTADO COBLES, J. (2005), *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*. Editorial Bosch, S.A., España.

HURTADO PALOMINO, J. V. (2014), *La compraventa de inmueble futuro destinado a vivienda: Las obligaciones del vendedor*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.

- (2014), “Administrador, deber de abstenerse de participar en actividades de competencia con sociedad administrada” En: Actualicese.com [en línea]. mayo 13, 2014. Recuperado el 19 de abril de 2019 en la página Web <https://actualicese.com/actualidad/2014/05/13/administrador-deber-de-abstenerse-de-participar-en-actividades-de-competencia-con-sociedad-administrada/>
- (2014), “Levantamiento del velo corporativo, Supersociedades resuelve conflictos” En: Actualicese.com [en línea]. noviembre 11, 2014. Recuperado el 19 de abril de 2019 en la página Web <https://actualicese.com/actualidad/2014/11/11/supersociedades-resuelve-conflictos-de-levantamiento-del-velo-corporativo-de-sociedades-comerciales/>
- (2015), *Cartilla de Sociedades Comerciales*, Actualicese.com Ltda., Cali, págs. 37 a 40.

- (2015), *Cambios de los modelos jurídicos para cristalizar el derecho a la vivienda digna en España tras la crisis económica*. Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca.
- (2015), “La buena fe como parámetro jurídico para identificar la modalidad *emptio spei* o *emptio rei speratae* en el contrato de compraventa de cosa futura”, *Revista Iustitia*, Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, núm. 13.
- (2015), “Cláusulas Naturales: el contenido del contrato no está conformado únicamente con lo pactado” En: Actualicese.com [en línea]. octubre 5, 2015. Recuperado el 04 de mayo de 2018 en la página Web <https://actualicese.com/actualidad/2015/10/05/clausulas-naturales-el-contenido-del-contrato-no-esta-conformado-unicamente-con-lo-pactado/>
- (2018), *Reflexiones de la Responsabilidad Civil en los Grupos Empresariales*. (Ponencia Sin Publicar). Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga.

IRÁCULIS ARREGUI, N. (2018), “Estudio del concepto de «interés del grupo»: el interés del grupo no se identifica con el interés de la sociedad dominante”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (dir.), COHEN BENCHETRIT, A (dir.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 403-424.

IRIBARREN, M. (2019), “Lealtad y coherencia del administrador en las sociedades que forman un grupo. A propósito de la sentencia de la Cour de Cassation (Chambre Commerciale) de 22 de mayo de 2019” En: almacenadederecho.org [en línea]. octubre 3, 2019. Recuperado el 5 de octubre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/lealtad-y-coherencia-del-administrador-en-las-sociedades-que-forman-un-grupo/>

JIMÉNEZ ROJAS, F. (2012), “Grupos de empresa y economía descentralizada”, *Anales de derecho*, N° 30, págs. 118-163.

JORDANO FRAGA, F. (1987), *La responsabilidad contractual*, Editorial Civitas S.A., Madrid.

- (1993) *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Editorial Civitas S.A., Madrid.

JULIÁ IGUAL, J.F.; y GALLEGO SEVILLA, L.P. (2000), “Principios cooperativos y legislación de la sociedad cooperativa española: el camino hacia el fortalecimiento de su carácter empresarial”, *Revista de Estudios Cooperativos*, REVESCO, núm. 70, Ediciones Complutense, págs. 123-146, <http://www.redalyc.org/pdf/367/36707007.pdf>.

KOTEICH, M., NEME VILLARREAL M. L., CORTÉS, E. (2005), “Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte

débil?”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, núm. 9. págs. 129-174.

LARENZ, K. (1958), *Derecho de Obligaciones*, Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

LARGO GIL, R. Y HERNÁNDEZ SAINZ, E. (2003), “La imputación de la responsabilidad civil en el seno de los grupos de sociedades” en DE VAL TENA, A. (Coord.) & RIVERO LAMAS, J. (Coord.), *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: “el outsourcing”*, Thomson Reuters Aranzadi, España, pág. 405-437.

LATORRE CHINER, N. (2003), *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Editorial Comares, Granada.

- (2009), “Administrador de hecho y apoderado general. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2008)”, en *RdS*, N. 32, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, págs. 389-398.

LEMME, G. (1997), *Il governo del gruppo*, Editorial Cedam, Padova.

LÓPEZ APARCERO, A. (2012), “Concepto de grupo de sociedades y concurso”, *Anuario de derecho concursal*, ISSN 1698-997X, N. 26.

LÓPEZ EXPÓSITO, A. J. (2017), “Aspectos societario-mercantiles de los grupos de sociedades”, en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M. (Dir.), *El control societario en los grupos de sociedades. Un enfoque práctico y multidisciplinar*. Editorial Wolters Kluwer, España. págs. 19-133.

LÓPEZ FRIAS, A. (1992), *Los contratos conexos: Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*, Universidad de Granada, Granada.

MANÓVIL, R. (1998), *Grupo de Sociedades en el derecho comparado*. Abeledo Perrot. Editorial. Buenos Aires, Argentina.

MANZANEQUE LIZANO, M., SANTOS PEÑALVER, J., NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018), *Reestructuración de empresas y grupos. Reflexiones contables y jurídicas*, Editorial Wolters Kluwer, España.

MARCO MOLINA, J. (2010), “La gestión oficiosa de negocios ajenos como fuente de obligaciones”, en Les XVI Jornades de Dret Català, sobre Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya, a Tossa de Mar.

MARCO MOLINA, J. (2014), “La gestión oficiosa de negocios ajenos: el nacimiento autónomo de las obligaciones del gestor y dominus o titular del asunto gestionado”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, t. I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, págs. 1817-1833.

MARÍN DE LA BÁRCENA, F. (2005), *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital*, Madrid.

- (2016), “Reglamentos de grupo (reflexiones sobre el gobierno corporativo de los grupos de sociedades)”, págs. 1-5. En: ANÁLISIS Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P. [en línea]. 21 de noviembre de 2016. Pág. 3. Recuperado el 02 de mayo de 2017 en la página Web <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/reglamentos-de-grupo-reflexiones-sobre-el-gobierno-corporativo-de-los-grupos-de-sociedades.pdf>

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2000), *La compraventa financiada de bienes de consumo*. Aranzadi, Navarra.

MARÍN VÉLEZ, G. (2015), “La responsabilidad precontractual en Colombia”, *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 3, N.5, págs. 57-78.

MARTÍNEZ RUÍZ, L. (2017), *El fundamento de los Actos Perjudiciales en los grupos de sociedades. La acción rescisoria concursal y la responsabilidad por insolvencia*. Universidad CEU San Pablo. Madrid.

MAZEAUD, A. (1962), *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América EJEA, Buenos Aires.

MENDIVE DUBOURDIEU, A. (2013), “Responsabilidad civil del conjunto económico”, Revista de la Facultad de Derecho ISSN 0797-8316, N° 35, Montevideo, Julio-Diciembre 2013, págs. 111-132.

MONSALVE CABALLERO, V. (2010), *Responsabilidad Precontractual. La ruptura injustificada de las negociaciones*. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá D.C.

MORALES F. (2018), “Dcoop usa fondos de sus cooperativas para hundir el precio del aceite en EEUU” En: merca2.es [en línea]. diciembre 28, 2018. Recuperado el 11 de septiembre de 2019 en la página Web <https://www.merca2.es/dcoop-fondos-cooperativas-hundir-precio-aceite-eeuu/>

MORENO, P. (2016), “Seguimos sin convenir qué se entiende por grupo de sociedades”. Recuperado el 17 de abril de 2017 en la página web. <http://www.argoasociados.com/es/post/26/seguimos-sin-convenir-que-se-entiende-por-grupo-de-sociedades/>

MORENO FONTELA, J.L. (2017), [“Las relaciones entre los valores y principios cooperativos y los principios de la normativa cooperativa”](#), *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 124, Ediciones Complutense, [págs. 114-127.](#) <http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/54923/50057>

MORENO SERRANO, E. (2018), “La responsabilidad de la sociedad matriz como administrador de hecho”, en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (dir.), COHEN BENCHETRIT, A (dir.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 1331-1344.

MORILLAS JARILLO, M. y FELIÚ REY, M. (2002), *Curso de Cooperativas*, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid.

MORILLAS JARILLO, M. (2017), “El órgano de Administración. Apoderamiento y Dirección” en MORILLAS JARILLO, M. (Dir.) & VARGAS VASSEROT, C. (Dir.), *Retos y oportunidades de las sociedades cooperativas andaluzas ante su nuevo marco legal. Comentario a la Ley 14 /2011 de Sociedades Cooperativas Andaluzas y a su Reglamento de desarrollo (Decreto 123/2014)*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, pág. 239-294.

MUÑOZ GARCÍA, A. (2019), “La pérdida de la condición de sociedad dominante y el art. 348 bis.4 LSC” En: [almacenederecho.org](http://almacenederecho.org) [en línea]. abril 30, 2019.  
Recuperado el 4 de septiembre de 2019 en la página Web <https://almacenederecho.org/la-perdida-de-la-condicion-de-sociedad-dominante-y-el-art-348-bis-4-lsc/>

NARVÁEZ GARCÍA, I. (2004), *Derecho Mercantil Colombiano, Teoría General de las Sociedades, Volumen III*, Legis Editores S.A., Bogotá.

NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. (2008), "El proceso de Constitución de una Sociedad Europea Holding" en *Rds*. N. 31. Editorial Arazandi S.A. Navarra.

- (2014), "Sobre el Concepto de "Grupo de Sociedades" y su aplicación en el ámbito del Concurso de "FAGOR Electrodomésticos, S.Coop.", En: <http://impresionesdeunjurista.blogspot.com.es> [en línea] 5 de febrero de 2014 Recuperado el 02 de mayo de 2017 en la página Web <http://impresionesdeunjurista.blogspot.com.es/2014/02/sobre-el-concepto-de-grupo-de.html>
- (2015), "La fusión de cooperativas: ¿el mejor mecanismo de integración?", *Revista de Deusto Estudios Cooperativos*, Editorial Universidad Deusto, núm. 6 págs. 115-131.
- (2015) "Códigos de Conducta y Cooperativas de Vivienda: La Buena Gestión Cooperativa", *Revista Foro de Derecho Mercantil*, Editorial Legis S.A., núm. 48. págs. 75-95.
- (2016), "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 (1066/2012) Nulidad de sociedad anónima inscrita", en YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina. Civil y Mercantil*. Vol V. Dykinson, págs. 383 y ss.

NAVARRO LÉRIDA, M.<sup>a</sup> S. Y MUÑOZ GARCÍA, A. (2018) “Reconstrucción del concepto de grupo empresarial desde el derecho de obligaciones y contratos” en *RDM*, nº 307. Enero-marzo 2018, págs. 107-145.

- (2018) “Los grupos de sociedades en el ámbito agroalimentario” en VARGAS VASSEROT, C. (Dir.), *Integración y concentración de empresas agroalimentarias estudio jurídico y económico del sector y de la ley 13/2013 de fomento de la integración cooperativa*, Dykinson, S.L., Madrid. (Sin publicar), págs. 353-375.

- (2019) “Los Grupos Cooperativos”, en ALGUACIL MARÍ, P. (Dir), (2019), *Guía de procesos de integración de cooperativas agroalimentarias*, Ed. Cooperativas Agroalimentarias de España, págs. 158-174, disponible en <http://www.agroalimentarias.coop/ficheros/doc/06035.pdf>

NEME VILLARREAL M. L. (2010), *La buena fe en derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- (2014), “Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: tensiones entre los principios de buena fe y autonomía contractual” en SORIANO CIENFUEGOS, C. (Coord.), *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus: Desarrollos Actuales y Perspectivas Históricas*, Editorial Novum - Universidad Panamericana, Ciudad de México.

- (2018), *Facultades Contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. La buena fe otorga criterios para el legítimo ejercicio del ius variandi*. Ensayos de Derecho Privado N. 7. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. pág. 32. Nota 25.

ORTIZ BAQUERO, INGRID S. (2011), *La aplicación privada del Derecho de la competencia los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Colección: Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución. Monografía, Editorial La Ley, Madrid.

PÁJARO MORENO, N. (2009), “El contrato y sus principios orientadores” en CASTRO DE CIFUENTES, M. (Coord.), *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I, Universidad de los Andes – Temis. Bogotá, págs. 309-375.

PARIAS GARZÓN, A. (2018), “Aspectos relevantes de las SAS en los grupos empresariales”, en REYES VILLAMIZAR, F. (coordinador), *La SAS y su influencia en América Latina: 10 años de un modelo exitoso*, Legis Editores, Bogotá, págs. 225-245.

PASQUAU LIAÑO, M. (1989), *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid.

PASTOR MARTÍNEZ, E. (2019), “Cartelista con esfera reflectante: sobre la «passing-on defense»”, En: <https://elderecho.com> [en línea]. Recuperado el

18 de septiembre de 2019 en la página web. <https://elderecho.com/cartelista-con-esfera-reflectante-sobre-la-passing-on-defense>.

PAZ CANALEJO, N. (1989), *Ley General de Cooperativas (Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial, t. XXX)*. Edersa. Vol. 1º, Madrid.

PÉREZ ROYO, J. (2014), *Curso de derecho constitucional*. Editorial Marcial Pons. Madrid.

PINO, G. (2006), L'abuso del diritto tra teoría e dogmatica (precauzioni per l'uso). En *Eguaglianza, ragionevolezza e lógica jurídica, al cuidado de Maniaci, Giorgio*, Giuffrè, Milano, págs. 115-175.

PISU, A. (2017), *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli.

POSNER, R. (1975), "The Rights of Creditors of Affiliated Corporations", 43 *University of Chicago Law Review* 499, págs. 506-507, 511-512 y 515-517. Recuperado el 18 de abril de 2019 en la página Web [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2856&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2856&context=journal_articles)

POSNER, E. & GLEN WEYL, E. (2014), "Quadratic Voting as Efficient Corporate Governance", *University of Chicago Law Review* 251,

[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11400&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11400&context=journal_articles)

POTHIER, R. J. (2002), *Tratado de las obligaciones*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.

PUENTES POYATOS, R.; VELASCO GÁMEZ, M<sup>a</sup> DEL M.; VILAR HERNÁNDEZ, J. (2010), “Las Sociedades Cooperativas de Segundo Grado como Instrumento de Cooperación entre Cooperativas: Aspectos Económicos y Organizativos”. *Revista de Estudios Empresariales. Segunda época*, núm. 1, págs. 103-128.

QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2018), “Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa” en DÍAZ MORENO, A. (Dir.) & VAZQUEZ CUETO, J. C. (Dir.), *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*, Thomson Reuters Aranzadi, España, págs. 21-52.

RENGIFO GARCÍA, E. (2009), “Interpretación del Contrato Atípico en la Jurisprudencia Colombiana”, en AA.VV., *Los Contratos en el Derecho Privado*, Legis Editores S.A. y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario – Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, págs. 47-70.

RENGIFO GARDEAZÁBAL, M. (2016), *La formación del contrato*. Ediciones Uniandes. Editorial Temis, Bogotá D.C.

RESTREPO URIBE, C & LONDOÑO TORO, S. (2015), *La vigencia de la Distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual: Trascendencia de la dualidad, problemas de la unificación desde la doctrina y las nuevas tendencias*, Universidad EAFIT, Medellín.

RONCERO SÁNCHEZ, A. (2011), “La acción individual de responsabilidad”, en AA.VV. *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, GUERRA MARTÍN, G. (Dir), Madrid, págs. 195-222.

- (2016), “Protección de la discrecionalidad empresarial y cumplimiento del deber de diligencia”, en AA.VV. *Junta General y Consejo de Administración en la sociedad cotizada*, Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, España, págs. 383-425.

REYES VILLAMIZAR, F. (2011), *Derecho Societario. Tomo II*. Editorial Temis. Bogotá.

- (2013), *Derecho Societario. Tomo I*. Editorial Temis. Bogotá.

- (2013), *Derecho Societario en Estados Unidos y la Unión Europea*, Editorial Legis, Bogotá.

- (2018), *La sociedad por acciones simplificada*, Legis, Bogotá D.C.

SABOGAL BERNAL, L. F. (2012), “El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿es aplicable la “regla del buen juicio empresarial” [business judgment rule (bjr)] en el ámbito de su deber de diligencia?, en *Revista E-Mercatoria*, Vol. 11, N. 1, págs. 102-163.

- (2014), “La responsabilidad de los administradores por conflictos de interés en la empresa de grupo”, en *Revista E-Mercatoria*, Vol. 13, N. 2, págs. 179-202.

SACRISTÁN BERGIA, F. (2006), “El riesgo de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas en situaciones de insolvencia, y de pérdidas patrimoniales”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO*, núm. 89, Ediciones Complutense, págs. 139-166.

SACRISTÁN REPRESA, M. (1982), “El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas”, *RDM*, nº 165-166.

SANCHEZ CALERO, F. (2000), “De nuevo sobre la regulación de los grupos de sociedades” en *RDBB*, nº 77. págs. 7-63.

SÁNCHEZ GRAELLS, A. (2012), “Conglomerados societarios” en IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J. (Coord.), *Fundamentos de Derecho Empresarial*, Tomo II: Derecho de Sociedades, Thomson-Reuters Civitas, Madrid, págs. 461-479.

SÁNCHEZ JORDÁN, M. E. (2000), *La gestión de negocios ajenos*, Civitas, Madrid.

SÁNCHEZ PACHÓN, L.A. (2017), “Los acuerdos de intercooperación como mecanismo jurídico de integración de cooperativas”, *Revista de Estudios Cooperativos, REVESCO. Monográfico*, núm. 126, Ediciones Complutense, págs. 1-23, <http://revistas.ucm.es/index.php/REVE/article/view/58616/52778>

SANCHEZ SOSSA, C. (1993), “El allanamiento de la personalidad jurídica en las sociedades comerciales”, en CALDERON SCHRADER, C. (Editor), *Estudios de Derecho Comercial. Homenaje a Fernando Hinestrosa*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Santa fé de Bogotá. págs. 283-298.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (2018), “La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N. 67, págs. 9-28.

SANTOS BALLESTEROS, J. (2012), *Responsabilidad Civil. Parte General*, Tomo I, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Temis, Bogotá D.C.

SANTOS DOMÍNGUEZ, M. A. (2013), *El poder de decisión del socio en las sociedades cooperativas: la asamblea general*. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid.

- (2014), “Las situaciones de control en la sociedad cooperativa”, *RDM*, núm. 293, págs. 199-268.
- (2015), “La relación de los principios cooperativos con el derecho”, *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa, Monográfico Principios y valores cooperativos*, núm. 27, págs. 1-46, [http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id\\_pagina=8&idRevista=30](http://www.ciriec-revistajuridica.es/index.php?id_pagina=8&idRevista=30)

SANZ ENCINAR, A. (2000), “El concepto jurídico de responsabilidad en la Teoría General del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, N. 4, Universidad Autónoma de Madrid, disponible en <http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneralDelDerecho.pdf>, fecha de consulta: 17 de mayo de 2019.

SCOGNAMIGLIO, R. (2004), *Contribución a la Teoría del Negocio Jurídico*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima.

SEQUEIRA MARTÍN, A. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2003), “Una reflexión sobre la responsabilidad de los miembros del Consejo Rector de las Cooperativas”, *Rds*, N. 21.

STOLFI, G. (2007), *Teoría general del negocio jurídico*, Leyer, Bogotá D.C.

TAMAYO JARAMILLO, J. (2007), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Editorial Legis, Bogotá D.C.

TITO AÑAMURO, J. A. (2010), "Consideraciones para regulación de los contratos vinculados en atención a la protección del consumidor de servicios financieros", en *Memorias 2º Congreso Internacional de Derecho Empresarial y Contractual. Organización y Actividad Empresarial*, Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, págs. 31-56.

TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2000), "El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año N. 76, núm. 658, págs. 1329-1360.

VARGAS VASSEROT, C., (2006), *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Editorial Aranzadi, Navarra.

VARGAS VASSEROT, C., (2019) "Cooperativas de Segundo Grado", en ALGUACIL MARÍ, P. (Dir), (2019), *Guía de procesos de integración de cooperativas agroalimentarias*, Ed. Cooperativas Agroalimentarias de España, págs. 59-103, disponible en <http://www.agro-alimentarias.coop/ficheros/doc/06035.pdf>.

VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2015), *Derecho de las Sociedades Cooperativas*, Editorial Wolters Kluwer, España.

VARGAS VASSEROT, C., GADEA SOLER, E. Y SACRISTÁN BERGIA, F. (2017), *Derecho de las Sociedades Cooperativas. Régimen económico, integración, modificaciones estructurales y disolución*. Editorial Wolters Kluwer, España.

VÁZQUEZ ESTEBAN, M. (2018), *La acción individual de responsabilidad*, Universidad de Alicante.

VÁZQUEZ RUANO, T. (2018), "Progresiva aproximación del régimen del órgano de administración de las sociedades cooperativas a las sociedades de capital", en GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M. B. (dir.), COHEN BENCHETRIT, A (dir.), *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*. Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 985-1017.

VELASQUEZ RESTREPO, C. A. (2014), *Orden Societario*, Señal Editora, Medellín.

VERGÉS, J. (2000), *Control e Incentivos en la Gestión Empresarial*, Universitat Autònoma de Barcelona, (Versión en Castellano).

VICENT CHULIÀ, F. (1990), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, T XX. Ley General de Cooperativas*, Vol. 2. Edersa.

- (2012), *Introducción al Derecho Mercantil*, Volumen I, Editorial, Tirant lo Blanch, Valencia.

VINEY, G. (2007), *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la Responsabilidad.*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

VISINTINI, G. (2002), *Responsabilidad contractual y extracontractual: estudios sobre incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*, Editorial ARA Editores, Perú.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1993), *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Reus, Madrid.

## **JURISPRUDENCIA DE ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA**

### TRIBUNAL SUPREMO

STS, 1ª, Sec. 1ª, 6086/2004 de 29 de septiembre de 2004.

STS, 1ª, 326/2012 de 30 de mayo de 2012.

STS, 1ª, de 11 de Octubre de 2012 Exp. N. 565.

STS, 1ª, 4811/2014 de 24 de octubre de 2014.

STS, 1ª, 695/2015 de 11 de diciembre de 2015.

STS, 1ª, 572/2016 de 29 de septiembre de 2016.

STS, 1ª, 5165/2016 de 24 de noviembre de 2016.

STS, 1ª, 47/2018 de 30 de enero de 2018.

STS, 1ª, 437/2018 de 11 de julio de 2018.

STS, Sala de lo Contencioso, 4ª, 704/2019 de 27 de mayo de 2019.

#### AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sentencia de de la Audiencia Provincial de Barcelona, 15ª, 449/2013 de 11 de diciembre de 2013.

#### JUZGADO MERCANTIL DE VALENCIA

Sentencia de Juzgado Mercantil de Valencia, 3ª, de 20 de febrero de 2019.

#### TRIBUNAL DE LA COMUNIDAD EUROPEA

TJCE. Sentencia Akzo Nobel NV de 27 de septiembre de 2006, Asunto T-330/01.

## **JURISPRUDENCIA DE COLOMBIA**

### **CORTE CONSTITUCIONAL**

CC. Sentencia T-406 de 05 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

CC. Sentencia C-510 de 9 de octubre de 1997. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

CC, Sentencia T-353 de 17 de abril de 2008. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

CC. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

CC. Sentencia C-1008 de 9 de diciembre de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL**

CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de octubre de 1938.

CSJ, sentencia de 21 de mayo de 1968.

CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

CSJ, Sala de Casación Civil. Sentencia SC18476-2017 de 15 de noviembre de 2017.

## **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA**

### CONCEPTOS Y OFICIOS

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (1999), Oficio 125-2831 de 22 de enero.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2010), Oficio N. 220-155433 de 23 de diciembre.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA. (2015). Oficio N. 220-32823 de 22 de abril.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2015), Oficio N. 220-108792 de 12 de agosto.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2017), Oficio N. 220-086502 de 26 de abril.

## DECISIONES

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2013), Sentencia N. 801-72 de 11 de diciembre.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2014), Sentencia de 1 de septiembre, Exp: 75175.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2017), Sentencia de 2 de mayo, Exp: 36129.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES DE COLOMBIA (2019), Sentencia de 26 de marzo.

## **SUPERINTENDENCIA SOLIDARIA DE COLOMBIA**

### CIRCULAR

SUPERINTENDENCIA SOLIDARIA DE COLOMBIA, Circular Básica Jurídica – Circular Externa N. 006 de 2015.

## CONCEPTO

SUPERINTENDENCIA SOLIDARIA DE COLOMBIA (2005), Concepto N. 034649 de 6 de octubre.