

LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

Panorama y perspectivas. El caso colombiano

Marcela Anzola Gil *Jorge Hernán Gil Echeverry*
Jaime Alberto Arrubla Paucar *Tomas Holguín Mora*
Alfredo Enrique Calderón Gutiérrez *Iván Daniel Jaramillo Jassir*
Juan Jacobo Calderón Villegas *Edgar Iván León Robayo*
Juan Pablo Cárdenas Mejía *Yira López Castro*
Fernando Castillo Mayorga *Maria Luisa Mesa Zuleta*
Carlos Guillermo Castro Cuenca *Erick Rincón Cárdenas*
Enrique Díaz Ramírez *Francisco Reyes Villamizar*
Carlos Fradique-Méndez *Erwin Santamaría Ariza*
Jeannette Forigua Rojas *Eduardo Varela Pezzano*
Jose Alberto Gaitán Martínez *Alejandro Venegas Franco*
Andrés Gaitán Roza





UR

Levantamiento del velo corporativo

Panorama y perspectivas
El caso colombiano

Levantamiento del velo corporativo

Panorama y perspectivas El caso colombiano

Marcela Anzola Gil, Jaime Alberto Arrubla Paucar, Alfredo Enrique Calderón Gutiérrez, Juan Jacobo Calderón Villegas, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Fernando Castillo Mayorga, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Enrique Díaz Ramírez, Jeannette Forigua Rojas, Carlos Fradique-Méndez, José Alberto Gaitán Martínez, Andrés Gaitán Roza, Jorge Hernán Gil Echeverry, Tomás Holguín Mora, Iván Daniel Jaramillo Jassir, Edgar Iván León Robayo, Yira López Castro, María Luisa Mesa Zuleta, Francisco Reyes Villamizar, Erick Rincón Cárdenas, Erwin Santamaría Ariza, Eduardo Secondo Varela Pezzano, Alejandro Venegas Franco



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2010 Editorial Universidad del Rosario

© 2010 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia

© 2010 Alejandro Venegas Franco, por la presentación

© 2010 Marcela Anzola Gil, Jaime Alberto Arrubla Paucar, Alfredo Enrique Calderón Gutiérrez, Juan Jacobo Calderón Villegas, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Fernando Castillo Mayorga, Carlos Guillermo Castro Cuenca, Enrique Díaz Ramírez, Jeannette Forigua Rojas, Carlos Fradique-Méndez, José Alberto Gaitán Martínez, Andrés Gaitán Roza, Jorge Hernán Gil Echeverry, Tomás Holguín Mora, Iván Daniel Jaramillo Jassir, Edgar Iván León Robayo, Yira López Castro, María Luisa Mesa Zuleta, Francisco Reyes Villamizar, Erick Rincón Cárdenas, Erwin Santamaría Ariza, Eduardo Secondo Varela Pezzano, Alejandro Venegas Franco

ISBN: 978-958-738-115-3

Primera edición: Bogotá, D.C., mayo de 2010
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Iván Ordóñez
Diseño de cubierta: Jorge Alberto Osorio Villa
Diagramación: María del Pilar Palacio Cardona
Imprenta: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Cra. 7 No. 13-41, oficina 501. Tel.: 2970200, ext. 7724
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.

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

Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano / Edgar Iván León Robayo, Erick Rincón Cárdenas, Yira López Castro, editores académicos. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010. 430 p. Colección Textos de Jurisprudencia

ISBN: 978-958-738-115-3

DELITOS COMERCIALES - COLOMBIA / DERECHO COMERCIAL - COLOMBIA / DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL / COMPAÑÍAS – LEGISLACIÓN – COLOMBIA / JURISPRUDENCIA COMERCIAL - COLOMBIA / SOCIEDADES COMERCIALES – LEGISLACIÓN – COLOMBIA / RESPONSABILIDAD CIVIL – COLOMBIA / I. León Robayo, Edgar Iván / II. Rincón Cárdenas, Erik / III. López Castro, Yira / IV. Título / V. Serie.

346.07 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Presentación	11
ALEJANDRO VENEGAS FRANCO	

CAPÍTULO I DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Marco general del levantamiento del velo corporativo en Colombia..	17
JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ	

La personalización y despersonalización de sociedades en el derecho colombiano	35
ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ	

El levantamiento del velo corporativo en Colombia.....	59
JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR	

CAPÍTULO II PRECISIONES JURISPRUDENCIALES

Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano	81
FRANCISCO REYES VILLAMIZAR	

Velo corporativo y jurisprudencia.....	117
JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY	

CAPÍTULO III SUPUESTOS CORPORATIVOS

Levantamiento del velo corporativo en sociedades con inversión extranjera directa.....	145
MARCELA ANZOLA GIL	

La realidad de la nacionalidad de las sociedades: su personalidad jurídica y el fraude a la ley.....	161
JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA	
La responsabilidad subsidiaria de la matriz	177
ANDRÉS GAITÁN ROZO	
El levantamiento del velo corporativo: ¿equidad o seguridad jurídica?	195
MARÍA LUISA MESA ZULETA	
Responsabilidad patrimonial de los accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas.....	227
EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO	
YIRA LÓPEZ CASTRO	

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DE LA TEORÍA EN EL MERCADO PÚBLICO DE VALORES

El levantamiento del velo corporativo en el mercado público de valores	257
CARLOS FRADIQUE-MÉNDEZ	
TOMÁS HOLGUÍN MORA	
Un caso de desestimación de la personalidad jurídica en el mercado de valores colombiano.....	279
JEANNETTE FORIGUA ROJAS	

CAPÍTULO V

OTRAS PERSPECTIVAS TEMÁTICAS

El tratamiento jurídico penal de los delitos cometidos a través de las personas jurídicas	291
CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA	
Desconocimiento de la personería jurídica en materia tributaria	319
ALFREDO ENRIQUE CALDERÓN GUTIÉRREZ	

La responsabilidad solidaria de los socios según el derecho laboral colombiano	343
--	-----

IVÁN DANIEL JARAMILLO JASSIR

El abuso de la propiedad intelectual como fuente para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo.....	353
--	-----

EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO

EDUARDO SECONDO VARELA PEZZANO

CAPÍTULO VI

INFORME FINAL DE INVESTIGACIÓN

Ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia: posibilidades y efectos	371
---	-----

ALEJANDRO VENEGAS FRANCO, EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO, ERICK RINCÓN CÁRDENAS,

ERWIN SANTAMARÍA ARIZA, FERNANDO CASTILLO MAYORGA,

JUAN JACOBO CALDERÓN VILLEGAS, YIRA LÓPEZ CASTRO

ANEXO

Jurisprudencia colombiana sobre levantamiento del velo corporativo.....	407
---	-----

Presentación

Permitir que los socios o accionistas de una sociedad respondan directamente con su patrimonio por las acreencias de la persona jurídica a través del uso de la *Teoría del levantamiento del velo corporativo* ha generado interesantes debates jurisprudenciales y académicos en Colombia. En efecto, la comunidad jurídica nacional ha planteado interesantes inquietudes sobre su aplicación en ciertos ámbitos y son múltiples los desacuerdos sobre su formulación.

Tales discusiones enriquecen la estructuración de esta figura en nuestro país y permiten conciliar los intereses y necesidades de los socios, acreedores y terceros, así como de las propias personas jurídicas. Dada la importancia de este tema, expertos colombianos de primer nivel, invitados para tal efecto por la línea de investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, se reúnen en esta obra para exponer sus perspectivas y contar sus experiencias en la aplicación de esta institución con raíces foráneas.

En una primera parte, José Alberto Gaitán Martínez analiza los aspectos generales sobre la doctrina, con base en las hipótesis previstas en diversas disposiciones legales que regulan excepciones a la regla de la limitación de responsabilidad. Desde un ámbito histórico, Enrique Díaz Ramírez precisa los conceptos Persona Jurídica y Sociedad y Jaime Alberto Arrubla Paucar sostiene que el principio de *No abuso del Derecho* es pilar suficiente para soportar la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho societario colombiano.

En segundo término, Francisco Reyes Villamizar explica con profundidad los fallos que han sido proferidos por la Corte Constitucional sobre la materia. Jorge Hernán Gil Echeverry, por su parte, realiza una presentación relativa a la manera en que las altas cortes colombianas se han referido a la limitación del riesgo societario desde la perspectiva laboral y penal y diserta acerca de sus efectos frente a los grupos empresariales.

Marcela Anzola Gil comienza el tercer capítulo precisando los criterios que se han seguido para la aplicación de la doctrina a empresas extranjeras, con el objeto de señalar las tendencias y los problemas que se han planteado respecto

a las inversiones internacionales directas. Juan Pablo Cárdenas Mejía aborda el problema de la nacionalidad de las sociedades frente al fraude a la ley, como supuesto que da lugar a la aplicación del levantamiento del velo corporativo.

A continuación, Andrés Gaitán Rozo analiza la responsabilidad subsidiaria de la matriz, con base en las decisiones proferidas en los trámites jurisdiccionales y de tutela que se presentaron en la liquidación obligatoria de Industrial Hullera SA. María Luisa Mesa Zuleta trata el tema desde la perspectiva de la empresa y la sociedad unipersonal. Para finalizar este capítulo, Edgar Iván León Robayo y Yira López Castro precisan las hipótesis conforme a las cuales los accionistas de la Sociedad por Acciones Simplificadas deben responder patrimonialmente por las deudas de la persona jurídica.

En la cuarta parte se presentan dos escritos acerca de la aplicación de la *Teoría en el mercado público de valores*. Carlos Fradique Méndez y Tomás Holguín Mora justifican su aplicación en la necesidad de dotar de publicidad y transparencia a los actos que en él se desarrollan. Jeannette Forigua Rojas indica que la facultad que tiene la Superintendencia Financiera para solicitar a las entidades vigiladas y controladas cualquier información que resulte relevante para el cumplimiento de sus funciones, sin que pueda oponerse el carácter reservado de los datos, constituye un supuesto para desestimar la personalidad jurídica.

Los autores que participan en el quinto capítulo analizan desde diversas perspectivas algunos supuestos para levantar el velo corporativo. De tal manera, Carlos Guillermo Castro Cuenca expone los sistemas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su desarrollo en Colombia y Alfredo Enrique Calderón Gutiérrez estudia esta figura como una forma de contrarrestar la elusión fiscal.

Enseguida, Iván Daniel Jaramillo Jassir diserta sobre el alcance de la normativa laboral que contempla los eventos en los que es posible perseguir el patrimonio de los socios por acreencias de los trabajadores a cargo de la persona jurídica. Por su parte, Edgar Iván León Robayo y Eduardo Varela Pezzano proponen la aplicación de esta teoría para alcanzar a aquellos que están detrás de las personas jurídicas que son usadas para usurpar o violar los derechos de propiedad intelectual.

Finalmente, se presenta el informe de ejecución del proyecto de investigación *Posibilidades y efectos (jurídicos y económicos) de la ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia*, adelantado por la línea de Investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la facultad de Jurisprudencia, financiado por el Centro de Investigaciones Estudios y Consultoría (CIEC) de la Universidad del Rosario.

Indudablemente, esta obra se constituirá en un referente de obligatoria consulta entre estudiantes, asesores, litigantes, académicos, jueces, empresarios y demás interesados en la materia. Como se aprecia, este libro es el resultado del trabajo desinteresado de los autores que de manera decidida y entusiasta participaron con sus escritos con la única motivación de enriquecer nuestro sistema jurídico y mostrar visiones y alternativas novedosas que seguramente servirán como base para un entendimiento adecuado del papel de las personas jurídicas en Colombia.

Alejandro Venegas Franco
Decano de la Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

Capítulo I

Delimitación conceptual

Marco general del levantamiento del velo corporativo en Colombia

José Alberto Gaitán Martínez*

De conformidad con el artículo 98 del Código de Comercio¹, una vez que la sociedad se constituye de debida forma, ésta genera una persona jurídica distinta a los socios considerados de manera individual. De igual forma, el artículo 71 de la ley 222 de 1995² le otorga personería jurídica a la empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, como lo hace el artículo 2º de la ley 1258 de 2008, en el caso de la Sociedad por Acciones Simplificadas.

Así, por disposición de la ley, las personas morales nacidas del concurso de la voluntad de sus constituyentes o del acto unipersonal del interesado gozan de los atributos que por derecho propio son inherentes al ser humano en un Estado de Derecho, entre los que se incluyen la capacidad y, como soporte suyo, el patrimonio.

Este patrimonio, entendido como el conjunto de relaciones activas y pasivas que surgen como consecuencia del ejercicio de esa capacidad, genera naturalmente en los entes jurídicos la limitación de responsabilidad con dos efectos principales: el primero, que consiste en que los bienes de la persona moral no se confundan con los de las personas que la conforman y el segundo, que las obligaciones o deudas que recaigan sobre esta última no pueden exigirse a aquellas.

* Abogado de la Universidad del Rosario. Profesor de Títulos-valores desde el año 1989. También es profesor de Contratos de Garantía en la especialización de Derecho Financiero en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Director de las especializaciones de Derecho Comercial y de Derecho Contractual en la misma Universidad. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹ Este precepto establece: “La sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

² La mencionada disposición señala: “La empresa unipersonal una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica”.

Estos efectos aparecen condensados de manera general en el artículo 2488 del Código Civil³, en concordancia con el artículo 2492 del mismo código, que regula un principio considerado como de orden público económico que no es susceptible de ser derogado por convención. Es denominado prenda general de los acreedores, que precisamente reglamenta esa relación de interdependencia entre los activos y los pasivos del deudor en el sentido que los primeros siempre serán garantía general de pago de los segundos.

Por su parte, el mismo Código Civil⁴, aunque circunscrito a las personas sin ánimo de lucro, da cuenta de esta limitación a la responsabilidad al excluir a la comunidad de suerte de los miembros con la corporación frente a los riesgos propios del ejercicio de la capacidad que la ley les confiere a tales entidades.

Tenemos, entonces, que al tratarse de sociedades y de personas jurídicas en general, el albur que corren quienes las integran se circunscribe a los aportes que hayan colocado en el haber social sin que se extienda a sus bienes propios, salvo algunos tipos específicos de sociedades que generan responsabilidad solidaria, como la colectiva.

Esta limitación de responsabilidad dio pie a que, a partir de la vigencia del Código de Comercio, se hubiera acudido a la figura societaria de manera artificial o simulada con el fin de escudarse en ese efecto y manejar los imponderables derivados de las actividades mercantiles, de suyo inciertas. Esta circunstancia generó muchas discusiones en torno a la regularidad del contrato por un eventual vicio que afectara su validez y que estaba ligado a la ilicitud en su causa o en su objeto.

Precisamente, esta conducta recurrente en la práctica comercial generó la regulación de las llamadas Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, tipificadas por la ley 222 de 1995 y, de manera más reciente, las

³ Artículo que establece: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables designados en el artículo 1677".

⁴ El Código Civil dispone en el artículo 637: "Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente las deudas de una corporación, no dan a nadie derecho para demandarlas, en todo o en parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación".

denominadas Sociedades Unipersonales, con idénticos efectos en materia de responsabilidad, reguladas en su momento por la ley 1014 de 2006 y el decreto 4463 de 2006, así como hoy las Sociedades por Acciones Simplificadas, reglamentadas por la ley 1258 de 2008.

Sin embargo, esta barrera que separa patrimonialmente a la persona jurídica de los individuos que la conforman, de cara a la responsabilidad por las deudas contraídas en desarrollo de su objeto social o corporativo, puede eliminarse: (i) bien de manera genérica, cuando se escoge cierto tipo social que no comporta este efecto, o (ii) bien de forma concreta y particular, a través de la convención.

En la primera hipótesis, en el caso de las Sociedades Colectivas y en Comandita —en este último caso para los denominados gestores—, se elimina dicha escisión, de tal manera que los socios colectivos entran a responder solidariamente con su propio patrimonio frente a las obligaciones sociales. En otras palabras, cuando los futuros socios deciden generar una compañía bajo esta estructura lo hacen entendiendo que, por disposición de la ley, los colectivos o gestores no podrán ser protegidos por el llamado Velo Corporativo⁵.

Debe recordarse en este punto que según lo dispuesto por el artículo 1568 del Código Civil⁶, la obligación solidaria o *in solidum* es aquella que en virtud de convención, del testamento o de la ley, puede exigirse de manera total a cada uno de los deudores. Este efecto, vinculado al tipo societario de que se trate, es uno de los que ha permitido a la doctrina edificar la clasificación de sociedades entre las llamadas de personas y las de capitales.

⁵ El artículo 294 del Código de Comercio dispone con relación a la sociedad colectiva: “Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”. El artículo 323 del mismo estatuto señala con respecto a la sociedad en comandita: “La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro, o varios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios”.

⁶ Disposición que señala: “Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley”.

La discusión en torno a esta clasificación, que formó parte del proyecto de 1958 pero que fue eliminada en el Código de Comercio actual, ha ocupado a la doctrina desde la expedición de este último ante la necesidad de esgrimir argumentos para distinguirlas.

Es así como se han señalado las siguientes características para diferenciarlas: (i) la forma como responden por sus deudas, toda vez que en las sociedades de personas hay una responsabilidad *personal* de los socios por las obligaciones de la compañía, en tanto que en las de capital la responsabilidad recae en la sociedad, pues los socios sólo responden hasta el límite de sus aportes; (ii) en cuanto a la gestión de los negocios sociales, que en las de personas compete a todos los asociados y en las de capital a unos órganos delegados; (iii) en cuanto al móvil o causa de la asociación, con la comprensión de que en las sociedades de personas prima la persona del socio, mientras que en las de capital, el aporte que se haga al fondo social.

Al respecto, el profesor Gabino Pinzón anota: “Según la posición jurídica de los socios frente a terceros, es decir, según la responsabilidad que les incumba por las obligaciones que ha contraído contraídas en desarrollo de la actividad social, la sociedad puede ser de personas o de capitales. En la primera, los socios no desaparecen jurídicamente ante terceros, por cuanto sus bienes propios pueden ser perseguidos por los acreedores sociales y no solamente los de la sociedad, es decir, no es absoluta o completa la separación de patrimonios que se produce con la personificación jurídica de la sociedad. (...) En la segunda ocurre, en cambio, un fenómeno hasta cierto punto inverso, por cuanto ante terceros no responde sino la persona jurídica y sólo dentro de sus posibilidades patrimoniales de pago; esto es, se produce en ella una absoluta y completa separación de patrimonios en razón de su personificación jurídica”⁷.

Desde otro punto de vista, también es posible excluir esta restricción legal por convención, como lo anticipó el artículo 637 del Código Civil, cuando quiera que los socios o miembros de la corporación expresamente se comprometan a responder solidariamente por las obligaciones contraídas por la persona jurídica.

⁷ PINZÓN, Gabino. *Sociedades Comerciales*. Bogotá: Temis, 1977, p. 18.

Igualmente, a través de una estipulación estatutaria especial es posible eliminar esa separación⁸.

Mediante una co-deuda solidaria o a través de la escogencia de cualquiera de las formas de garantía personal que regula la ley —la fianza, el aval, la firma de favor o por acomodamiento, la carta de conformidad, etc.—, se da curso a la comunidad de suerte entre el ente moral y sus componentes. Precisamente, buscando eliminar el efecto propio de la existencia de una persona jurídica, que coloca en términos generales a los socios en situación de irresponsabilidad frente a las obligaciones contraídas directamente por aquella, los acreedores exigen, como requisito comercial indispensable para el otorgamiento de un crédito, cualquier fórmula que los comprometa con la compañía, de tal manera que exista una acumulación subjetiva que les permita a aquellos perseguir su pago contra quienes así se hayan comprometido.

De otro modo, hay que tener en cuenta que, según el origen de las obligaciones a cargo de la persona moral, cuando quiera que ellas: (i) han surgido de relaciones de carácter laboral, (ii) han sido fruto de la aplicación de disposiciones de carácter tributario o (iii) se contraen a favor de la administración pública, el mismo legislador, de manera particular y concreta, al margen de la conducta de los socios y haciendo abstracción de su buena o de su mala fe, se ha ocupado de regular la hipótesis de Levantamiento del Velo, con el fin de brindar una especial protección a este tipo de acreedores.

Así tenemos, por ejemplo, que cuando se trata de obligaciones de carácter laboral, se ha previsto que los socios de sociedades de personas, incluidas las de responsabilidad limitada, deben responder solidariamente por las prestaciones sociales de los empleados de la persona jurídica⁹. La inclusión en esta categoría de las sociedades de responsabilidad limitada fue señalada

⁸ Así, el artículo 353 del Código de Comercio dispone: “En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias, o garantías suplementarias expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades”.

⁹ Artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo: “Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los conductores o comuneros de la misma empresa entre sí mientras permanezcan en la indivisión”.

por la Corte Suprema de Justicia¹⁰ al examinar los alcances del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.

También en materia fiscal, el legislador se ha encargado de extender la responsabilidad por los tributos a cargo de la compañía a cada uno de los socios que la componen, cuando de sociedades de personas se trata, entre las cuales quedan incluidas las de responsabilidad limitada¹¹.

Finalmente, cuando se trata de la presentación de propuestas por parte de quienes ofrecen contratar una obra pública a través de una sociedad que se constituya para el efecto y que se encargará de la ejecución del proyecto, bajo la condición de que el mismo les sea adjudicado, la ley 80 de 1993¹² igualmente mantiene una responsabilidad solidaria entre ésta y los socios que la conforman, pero en este caso al margen del tipo de sociedad de que se trate: de personas o de capitales.

Estas disposiciones excepcionales, salvo la última, hacen que las sociedades de responsabilidad limitada no hagan honor a su nombre y que estén, evidentemente, en situación de inferioridad frente a las sociedades anónimas.

Este efecto propio de las sociedades de responsabilidad limitada, al lado del excesivo formalismo que rodea su constitución, fueron la causa de la reciente legislación expedida en materia de Sociedades por Acciones Simplificadas, en cuanto en ellas se elimina la solidaridad frente a todo tipo de obligaciones, incluidas las laborales y las fiscales¹³.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 26 de noviembre de 1992, MP Hugo Suescún Pujols, radicación 53861.

¹¹ Artículo 794, Inc. 1º del Estatuto Tributario: “En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable. (...) Lo dispuesto en este artículo no será aplicable (...) a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas”.

¹² El párrafo 3º del Artículo 7º de la Ley 80 de 1993 dispone: “En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios”.

¹³ El artículo 1º de la Ley 1258 de 2008 señala: “Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”.

En las Sociedades de Responsabilidad Limitada, a pesar de que los socios tienen la restricción de responsabilidad como principio general, el legislador ha preferido la solución de la solidaridad ante la circunstancia de que ellas están edificadas sobre los atributos personales de los socios, al punto que comúnmente delega en todos ellos la administración de los negocios sociales tal como lo indica el artículo 358 del Código de Comercio; estas son características propias de las llamadas Sociedades de Personas, como se reseñó.

Al haber planteado de esta manera los pilares sobre los cuales se edifica el llamado velo corporativo, debe ahora abordarse aquellas hipótesis en las cuales el legislador ha considerado necesario regular excepciones a la regla de la limitación de responsabilidad, pero en este caso con el fin de evitar el fraude a la ley o de sancionar la comisión de ilícitos por parte de quienes pretenden protegerse en dicho efecto.

Estas excepciones no sólo tienen repercusión en el ámbito patrimonial de los socios, sino que también pueden generar consecuencias desde el punto de vista personal, tal como se reseña enseguida.

Estos casos especiales son los que han dado pie al planteamiento de la teoría denominada en el derecho norteamericano como *disregard of legal entity* o de la “desestimación o allanamiento de la personería jurídica”, en voces del derecho latino definida como: “El remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido un grupo de personas o de bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular”¹⁴.

Bajo este contexto, la primera hipótesis que plantea un levantamiento de ese velo para hacer trascender a los socios los efectos de una sanción impuesta a la sociedad, la encontramos en el artículo 8º, numeral 1º, literal i), de la ley 80 de 1993¹⁵, que nuevamente, cuando se trata de Sociedades de Personas, coloca a los individuos que la componen en la misma posición de la compa-

¹⁴ DOBSON, Juan. *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

¹⁵ Disposición que establece: “Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...) i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a la declaratoria”.

ña, es decir, en condición de inhabilidad por cinco años para contratar con la administración pública, en virtud de la declaratoria de caducidad pronunciada en contra de aquella.

Esta inhabilidad se extiende también a aquellas Sociedades de Personas en las cuales tales socios entren a formar parte con posterioridad de dicha declaratoria. En otras palabras, el legislador no sólo lleva su sanción hasta los socios, sino que, en doble vía, la extiende a las compañías en las cuales participen.

En torno al alcance de esta inhabilidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶ ha anotado que ella tiene una interpretación restrictiva, de tal manera que sólo se aplicará a los socios en sociedades de personas, nunca en las de capitales, a pesar de que en estas últimas los accionistas puedan responder de manera solidaria desde el punto de vista patrimonial cuando quiera que se cumpla con relación a ellos la hipótesis prevista en el parágrafo 3° del artículo 7° de la ley 80. Lo anterior, sobre la base de que una cosa es la responsabilidad patrimonial y otra la inhabilidad para contratar con el Estado.

En segundo lugar, la ley 190 de 1995, que contiene el llamado Estatuto Anticorrupción, reguló otra hipótesis de levantamiento del velo corporativo dirigido a evitar actos ilícitos o irregulares apoyados en la persona jurídica, de tal manera que se pueda penetrar en su intimidad y descubrir al beneficiario real de la operación¹⁷. Esta ley otorga a las autoridades judiciales la facultad de obviar la limitación propia de la personificación jurídica e ir tras el rastro de quienes están efectivamente recibiendo el beneficio indebido, en aras de identificar a los responsables de la conducta punible y proceder a sancionarlos.

En el mismo sentido y también con el propósito de “evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes entre las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública, o se legalicen y oculten los bienes provenientes de las actividades ilícitas”, se concedió a los organismos de inspección, vigilan-

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 17 de mayo de 2001, Consejero Ponente César Hoyos Salazar, concepto 1346.

¹⁷ Esta hipótesis se encuentra en el artículo 44 que dispone: “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

cia y control, como las superintendencias, en sus respectivas competencias, la facultad de comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados¹⁸. Esto último, para generar que “la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo (*lifting the corporate veil*) y se descubrirá el beneficio oculto”¹⁹.

En estas dos hipótesis encontramos, entonces, que no obstante la separación patrimonial por deudas entre el ente societario y los individuos que lo componen, en el ámbito disciplinario y punitivo no se puede manejar este mismo principio, en cuanto al juez o al funcionario que ejerza funciones de alta policía administrativa les corresponderá averiguar por los beneficiarios reales de las actividades al margen de la ley con el fin de imponer las penas a que haya lugar. Precisamente sobre el alcance de esta figura en el ámbito penal, la Corte Suprema de Justicia señaló: “El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de sus socios, es una verdad que no trasciende al ámbito penal”²⁰.

Desde otro punto de vista, y enfocado en el aspecto patrimonial, en cuanto al allanamiento de la personalidad de las personas jurídicas es necesario analizar aquella que atempera la teoría clásica y sus efectos, cuando quiera que: (i) exista un control jurídico y económico que da paso a una alternativa de manejo o de vinculación propia de los grupos contemporáneos, que genera en el legislador la necesidad de establecer nuevas reglas que prevengan el abuso y el fraude, como las que se reseñan a continuación, o cuando (ii) la personificación jurídica es utilizada igualmente en fraude de los acreedores al margen de que exista una situación de subordinación.

¹⁸ Así, el artículo 265 del Código de Comercio señala: “Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo considera (sic) necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1999, MP Ricardo Hoyos Duque, radicación 10641.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, auto del 20 de enero de 1993, radicación 7183.

Estas normas se apoyan en lo que ha sido denominado por la doctrina²¹ como *desestimación limitada o parcial*, que permite que frente a determinado acreedor o acreedores, la personificación jurídica sea inoponible o ineficaz al punto de que puedan pretender el pago de la obligación incumplida directamente de los socios, o de los miembros que la componen, sin que éstos puedan alegar la limitación de responsabilidad. Esta aclaración se torna necesaria en la medida en que estas normas no impedirían que en determinadas hipótesis se pudiera pretender la desestimación absoluta de la sociedad a través de una declaratoria de nulidad por causa u objeto ilícito²², tal como antes se indicó.

Es así como el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 hace extensiva la responsabilidad por las deudas sociales de la compañía sometida a una situación concursal, cuando quiera que haya sido originada en actuaciones de la controlante, siempre que con ellas haya perseguido su propio interés, circunstancia que se presume.

Esta misma solución fue acogida por el artículo 61 de la ley 1116 del 2006²³ con algunas variaciones en cuanto (i) al procedimiento aplicable, al pasar del ordinario al abreviado; (ii) la competencia para el trámite de este tipo de acciones, al ser radicada en el juez del concurso, y (iii) el término que existe para interponer la acción, que fue limitado a cuatro años.

Sobre la exequibilidad de la disposición contenida en la ley 222 de 1995, frente a las normas constitucionales que regulan el derecho de asociación, el derecho de defensa y la presunción de inocencia, válidas aún frente a la nueva

²¹ Superintendencia de Sociedades, concepto número 220-51821, 6 de octubre de 2004.

²² El artículo 104 del Código de Comercio dispone: "Habrà objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrà causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios".

²³ Norma que establece: "Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación, y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o en proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente. El juez del concurso conocerá, a solicitud de parte de la presente acción, la cual se tramitará mediante el procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años".

normativa derivada de la ley 1116 de 2006, la Corte Constitucional, bajo el criterio del fraude derivado de la pérdida de la autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades subordinadas, afirmó lo siguiente:

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad.

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

El actor cree encontrar en esta regla una inversión de la carga de la prueba, que contradice la presunción constitucional de inocencia, pero la Corte no acepta esa tesis, puesto que el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada.

Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que

sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos²⁴.

Concluye la Corte su fallo con una invocación al artículo 333 de la Constitución Política, para recordar que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, el cual se asegura o protege cuando se evita que las relaciones de interdependencia o control entre empresas puedan terminar en conductas antijurídicas que atenten contra el interés de terceros.

Por este aspecto, entonces, la Corte Constitucional le dio su respaldo a la presunción de responsabilidad en la matriz por los hechos que motivan la situación de concurso de la subordinada, destinada a favorecer a los acreedores, en cuanto traslada toda la carga de la prueba a la controlante.

También, bajo el mismo supuesto de abuso o fraude, el párrafo del artículo 71 de la ley 222 de 1995²⁵ regula una hipótesis de exclusión de la limitación de responsabilidad inherente a las Empresas Unipersonales, cuando quiera que sean utilizadas para defraudar la ley o para generar daños a terceros.

Con idéntica orientación, el artículo 42 de la ley 1258 de 2008²⁶ regula la desestimación de la personalidad jurídica en caso de que la Sociedad por Acciones Simplificada sea utilizada en fraude de la ley o en perjuicio de terceros, con la novedad que coloca la competencia para conocer de la acción de nulidad contra los actos fraudulentos y la de responsabilidad de los socios por la indemnización de los perjuicios en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, la cual llevará adelante tales trámites por la cuerda del proceso verbal sumario.

Por último, el artículo 207 de la ley 222 de 1995 hacía igualmente responsables a los socios de una sociedad en liquidación, al margen del tipo

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-510 octubre 9 de 1997, MP José Gregorio Hernández.

²⁵ La disposición señala: “Cuando se utilice la Empresa Unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participando o facilitando los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

²⁶ Dicho artículo indica: “Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y los perjuicios causados”.

societario del que se tratare, cuando los bienes que conformaban la masa fueran insuficientes para atender el pasivo y se demostrara que aquellos habían utilizado la sociedad para hacer fraude a los acreedores —dolo en la conducta—. En este evento, la ley los hacía responsables del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tuviere en la compañía.

Esta eventual responsabilidad de los socios, más allá del monto de sus aportes, ligada en su momento al concepto de fraude, fue modificada por el artículo 82 de la ley 1116 de 2006²⁷, para equiparar la responsabilidad de los socios a la de los administradores, que ya era regulada por los artículos 24 y 206 de la ley 222 de 1995 bajo dos presupuestos fundamentales: (i) uno objetivo, derivado de la desmejora del patrimonio de la sociedad como prenda común de los acreedores y (ii) uno subjetivo, fruto de conductas dolosas o culposas imputables a los socios o a los administradores, salvo cuando exista desconocimiento de la acción u omisión, o haya sido objeto de un voto negativo por parte de alguno de los socios. Cumplidos estos presupuestos surge la responsabilidad civil de los socios por el pago del faltante del pasivo externo sin limitación alguna.

Esta teoría, cercana más a la responsabilidad civil extracontractual que al levantamiento del velo corporativo porque contiene los tres elementos cardinales sobre los cuales descansa aquella —el daño (desmejora de la prenda común), la culpa o el dolo (imputación subjetiva) y la relación de causalidad

²⁷ Precepto que establece: “Responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo. No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales y empleados de las responsabilidades antedichas, o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos. Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal. La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario”.

entre una y otra—, abandona el concepto de fraude que traía el artículo 207 de la ley 222 de 1995, ampliando el alcance de la responsabilidad hasta el grado de la culpa, es decir, a la conducta no intencional, pero sí fruto de la incuria, del descuido o de la negligencia.

Como novedades adicionales de dicha disposición y que podrían justificar su tratamiento especial al margen del régimen de la responsabilidad extracontractual, se encuentran las relativas (i) al procedimiento, diferido para el abreviado; (ii) al juez competente, nuevamente designado el juez del concurso; (iii) a las presunciones de culpa que trasladan la carga de la prueba ligadas a la extralimitación de funciones, a la violación de la ley o de los estatutos, y (iv) a la ineficacia de las cláusulas que pretendan exonerar a los socios de este tipo de responsabilidad.

En síntesis, con excepción de la norma recientemente expedida que amplió la responsabilidad de los socios a los eventos de culpa, en todas las demás hipótesis de levantamiento del velo bajo el supuesto de que los bienes sociales sean insuficientes para cancelarlas, el legislador había optado por aplicar los criterios de (i) fraude, intención, conducta concientemente dirigida a causar daño a un tercero, o (ii) abuso del derecho, es decir, del ejercicio de prerrogativas tales como la facultad de voto en órganos sociales con fines maliciosos o ajenos a la moral.

Dichos criterios son comunes en otros sistemas jurídicos cuando de soluciones jurisprudenciales se trata. Es así como en este breve ensayo resulta importante, a pesar de que el desarrollo en Colombia de la figura no ha sido mayor, el estudio de aquellos casos en los cuales, con el propósito de defender a los acreedores y de proteger el crédito —entendido como un bien común ligado al interés público económico—, es la jurisprudencia la que se encarga de adoptar soluciones que comportan el levantamiento del velo corporativo.

Sobre este particular me referiré a aquella célebre sentencia de la Corte Constitucional que fue ampliamente discutida en diversos escenarios, en la cual se propuso por primera vez en la historia jurídica del país una solución propia de esta teoría judicial, aunque con carácter transitorio, en tanto se decidía por la justicia ordinaria la eventual responsabilidad derivada de una situación de control con el fin de propender por los intereses de los pensionados. Fue así

como en virtud de este pronunciamiento se sentenció que la Federación Nacional de Cafeteros, el Fondo Nacional del Café como controlante de la Flota Mercante Grancolombiana, debía asumir transitoriamente el pago de las mesadas pensionales.

En efecto, en aquella oportunidad la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas, y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá subsidiariamente en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden, en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación²⁸.

En este fallo —aunque no se utilizan los criterios de fraude a la ley, la desviación de la finalidad para la cual fue erigida la sociedad, ni abuso del derecho—, se rompen una serie de paradigmas en punto a la limitación de responsabilidad propia del régimen societario, de tal manera que se constituye en verdadero antecedente de lo que podrá venir en el futuro, mucho más si se adoptan por los jueces los criterios que han sido esgrimidos en otras latitudes para justificar este tipo de decisiones judiciales creadoras de derecho.

Bajo este presupuesto vale la pena anotar que en sistemas jurídicos foráneos, como el español, se propone por la jurisprudencia la solución del levantamiento del velo corporativo cuando quiera que las sociedades son utili-

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de septiembre 26 de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño.

zadas como pantalla protectora para llevar a cabo actos en fraude de la ley o en perjuicio de terceros. Al respecto, Boldó Roda señala: “Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede descartarla para que fracase el resultado contrario al derecho que se persigue, por lo cual ha de romper con el hermetismo que la caracteriza, esto es, con la radical separación entre persona jurídica y sus miembros componentes. Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y, en general, para defraudar”²⁹.

En ese noble propósito, esa jurisprudencia ha acudido a principios generales del derecho, tales como los de la equidad, la prevalencia de la sustancia sobre la forma, la aplicación de la justicia material —aunque vaya en desmedro de la seguridad jurídica—, la buena fe y el abuso del derecho.

Se ha dicho por los jueces que se debe evitar que la forma legal propia de un ente societario pueda ser utilizada con un propósito malsano o con desviación de los fines, para los cuales se ha otorgado a sus socios la participación en sus órganos societarios para perjudicar intereses privados o públicos. No se puede patrocinar el ejercicio antisocial del derecho.

Esta teoría ha sido usada específicamente en las sociedades de capitales, porque en ellas descansa el principio de la autonomía patrimonial, y ha sido criticada por varios sectores ya que plantea serios interrogantes sobre sus alcances, es decir, sobre las hipótesis que podrían dar lugar a su aplicación, cuando quiera que quedara al arbitrio del juez definir sus límites a la luz de principios de muy difícil definición.

No obstante, como lo afirma Boldó Roda, la jurisprudencia española ha logrado establecer unos parámetros bajo los cuales los jueces pueden aplicar la teoría, que coinciden en gran medida con algunos supuestos legales regulados en nuestro país. Estos parámetros le darían algún marco conceptual a los operadores jurídicos y cierta seguridad a los hombres de negocios de aquellas conductas que deben evitar con el fin de no resultar responsables por las obligaciones de los entes jurídicos de los cuales forman parte ante la abstracción

²⁹ BOLDÓ, Carmen. *El Levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Bogotá: Tecnos, segunda edición, p. 9 y ss.

del hermetismo social. Tales parámetros son los siguientes: “1° Por un lado, la sociedad debe ser dominada por otra persona, física o jurídica (sea o no socia); 2° debe producirse una situación que constituya un fraude a la ley; 3° se ha de respetar en todo caso el llamado “principio de la subsidiariedad”³⁰.

De tales criterios vale la pena destacar, por su novedad, el principio de la subsidiariedad, definido en el sentido que el levantamiento del velo sólo podrá aplicarse por el juez ante la carencia de otras fórmulas como la simulación, la nulidad, etc. Más que la subsidiariedad, se defiende en estos sistemas el carácter excepcional de la tesis, de tal manera que no se convierta en la regla general frente a aquellas hipótesis en que se perciba alguna desviación o abuso de la personalidad jurídica.

El papel que los jueces han jugado en la definición de esta teoría se puede resumir como lo hace Boldó Roda con la siguiente sentencia, apropiada para los tiempos que corren en el país, como consecuencia de los pronunciamientos que en otras materias se han dado por los operadores jurídicos constitucionales en desarrollo de las acciones públicas reguladas por la Constitución Política: “Nos encontramos, como apunta Aurióles, ante una manifestación de lo que se conoce como ‘jurisprudencia de intereses’, cuyo planteamiento consiste en atender e investigar los intereses que se hallan en juego en cada caso, más allá de conceptos y formalismos jurídicos. Se trata de una jurisprudencia antiformalista que atiende más a los intereses protegidos por una norma, que a la norma misma, cuando ello es necesario para la consecución de la justicia material en un caso concreto”³¹.

Así, se deja planteada esta tesis sin tomar partido por su conveniencia o inconveniencia, con la advertencia de que cualquier desarrollo jurídico que en este asunto se plantee en Colombia, no debe dejar de lado la seguridad en aras de lo cual la eventual intervención del juez en el ámbito societario, para prescindir de su velo corporativo, debe estar apoyada en presupuestos claros, concretos e inmutables. Estos deben informar adecuadamente a la comunidad

³⁰ *Ibíd.*, p 9 y ss.

³¹ *Ibíd.*

sobre sus verdaderos alcances de cara a las situaciones que de esta manera serán revisadas.

Este es, entonces, el marco a partir del cual se deben desarrollar de manera más profunda tales teorías, con el fin de determinar su alcance y lograr su efectiva aplicación. Esta labor seguramente corresponderá a otras personas que participan en esta obra colectiva convocada por la facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.

La personalización y despersonalización de sociedades en el derecho colombiano

Enrique Díaz Ramírez*

1. La persona jurídica

1.1. Antecedentes históricos

1.1.1. Roma

En apuntes de clase de Derecho de Sociedades, que corren mult copiados, escribí: “El concepto de persona jurídica se desarrolla en Roma en tiempos del imperio con ocasión de la constitución de los *municipia*. Roma anulaba o suprimía la existencia política de las ciudades itálicas conquistadas al incluirlas en la órbita del estado romano, pero les dejaba la capacidad privada pues las admitía a participar en el Derecho Privado. Los municipios, por ejemplo, podían demandar y ser demandados ante los jueces por cualquier ciudadano. Esa capacidad jurídica se obtiene al consolidarse dos elementos esenciales: tener un patrimonio propio y ser apto para comparecer en juicio. El sistema parece proceder de otros entes colectivos muy antiguos, los *collegia*, que se reúnen bajo la protección de la divinidad, tienen un estatuto —*lex collegii*—, dictan decretos, llaman *curia* al recinto en el que se reúne su asamblea y distinguen con títulos a sus empleados: *magister*, *quaestor*, *tribunus aedillis*. El reconocimiento del Estado solo tenía que ver con la existencia del ente: la capacidad jurídica era consecuencia espontánea de ese hecho. No había una concesión de personalidad¹. El patrimonio de la corporación no estaba bajo el condominio de los sín-

* Abogado de la Universidad del Rosario. Autor del libro *Contratos bancarios* y de diversos artículos sobre Derecho Privado. Se desempeñó como Director del departamento legal y Secretario general del Citibank (Colombia). Es profesor titular de Derecho Civil obligaciones y de Derecho Comercial en la Universidad del Rosario. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá. Consultor privado.

¹ Por la importancia adquirida por los *collegia*, por propuesta de Augusto, los comicios votaron la ley *Julia de collegis* en el año séptimo antes de Cristo, en virtud de la cual se prohibió su constitución sin permiso del Senado o del Príncipe, pero obtenido el permiso el ente gozaba de personalidad.

dicos, sino que constituía una propiedad del ente separada de los patrimonios individuales de sus administradores. Lo que se contrapone a los miembros recibe el nombre genérico de *Universitas*, unidad intelectual incapaz de querer y de obrar, pero sujeto nuevo y distinto de los miembros que la componen. El hombre sirve como medida o parangón de la capacidad: La *Universitas* no se finge hombre, pero a la manera de éste puede adquirir derechos y contraer obligaciones. La diferencia entre *Universitas* y *Societas* es evidente. La *Societas* es una relación jurídica, la *Universitas* un sujeto jurídico².

1.1.2. Edad Media

1.1.2.1. Derecho germánico

Parece aceptarse, luego de los análisis de Beseler y de Gierke, que las asociaciones o comunidades más antiguas, llamadas *Genossenschaften*, son personas jurídicas en el sentido de que “abarcan una personalidad total con su existencia jurídica y económica”³. La capacidad de disposición también corresponde exclusivamente a la mano común y no a los miembros singulares. Las decisiones se toman por unanimidad aunque lentamente este principio fue desplazado por el de la mayoría. Para obrar hacia el exterior se procura en la comunidad una voluntad única y se hace representar por un comunero como único actuante. Los comuneros no podían exigir en cualquier tiempo su división. Ferrara niega que las asociaciones de derecho germánico sean personas jurídicas, pero les reconoce una característica importante: su organización cor-

² FERRARA, F. *Teoría de las personas jurídicas*. Madrid: Reus, 1929, p. 35, y ARANAGIO RUIZ V. *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 75 y ss.

Raymond Saleilles dice que con la aparición de la *Universitas* se tiene, por primera vez, la idea de personalidad, asimilada de manera ficticia a la persona humana a manera de comparación y de imagen. Pero detrás de la imagen se encuentra un fenómeno jurídico de la más alta importancia: la unidad corporativa. Se designa con el nombre de *Universitas* a toda agrupación organizada y unificada considerada por el Derecho como una unidad patrimonial. Numerosos textos oponen la idea de colectividad unificada, es decir de *Universitas*, a la suma de los individuos que la componen, los *singuli*. Así, Marciano dice que los bienes de las ciudades pertenecen a la *Universitas* y no a los ciudadanos considerados individualmente: *Universitas sunt, non singulorum*. (dig. 6, 1, 1, 8) en SALEILLES, Raymond. *De la personnalité juridique*. Paris : Arthur Rousseau, 1922, p. 77 y 78.

³ PLANITZ H. *Principios de derecho privado germánico*. Barcelona: Bosh, 1957, p. 66.

porativa como asambleas que deliberan y deciden, y como gestores especiales que ejercen la representación⁴.

1.1.2.2. *Derecho canónico*

Los canonistas elaboraron el concepto de persona jurídica a partir de las concepciones del derecho romano y del concepto propio de institución, espiritualizando el concepto germánico de corporación: sustituyeron la fábrica del convento o iglesia por un ente jurídico ideal e invisible⁵.

Corresponde a Sinibaldo de Fieschi —Papa Inocencio IV— la gloria de haber penetrado la esencia de la teoría desarrollándola de forma magistral. Los canonistas distinguieron claridad la unidad ideal del ente, de los individuos singulares que forman su sustrato. Proclamaron la supervivencia del ente no obstante el cambio de los individuos o su desaparición total. Fueron los canonistas quienes por primera vez llamaron a estos entes *personas*; pero Inocencio IV advierte que se trata de una ficción, de una persona *ficta*, incapaz de querer y de obrar; por ello necesita de representantes.

Pero la exacta concepción idealista del papa Inocencio IV tuvo que ceder en la práctica a las muy arraigadas concepciones corporativas del derecho germánico. Se produjo, entonces, esta curiosa mezcla: la persona jurídica se definía según la concepción romano-canónica de ente *ficto*, pero se le atribuían consecuencias propias de la concepción realista del derecho germano, como ser titular de preeminencias y derechos de jurisdicción y elección, y ser representada por todos sus miembros, lo cual no es sino la aplicación del principio germánico del obrar colectivo en corporación. A pesar de la enérgica oposición del Concilio de Lyon, en la práctica se impuso la idea de que *Universitas et ecclesia delinquere possunt*⁶.

1.1.2.3. *La glosa*

Los glosadores también aplican el concepto de ente *ficto* a la persona jurídica, así como concepciones realistas germánicas. Los postglosadores hicieron un

⁴ Op. cit., p. 60.

⁵ Op. cit., p. 62.

⁶ Op. cit., p. 70 y ss.

progreso enorme: consideraron como personas jurídicas a las sociedades de comercio constituidas bajo un nombre único como *collegia*. Baldo distinguió las sociedades simples en las que sólo existe el contrato sin personificación de las *collegiatae* —verdaderas personas jurídicas— y contrapuso el *corpus societatis* a los socios singulares⁷. Otros creen que la *Universitas* es idéntica a los hombres que la componen. Se trata de una persona colectiva compuesta por varias personas y sólo en su universalidad se presenta como un nuevo sujeto. Para la *Teoría de la ficción*, la asamblea es una representación de la persona jurídica. En la concepción germánica, la asamblea es la persona jurídica misma deliberando: la persona es la que obra cuando todos los miembros deliberan y deciden, y hablan de buena y mala fe de la persona, del dolo y del delito en el que puede incurrir. El aporte de Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftrecht* (1868-1887) es impercedero.

1.1.3. Los derechos nacionales

Al enfrentarse la ficción y la realidad de la persona jurídica, se detiene la evolución de la figura y se produce su recepción por los derechos nacionales, que acentúa algunos de los aspectos de la realidad y otros provenientes de la ficción. De este período cabe destacar dos hechos: por recelo, pero también para evitar abusos, las monarquías absolutas dictan leyes según las cuales la concesión, las cartas patentes, son necesarias para el nacimiento de la persona jurídica. En esta línea están en Francia el edicto de Luis XIV de 1696 y el edicto del canciller D'aguesseau de 1749, llamado código de *Manos Muertas*, en el cual se reitera la prohibición de fundar corporaciones civiles o religiosas sin permiso del rey, so pena de severos castigos. La personalidad se convierte en un privilegio de la Corona. En Francia primó la concepción idealista de la ficción⁸.

1.1.4. El Código de Napoleón

El código civil francés de 1804 no conoce ninguna forma de propiedad colectiva organizada. Admite solamente la copropiedad bajo forma de indivisión.

⁷ Op. cit., p. 74 y 75.

⁸ SALEILLES, op. cit., p. 226, 241-259.

Pero la copropiedad es lo opuesto a la idea de propiedad unificada perteneciente a una colectividad independiente de sus miembros individuales. El código de Napoleón ignoró de forma absoluta el derecho corporativo. Se mantuvo la prevención del edicto de 1749 con respecto a las personas jurídicas⁹.

En cuanto a las sociedades de comercio, el derecho prerrevolucionario permitía su constitución sin autorización previa, pero eran sólo contratos reguladores de las relaciones entre socios, sin personificación. Con el tiempo tomó cuerpo la idea según la cual los aportes de los socios son garantía de los acreedores de la sociedad y no de los acreedores personales de aquellos, lo cual constituyó el primer paso en la vía de la personificación. Las grandes compañías como las de las Indias tuvieron personalidad por privilegio de la Corona.

Quizá por la prevención que existe contra las personas jurídicas, el código de Napoleón no confirió expresamente dicha personalidad a las sociedades de comercio, aunque jamás fue discutido que la adquirieran por el solo hecho de su constitución regulada. La jurisprudencia francesa vaciló largo tiempo en cuanto a la personificación de las sociedades civiles, pero en sentencia de 23 de febrero de 1891, la Corte de Casación la concedió fundada en los artículos 1845 y siguientes del Código Civil, que parten de la existencia de la persona moral y regulan las relaciones de ésta con los socios¹⁰.

1.1.5. La persona jurídica: ¿ficción o realidad?

Este viejo debate, que se esbozó en párrafos precedentes, no pierde importancia.

1.1.5.1. *Teoría de la Ficción*

La exposición clásica de la teoría corresponde a Savigny¹¹. Dice este autor que el concepto primitivo de persona debe coincidir con el concepto de hombre. Todo hombre y sólo el hombre es capaz de derechos. El concepto de persona jurídica se refiere exclusivamente a relaciones patrimoniales: es un sujeto crea-

⁹ *Ibid.*, p. 246 y ss.

¹⁰ MAZEAUD, Henry. *Lecciones de Derecho Civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 202-204 y 232, parte primera, volumen III, 1959. Buenos Aires.

¹¹ FERRARA, op. cit., p. 125, tomo II, y SALEILLES, op. cit., p. 310 y 311. En español hay trabajos excelentes de Hinojosa y Felipe Clemente de Diego sobre la materia.

do artificialmente, capaz de tener un patrimonio. Estos entes, ficciones de la ley, son naturalmente incapaces de querer y de obrar. Hay una contradicción de su capacidad para adquirir derechos y su capacidad para ejercerlos, contradicción que se mezcla con la representación.

Esta teoría que recibe la adhesión de Puchta y de Windscheid, goza de amplia aceptación, pero las objeciones no se hicieron esperar. Las críticas de Gierke son certeras: la afirmación de que fuera del hombre no puede haber sujetos de derechos es gratuita y antihistórica; quienes tuvieron originalmente derechos no los tuvieron por ser individuos u hombres sino por pertenecer a un pueblo, a un grupo. Y más recientemente Lehman se pregunta: “¿qué es lo que cubre la ficción? ¿a quién corresponden en realidad los derechos?”¹² Toda ficción, como dijo Bulow, es un problema no resuelto.

1.1.5.2. *Teoría del reconocimiento*

La pandectística alemana hace precisiones. Rumelin afirma que en las personas jurídicas los derechos y las obligaciones no pertenecen directamente a los hombres que las componen sino a un nuevo y autónomo punto de relación. El derecho subjetivo necesita estar conexo con un punto de relación, pero pueden existir derechos sin sujeto, porque no todo punto de relación puede considerarse sujeto. La persona jurídica es la ligazón de un patrimonio a un punto de relación autónomo diverso de los hombres¹³, pero ese punto de relación no es algo muerto sino un centro vital de intereses. Por ese camino se llegó a la *teoría de la persona colectiva real* que parte de los siguientes postulados: el concepto de persona no coincide con el de hombre sino con el de sujeto de derecho y todas las personas jurídicas privadas o públicas son realidades. A partir de los aportes de Beseler, el concepto se precisa más: al ser las personas jurídicas creaciones vivas de la sociedad, el derecho no las crea o finge, sino que encontrándolas hechas no les presta personalidad sino que se la reconoce¹⁴. En este momento se produce el aporte de Gierke: “La corporación es una

¹² LEHMAN, Heinrich; HEDEMON, J. W. *Tratado de derecho civil, parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, volumen I, p. 629.

¹³ Citado por FERRARA, op. cit., pp. 166 y 167.

¹⁴ *Ibid.*, p. 173 y 174.

persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa que tiende a la consecución de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales mediante una fuerza común y única de voluntad, y de acción. Este ‘todo colectivo’ es un organismo social dotado, a semejanza del hombre, de una potestad de querer, y por tanto capaz de ser sujeto de derechos”. El reconocimiento no es creación de un sujeto jurídico sino la comprobación de su existencia, tiene un simple valor declarativo: “Los derechos de la persona colectiva pertenecen exclusivamente a ella (...) El derecho atribuye personalidad a los entes colectivos porque los considera portadores reales de una voluntad única. Porque en la voluntad, ya sea en los individuos, ya en los entes colectivos, está el núcleo de la subjetividad jurídica. La capacidad de querer y de obrar es una cualidad esencial elevada a categoría jurídica, pero la persona colectiva quiere y obra por medio de sus órganos (...) No se trata aquí de una relación de representación, sino de la voluntad y acción del órgano (...) Es la misma persona colectiva la que quiere a través de sus órganos”¹⁵.

1.1.5.3. *La naturaleza jurídica de las personas jurídicas en Colombia*

Las construcciones anteriores deben contrastarse con la realidad, con las decisiones de los jueces colombianos, de lo contrario quedarían confinadas en un plano abstracto. La Corte Suprema de Justicia en una conocida sentencia de la que fue ponente el magistrado J. J. Gómez, aplicó a las sociedades la teoría organicista: “Ideada por el hombre (...) para realizar obras superiores a sus fuerzas, la persona moral queda dotada, por su propia esencia y por su objeto y fines, de personalidad jurídica o capacidad de derecho”¹⁶. La Corte Constitucional en sentencias T.430 de 1992, T.003 de 1993, T. 201 de 1993, T. 238 de 1996, T. 575 de 2000 y T. 658 de 2002, entre otras, aplicó la teoría del reconocimiento a la personalidad de las sociedades. Desde luego, esa afirmación necesita el respaldo de un análisis comparativo de tales sentencias que sobrepasa los límites de este estudio.

¹⁵ Transcripción de FERRARA. *Ibid.*, pp. 189 y 190.

¹⁶ Casación civil, 24 de junio de 1954.

2. La sociedad

2.1. Roma

Mediante una larga evolución el consorcio familiar que surgía en el momento de la muerte del *pater familias* sin necesidad de acto alguno, denominado *ercto non cito*, desembocó en el contrato consensual de sociedad¹⁷. Podían constituirse sociedades para objetos específicos que no comprometían todos los bienes de los socios, quienes estipulaban participaciones en ganancias y pérdidas en las proporciones que a bien tuvieran; estaba prohibida únicamente la sociedad leonina, mediante la cual se excluía de utilidades a un socio. La sociedad en Roma solo creaba relaciones internas entre los socios, sin repercusión externa. Los titulares de derechos y obligaciones eran los socios considerados de manera individual. No cabía hablar de un patrimonio social: Sólo había un fondo común, un *arca communis* del condominio de los socios, cada uno de los cuales podía enajenar su parte que podía ser perseguida por sus acreedores. Con esto quedaba excluida la idea de persona jurídica.

Se suele invocar como antecedente de la personificación de la sociedad a las *societas publicanorum* que en la época republicana debían constituirse como requisito necesario para contratar con el Estado¹⁸. En esta sociedad se radicaban los derechos y las obligaciones —verdadera persona jurídica según unos— pues tenía una caja propia distinta de la de los socios, representante procesal y representante para actividades extrajudiciales. Según otros se trataba simplemente de una asociación sin personificación. La expresión *Corpus habere* utilizada por Gaio al referirse al privilegio que en virtud de ley, senadoconsulto o constitución imperial recibían los socios para crear la sociedad¹⁹ ha sido interpretada por De Visscher en el sentido de que *corpus* tiene un significado unitario, pero no con el alcance de atribución de capacidad jurídica, sino de reconocimiento de un régimen unitario para los bienes que componen

¹⁷ ARANGIO, Ruiz; VICENZO, Náponeles. *La Societá in diritto Romano, ristampa*. Nápoles: Casa Editrice dott. Eugenio Jovene, 1981, p. 3 y KASER, Max. *Derecho Romano Privado*. España. Reus, Seg. Ed. 1982, p. 311.

¹⁸ CIMMA, María Rosa. *Ricerche Sulle Societá di Publicani*. Milano: Giuffré Editore, 1981, p. 5 y ss.

¹⁹ D. 3, 4, 1 pr 1 ad edictum provinciale.

el patrimonio de las sociedades de publicanos. *Corpus habere* significaba tener el privilegio de aplicar y de oponer a los terceros un estatuto unitario para los bienes comunes²⁰. Según autorizada opinión se reconocía a las sociedades de publicanos una limitada capacidad jurídica²¹. La clase de los publicanos fue objeto de medidas directas que buscaron disminuir su importancia política y económica, por lo cual las sociedades de publicanos perdieron importancia en la época imperial.

2.2. La sociedad con personalidad jurídica

El contrato de sociedad dio nacimiento a una persona jurídica distinta de los socios en la Edad Media, cuando se utilizó para regular relaciones de comercio. Ferrara explica que la conjunción del contrato de sociedad con la figura, en cierta forma estructurada, de la personalidad jurídica se produjo con ocasión de la *commenda*, que no es contrato de sociedad sino de participación: alguien entrega mercancías o dinero a otro para traficar y recibe parte de las utilidades en compensación. Rápidamente la *commenda* se transformó en sociedad: el comerciante que especulaba con los bienes comenzó a participar también en la formación del capital aportando bienes de su propiedad. El contrato perdió su carácter temporal y se convirtió en una asociación permanente para ejercer el comercio. La *commenda* pasa del comercio marítimo, en donde tuvo origen, al terrestre. La *commenda* evolucionó: aumentó el número de socios capitalistas y se extendió a los negocios bancarios; se desarrolló el concepto de patrimonio social, garantía de los acreedores y, estos satisfechos, de los comanditarios: pérdida de su carácter secreto y limitación de su responsabilidad.

A la autonomía patrimonial plena de la sociedad se llegó lentamente y por diversas vías: preferencia concedida a los acreedores sociales frente a los acreedores de los socios; exclusión de la compensación de deudas individuales con acreencias sociales, y responsabilidad de los nuevos socios por las obligaciones sociales contraídas antes de su ingreso²².

²⁰ CIMMA, op. cit., p. 195.

²¹ Ibid., p. 197.

²² FERRARA, op. cit., p. 496 y ss.

La personalidad jurídica de la sociedad fue obra de la intuición de los comerciantes y de su deseo de romper la unidad patrimonial entre sus bienes individuales y los aportados a la sociedad, situación que viene a ser reconocida por la decisión de la rota genovesa: *societas est corpus mysticum expluribus nominibus conflatum*. La expresión *persona jurídica* sólo quería significar haber recibido del derecho una organización unitaria.

Durante mucho tiempo los juristas discutieron si las sociedades de comercio y las sociedades civiles eran personas jurídicas y cuál era el alcance de esa expresión. Finalmente se impuso el certero conocimiento de la realidad del magistrado Gelpke, quien en el debate público previo a la redacción del proyecto del Código prusiano de comercio, recomendó abandonar las concepciones abstractas y mirar a la vida en la que la sociedad de comercio había llegado a ser una persona jurídica pues tenía todas sus propiedades: autonomía patrimonial, radical separación entre los bienes de los socios y los bienes sociales, vinculación de los terceros con la sociedad y no con los socios, posibilidad de celebrar contratos entre socios y sociedad sin ninguna dificultad. De modo que es el contrato de sociedad el que va en busca de la personalidad jurídica y no, como parece desprenderse de la exposición de Cervantes Ahumada²⁵, que la persona jurídica haya tenido origen en el contrato de sociedad.

2.3. El Código de Bello

El Código civil chileno proclama en el artículo 2053, inciso 2º: “La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”. La misma perentoria afirmación hacía el artículo 2079 del código civil colombiano. Desde luego, esta idea no fue tomada por el señor Bello del código civil francés.

Dice el profesor don Pedro Lira Urquieta al comentar el texto concordado de los distintos proyectos del Código de Bello:

²⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Derecho mercantil*. México: Litera, 1978, p. 38, primer curso, segunda edición.

En este título [XXVIII] que es uno de los más perfectos del CD, es visible la influencia bienhechora que ejerció la lectura de la obra de Troplong sobre el contrato de sociedad y que Bello cita en el P. In. En los anteriores P. se habían utilizado únicamente las nociones clásicas que sobre sociedad existían en Pothier, en las Partidas y en el C. F. Pero en el P. In., figuran las novedades que le dieron consistencia al título XXVIII; siguiendo a Troplong y adelantándose en medio siglo a la doctrina francesa, se admite la personalidad jurídica de las sociedades; se concluye con el confuso concepto de sociedades universales y se perfilan de una manera nítida las sociedades de personas y de capitales²⁴.

El derogado código colombiano de comercio terrestre no definía a la sociedad como persona jurídica, pero nunca fue puesto en duda que lo fuese por el reenvío que su artículo primero hacía al civil para todo lo no previsto, que no pudiera ser decidido por analogía de sus disposiciones²⁵.

2.4. El Código de Comercio colombiano de 1971

El alcance de la expresión “una vez constituida legalmente” , referida a la personificación de la sociedad, expresión añadida al segundo inciso del artículo 98 del Código de Comercio, tomado textualmente del artículo 2079 del Código Civil colombiano, y éste a su vez del chileno, será analizada más adelante.

2.5. La personificación de las sociedades en el derecho norteamericano

En 1819 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América reconoció personalidad jurídica a las *corporations*²⁶. A partir de 1870 los abogados norteamericanos

²⁴ Código Civil de la República de Chile En: BELLO, Andres. *Obras completas*. Caracas: Casa Bello, 1981, p. 775, volumen III, tomo XVI.

²⁵ VÉLEZ, F. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. París: Imprenta París-América, 1926, p. 33, tomo VIII.

²⁶ Trustees of Dartmouth College vs Woodward. “La responsabilidad del accionista y del funcionario en las sociedades conforme a la jurisprudencia norteamericana.” Harper, George R. Ponencia al Congreso sobre la despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad, realizado en la Pontificia Universidad Javeriana, ponencia recogida en libro con ese nombre, Bogotá, 2005, p. 13 y ss y DOBSON, Juan. *El Abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 6.

canos comienzan a aceptar que las *corporations* (sociedades por acciones), son personas jurídicas con los mismos derechos de las personas físicas. Esa jurisprudencia fue consolidada²⁷. La situación de las sociedades civiles y de las sociedades de responsabilidad limitada (*limited liability company*), es diferente.²⁸

3. La despersonalización de sociedades

3.1. *Disregard of legal entity*

Disregard significa “desatender” y quizá podría traducirse en su sentido jurídico como allanamiento o exclusión de la personalidad jurídica de una sociedad en determinados casos, con el propósito de responsabilizar patrimonialmente a sus socios. Cuando una sociedad sirve al propósito de eludir prohibiciones legales o de incumplir contratos, o de perjudicar de alguna forma a terceros o a acreedores, así como burlar prohibiciones legales del régimen familiar o sucesorio, pueden los jueces prescindir de la persona jurídica e identificar los intereses reales y sus titulares ocultos o amparados por la personalidad jurídica de la sociedad. El momento crítico suele ser el de la insolvencia de la sociedad en que al ocurrir uno de los supuestos indicados se prescindirá de la limitación de la responsabilidad al aporte para tratar de alcanzar el patrimonio individual de los socios. Por ejemplo, la doctrina del *disregard* tiene cabida para hacer responsable a la compañía controlante del pasivo de una subsidiaria insolvente, siempre que ésta haya sido un simple instrumento de aquella. La inmunidad de los accionistas de la sociedad dominante no debe ser admitida si existe abuso del privilegio de conducir los negocios a través de una forma corporativa o si se ha incurrido en fraude a la ley. La responsabilidad procede si se reúnen tres requisitos: situación de control sobre la sociedad, actuación ilícita o fraudulenta y perjuicio causado con ella. Los supuestos de aplicación son numerosos: capital inadecuado de la subsidiaria: ésta sólo realiza actividades importantes con la matriz, y directores y funcionarios de la subsidiaria

²⁷ HARPER, op. cit., p. 15.

²⁸ *Ibid.*, p. 16 y ss.

que no actúan con independencia sino que reciben instrucciones de la matriz y obran en su beneficio.

3.1.1. Precisiones

Por provenir de un sistema jurídico distinto, la teoría del *disregard* requiere precisión en palabras y conceptos, pues de lo contrario su recepción en nuestro derecho se hace imposible por ambigüedad y vaguedad. Eso equivale a banalizar y desnaturalizar la figura.

3.1.1.1. El *disregard* es excepcional en el derecho norteamericano. Se funda en la *equity* y es judicial, es decir, se aplica por los jueces con la plenitud de las garantías procesales²⁹.

3.1.1.2. El *disregard* no conduce en todos los casos a la desestimación de la persona jurídica. En muchos casos el objetivo es hacer responsable a un socio o socios, es decir, aplicar el régimen de responsabilidad de otro tipo social (sociedad colectiva) o el régimen de responsabilidad de la sociedad de hecho. Sólo se excluye la limitación de la responsabilidad. Pero hay casos de desestimación de la personalidad, como el de simulación absoluta del contrato de sociedad o de inoponibilidad del contrato a un acreedor.

4. ¿Puede aplicarse el *disregard* en Colombia?

4.1. El derecho positivo

4.1.1. La Constitución Política

La carta política reconoce y garantiza el derecho de asociación (art. 38). La competencia en materia de personificación de sociedades corresponde, pues, al legislador. Si la ley otorga la personalidad jurídica a las sociedades constituidas por escritura pública, ¿corresponde al legislador autorizar al juez para

²⁹ DOBSON, op. cit., p. 5, HARPER, op. cit., p. 19 y LE PERA, Sergio. *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Astrea, 1974, pp. 137 y ss.

que excluya la personalidad jurídica surgida de la forma solemne del contrato de sociedad en casos determinados? Considero que esa autorización no es necesaria: cuando no se reúnen los elementos que la ley presupone para la personificación o cuando la sociedad es un mero instrumento de fraude, el juez puede excluir la personalidad jurídica.

4.1.2. El artículo 98, segundo inciso del Código de Comercio

Ya mencioné esta norma. Consideré inicialmente que la expresión “una vez constituida legalmente”, que se refiere a la personificación de la sociedad carecía de valor normativo, porque la sociedad se personifica simultáneamente con el otorgamiento de la escritura pública sin más requisitos formales. Es exacto decir que la escritura pública es requisito *ad substantiam* de la personificación y *ad probationem* del contrato: puede existir un contrato de sociedad sin persona jurídica, que es el caso de las sociedades de hecho. Los vicios e ilegalidades que afecten el acto constitutivo de una sociedad deben ser objeto de pronunciamiento judicial fundado en las pruebas recaudadas en el respectivo proceso. Sólo el juez puede remover el efecto de personificación del acto solemne y despojar a la sociedad de su condición de persona jurídica.

Lo anterior es rigurosamente cierto. Sin embargo, hoy considero que la referencia a la constitución legal de la sociedad tiene importancia porque el reconocimiento que hace el Estado de la persona jurídica surgida de la forma solemne del contrato de sociedad⁵⁰ exige que el contrato tenga los elementos fundamentales establecidos en la ley, pues de lo contrario no se realiza ese tipo contractual. El legislador quiere que el contrato dé origen a una empresa o que adquiera la forma jurídica de una empresa y no sea una apariencia⁵¹. Aunque el legislador no ha tomado partido en la polémica sobre la realidad o la ficción de la persona jurídica, considero que en este punto ese debate tiene importancia práctica: lo que

⁵⁰ El artículo 71 de la ley 222 de 1995 confiere la personalidad jurídica a las Empresas Unipersonales a partir de su inscripción en el Registro Mercantil, con lo cual le atribuye al registro publicidad del Código de Comercio funciones constitutivas que originalmente no tiene, con razón, porque carece de control previo de legalidad. El artículo 42 de la ley 1258 de 2008 sobre Sociedad por Acciones Simplificadas, sigue esta orientación. El cambio en el mecanismo de personificación no invalida la argumentación expuesta.

⁵¹ PAILLUSSEAU, J. *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*. 1967.

se personifica es una realidad y no una ficción³². Me parece ingenuo y contrario a los hechos sostener hoy, frente al influjo, poder e importancia de las grandes sociedades, que son ficciones de la ley³³. Desde luego, si faltan los elementos esenciales del contrato de sociedad o están viciados, previo el proceso correspondiente, el juez debe pronunciarse y removerá el contrato y la persona jurídica³⁴.

En cuanto a los elementos específicos del contrato de sociedad, el juez, con apoyo en el segundo inciso del artículo 98 del Código de Comercio, previo el proceso correspondiente, puede remover la persona jurídica surgida del acto solemne y responsabilizar a los socios. Por esta vía pueden ser resueltos la mayor parte de los casos que la jurisprudencia norteamericana resuelve con el *disregard*: la sociedad *alter ego* del accionista único (en la realidad); comunidad e identidad total de intereses entre ambos; simulación total del contrato; insuficiencia del capital respecto del objeto social (artículo 110 ordinales 4º y 5º)³⁵; desviación de fondos corporativos para fines no previstos en el objeto social; constitución de la sociedad con el fin preponderante de burlar la ley; ambigüedad sobre si la parte contractual es la sociedad o el socio³⁶; abuso o desviación del control que ejerce la sociedad dominante sobre filiales o subsidiarias³⁷. En conclusión, el segundo inciso del artículo 98 del Código de Comercio ofrece apoyo legal suficiente para allanar la personalidad jurídica, penetrar el sustrato social o excluir la limitación de responsabilidad y exigirla del socio o socios que se escudan detrás de ella. El requisito de la reserva legal para la despersonalización de la sociedad se cumple plenamente.

4.1.3 El artículo 42 de la ley 1258 de 2008

El artículo dispone: “Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la Sociedad por Acciones Simplificadas en fraude a la ley o en perjuicio de

³² PINZÓN G. *La personificación jurídica de las sociedades*. Bogotá: Temis, 1980 pp. 27 y 28.

³³ En el mismo sentido, respecto de jurisprudencia francesa que reconoce la realidad de las personas jurídicas: LARROUMET, *Droit Civil*, T.I. París: Económica, 1984, p. 224.

³⁴ Nulidad absoluta del contrato de sociedad: artículos 104, incisos 2 y 3; 105; 106; 108 inciso 2.

³⁵ Superintendencia de Sociedades. “Resolución 03810 de 2 de julio de 1971”. En: *Revista Supersociedades*. T XXIII, número 39, p. 79.

³⁶ HARPER, op. cit., pp. 20 y 21.

³⁷ LE PERA, op. cit., pp. 147 y ss.

terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el proceso verbal sumario.

La acción indemnizatoria a la que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados y, a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.”

El texto legal suscita los siguientes comentarios: la norma se aplica a las sociedades constituidas bajo la forma simplificada de la ley 1258 únicamente, lo cual implica que a otros tipos sociales deben aplicarse las normas generales, pues la aplicación analógica de esta ley no es posible dado su carácter imperativo y sancionatorio; sin embargo, las normas generales permiten el allanamiento de la persona jurídica, según lo anterior, y deducir responsabilidad solidaria a accionistas y administradores por los daños causados, de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil; la sanción del fraude a la ley puede ser la inoponibilidad o la nulidad, según el alcance del fraude⁵⁸; dada la importancia de estos casos, la competencia debiera ser de la jurisdicción ordinaria con la plenitud de formas y recursos, lo cual permite crear jurisprudencia, y no de un funcionario administrativo; se escinde la acción de nulidad de la acción indemnizatoria, que es accesoria de aquella, y en el plano conceptual se superpone la figura del fraude a la ley, que es autónoma.

4.1.4. Desestimación de la persona jurídica mediante el uso de figuras tradicionales

Como se sabe, existen en nuestro derecho figuras de tradición romana profundamente estudiadas y de extensa aplicación que conducen, mediante sentencia judicial, a la preterición de la persona jurídica o a la exclusión del límite

⁵⁸ GHESTIN, op. cit., p. 683 y ss.

de responsabilidad: se trata de la acción pauliana, de la acción de simulación y del fraude a la ley, que no requieren de exposición alguna en este artículo.

En cuanto al abuso del derecho, Rolf Serick en una obra ya clásica, *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles: el abuso del derecho por medio de la persona jurídica*³⁹, ampliamente difundida en América latina, propone el abuso del derecho como punto de partida de la desestimación de la persona jurídica sociedad. Sin desconocer el aporte fundamental de Serick, pongo de presente el carácter excepcional del abuso del derecho, y su generalidad que lleva a vaguedades y hace difuso su contorno, lo cual puede inhabilitarlo para el preciso fin que de él se pretende⁴⁰. Además, la crítica de Planiol a la culpa como fundamento del abuso del derecho ha perdurado en el tiempo: “La culpa es un acto contrario al derecho. De ello resulta una consecuencia importante: si tengo el derecho de realizar un acto determinado no incurro en culpa realizándolo, y si tengo el derecho de abstenerme no incurro en falta por la omisión. No debo nada a nadie por el perjuicio que mi acción o mi abstención haya causado”. Planiol cita los textos de los jurisconsultos romanos y afirma que para ellos era muy claro que en ejercicio de un derecho no podía incurrirse en responsabilidad por el daño que pudiera causarse. Y añade:

Los jurisconsultos y legisladores modernos tienen, por el contrario, una tendencia a considerar que el uso de un derecho puede ser abusivo y constituir, por consiguiente, una culpa y hablan a la ligera del uso abusivo de los derechos (...). Esta nueva doctrina reposa por entero en un lenguaje insuficientemente estudiado. La fórmula ‘uso abusivo de los derechos’ es una logomaquia (discusión en que se atiende a las palabras y no al fondo del asunto), pues si yo uso mi derecho, mi acto es lícito, y cuando él es ilícito, es porque he excedido mi derecho y actuado sin derecho, con injuria, como dice la ley Aquilia. Negar el uso abusivo de los derechos no es tratar de hacer

³⁹ La obra original en alemán fue publicada en 1955. La traducción española de Puig Brutau es de Ariel, Barcelona, 1958, con el título indicado.

⁴⁰ El abuso del derecho es hoy un principio general del derecho. Artículo 8 de la ley 153 de 1887; artículos 7 y 830 del Código de Comercio; sentencia SNG de 6 de septiembre de 1935, XLII, 601; casación 21 de febrero de 1938 XLVI, 60, y DOBSON, op. cit., p. 22.

pasar por permitidos los actos perjudiciales muy variados que la jurisprudencia ha reprimido, es hacer solamente esta observación: todo acto abusivo, por cuanto es ilícito, no puede constituir el ejercicio de un derecho. El abuso del derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito. No nos dejemos engañar de las palabras: el derecho cesa donde el abuso comienza; no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la vez conforme a derecho y contrario a derecho. Lo que es verdad es que los derechos no son nunca absolutos; la mayor parte son limitados en su extensión y sometidos en su ejercicio a diversas condiciones. Cuando se salen de sus límites o no se observan las condiciones, se obra en realidad sin derecho. Puede, pues, haber abuso en la conducta de los hombres, pero no cuando ellos ejercen sus derechos sino cuando los exceden; el hombre abusa de las cosas, no abusa de los derechos⁴¹.

Dice Boris Starck que no puede adherirse a la justificación de Josserand, fundada en la distinción entre derecho objetivo y derechos subjetivos: “Nuestros diversos derechos subjetivos no existen sino en virtud de normas que previenen —expresa o tácitamente— su existencia. No puede haber derechos subjetivos sin que el derecho objetivo les suministre una base, una justificación. Es, pues, imposible evitar el dilema enunciado por Planiol: es evidente que el derecho cesa donde el abuso comienza”⁴². Ghestin y Goubeaux dicen que la argumentación de Planiol ha permanecido porque tiene una forma rigurosamente lógica⁴³.

Cuál debe ser el criterio orientador del abuso del derecho es punto que también presenta dificultades. La doctrina francesa ha expuesto tres criterios básicos y la jurisprudencia los ha utilizado según las circunstancias de hecho de cada caso. Esos criterios son: culpa —generadora de responsabilidad civil—, dolo, intención dolosa y desconocimiento de la función social del derecho ejercido. Cada criterio tiene aspectos positivos y negativos, es decir, ha recibido

⁴¹ PLONIO, Marcel; G. Ripert. *Traité Elementaire de Droit Civil*. Sixieme édition L.G. D.J. 1912 T II, p. 280, 281, 282.

⁴² STARK, Boris; ROLAND, Henri; BOYER, Laurent. *Obligations, Responsabilité delictuelle, quatrieme édition*. Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1991, T I, p. 185.

⁴³ GHESTIN, Jacques. GOUBEAUX, Gilles. *Traité de Droit Civil*, 2e. édition, LGDJ, Paris, 1982 T I, p. 615.

críticas fundadas. Sin embargo, parece prevalecer “la doctrina que aplica al abuso del derecho el método de la responsabilidad civil”⁴⁴.

En Colombia parece ser el criterio dominante, incorporado en el artículo 830 del Código de comercio. En sentencia de casación de 19 de octubre de 1994 se aplica la doctrina del abuso del derecho a una situación contractual. En Francia, cuna de la doctrina, hay pocos estudios sobre la aplicación de la doctrina del abuso a situaciones contractuales. Rengifo destaca la autonomía del abuso del derecho respecto de la responsabilidad civil, lo cual equivale a reiterar su carácter de principio general de derecho, su generalidad⁴⁵. Pero la sanción del abuso es la indemnización del daño que produzca.

El punto crucial consiste en saber si la doctrina del abuso del derecho es apta para remover la persona jurídica o excluir limitaciones de responsabilidad, porque de antemano ha de elegirse el criterio orientador del abuso, además de resolver el problema procesal de quién debe demandarse: si a la sociedad, o al socio o socios.

Todas estas incertidumbres hacen preferible pedir el allanamiento de la persona jurídica o la exclusión del límite de responsabilidad con fundamento en vicio o falta de los elementos específicos del contrato de sociedad. El abuso del derecho debe utilizarse en casos excepcionales. Lo mismo ocurre con la acción pauliana y de simulación: deben utilizarse cuando concurren sus elementos, como es obvio.

4.1.4.1. *El artículo 43 de la ley 1258 de 2008*

El artículo es del siguiente tenor:

Abuso del derecho. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el

⁴⁴ Consultar a GHESTIN, J. y GOUBEAUX, G. *Traité de Droit Civil*. 2e édition, LGDJ, Paris, 1982 T I p. 612 y ss.

⁴⁵ RENGIFO, Ernesto. *Del Abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 64. En contra de que el abuso del derecho sea un principio general “porque comprometería la certeza del derecho objetivo y haría inseguro el ejercicio del derecho subjetivo”, MESSINEO, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p.18, tomo II.

propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada por la ilicitud del objeto.

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario.

La norma transcrita se refiere a las Sociedades por Acciones Simplificadas; los demás tipos sociales se rigen por las normas generales. Las situaciones de abuso de voto en dichas sociedades se sustraen de la acción de inoponibilidad prevista en el artículo 190 del Código de Comercio, pues prevalece la norma especial. El artículo transcrito confiere facultad a la Superintendencia para declarar la nulidad por ilicitud del objeto del acto colectivo; se trata de sanciones distintas: la sanción del abuso es la indemnización, no la nulidad⁴⁶, pues al anular el acto con efectos retroactivos el perjuicio desaparece.

5.2. El artículo 44 de la ley 190 de 1995

El artículo 44 de la ley 190 de 1995 dispuso: “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta.”

Mediante la ley 190 de 1995 se dictaron normas laborales, administrativas, penales y financieras con el propósito de combatir la corrupción administrativa. El artículo autoriza la exclusión de la personalidad jurídica de una sociedad cuando, a través de ella, se soslayan los conflictos de interés y las incompatibilidades que afectarían a los socios personas naturales, o cuando

⁴⁶ GHESTIN, op. cit., p. 659.

la sociedad fuere titular nominal de bienes producto de ilícitos. El artículo de ninguna manera tiene el alcance de autorizar en forma general la despersonalización de sociedades ni ese fue su propósito. No puede, pues, interpretarse con otro alcance o sentido.

5. La utilización del *disregard* en Colombia

La figura del *disregard* ha tenido poca aplicación en Colombia.

5.1. Las sentencias SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003 de la Corte Constitucional

Las sentencias mencionadas en el título fueron objeto de cuidadoso análisis por parte de Fernando Silva García en la ponencia que presentó en el Congreso internacional sobre la despersonalización de sociedades realizado en la universidad Javeriana en julio de 2004⁴⁷.

Comparto las críticas hechas por Silva García, que no es del caso reproducir en su totalidad aquí. En brevísimos resúmenes, son las siguientes: en la primera de las sentencias mencionadas —caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA—, con fundamento en el artículo 148 de la ley 222 de 1995 (hoy derogado por el artículo 117 de la ley 1116 de 2006)⁴⁸ la Corte Constitucional consideró que dicho artículo establecía una presunción según la cual si las actuaciones de la sociedad dominante producían un efecto patrimonial adverso en la dominada, aquella era responsable, salvo que desvirtuara la presunción. En el caso la Corte Constitucional presumió transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, persona jurídica administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Sobre esta decisión de la Corte Constitucional afirma Silva García:

⁴⁷ SILVA GARCÍA, Fernando. *Personificación jurídica, separación patrimonial y ejercicio de la actividad financiera*, En: VVAA. La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad. Bogotá: Ceja, 2005, p. 261.

⁴⁸ El texto derogado fue reproducido con retoques en el artículo 61 de la ley 1116 de 2006. La acción para exigir la responsabilidad subsidiaria presunta de la controlante por la insolvencia o liquidación judicial de su subordinada, se tramita ante el juez del concurso, en proceso abreviado. La acción caduca en 4 años.

En nuestro parecer la sentencia de tutela SU-1023 de 2001 incurre en una contradicción insalvable, puesto que al tiempo que proclama la vigencia de la presunción de inocencia respecto de la matriz al reconocer que la presunción del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 no es una presunción de culpabilidad de la matriz, sino que la eventual responsabilidad de ésta tiene que ser resuelta en el marco de un proceso que se ha de ventilar ante la justicia ordinaria. Sostiene, también, que para la protección de los derechos fundamentales de los jubilados ha de declararse transitoriamente responsable a la matriz, es decir, sin que haya habido proceso, sin que se haya decidido sobre la responsabilidad que se debe establecer en el proceso ordinario, sin que la matriz haya tenido ocasión de ser oída y vencida en juicio, se la declara culpable transitoriamente. Es decir que para proteger transitoriamente un derecho al que se le da rango de fundamental —el de la seguridad social—, por su conexión con otros derechos fundamentales —a la vida y a la salud— se desconoce el derecho fundamental al debido proceso. En este caso no se trata de darle más peso a un derecho fundamental que a otro, sino que se desconoce un derecho fundamental para proteger otro u otros.⁴⁹

En la sentencia de tutela SU-636 de 2003 (Fabricato SA, Coltejer S.A. y Cementos El Cairo SA, responsabilidad por obligaciones de Industrial Hullera SA, en liquidación), la Corte Constitucional reitera la doctrina expuesta en la sentencia SU-1023 de 2001 sobre responsabilidad transitoria de las sociedades controlantes por pasivos pensionales de la controlada. Afirma Silva García:

A las sociedades que fueron calificadas como matrices de Industrial Hullera S.A. se les imponen obligaciones de resultado que son por completo ajenas a la figura del descorrimiento del velo corporativo y que no están previstas en la normatividad que sirve de sustento al fallo, por cuanto para declarar la responsabilidad de las sociedades calificadas como matrices se utiliza el argumento de que concernía a éstas prevenir o impedir que la empresa

⁴⁹ Op. cit., p. 281 y 282.

controlada hubiera devenido inviable, sin que para ello sea relevante que en la inviabilidad hubieran pesado de manera significativa factores como los costos laborales excesivamente altos o los estragos de largas huelgas...⁵⁰

A lo anterior solo cabe añadir que los artículos 148 y 207 de la ley 222 de 1995 —derogados— no admitían la aplicación analógica ni extensiva dado su carácter represivo, como tampoco la admite su reproducción en textos vigentes⁵¹.

6. Conclusiones

- La personalidad jurídica se superpone al contrato de sociedad en un momento de la evolución histórica.
- La personalidad jurídica (autonomía patrimonial plena) surge de los hechos y es reconocida por el derecho.
- La jurisprudencia colombiana acogió la teoría orgánica de las sociedades y su realidad.
- El artículo 98 del Código de Comercio reconoce que las sociedades son personas jurídicas una vez constituidas legalmente, lo cual implica que si el contrato de sociedad no reúne los elementos esenciales que le son propios, el juez puede excluir la personalidad o su efecto —la autonomía patrimonial—, y responsabilizar a los socios. Si no hay un sustrato real la sociedad no se personifica. Los jueces tienen instrumentos legales adecuados para excluir la persona jurídica, cuando no existe sustrato real como en caso de abuso. La judicatura debe elaborar una doctrina al respecto y aplicarla sin timidez. Las autorizaciones conferidas a funcionarios administrativos para tramitar acciones de indemnización de perjuicios que provengan del abuso de la personalidad jurídica, son excepcionales y rigurosamente limitadas. No se requiere una ley que introduzca el *disregard*, en el sentido de convertir en ley la casuística norteamericana. Las normas legales que han consagrado

⁵⁰ *Ibid.*, p. 287 y 288.

⁵¹ El artículo 82 de la ley 1116 de 2006 reprodujo, con adiciones, el artículo 207 de la ley 222 de 1995. El artículo 82 hace civilmente responsables a socios, administradores y empleados por el pago del pasivo externo insoluto, cuando la prenda general de los acreedores haya sido afectada por su conducta culposa o dolosa.

aspectos parciales del *disregard*, como los artículos 61 y 82 de la ley 1116 de 2006, no implican que los jueces no puedan excluir la personalidad jurídica en situaciones diferentes, con la amplitud que cada caso requiera y con los efectos ya indicados, pues las normas generales lo permiten.

- El artículo 42 de la ley 1258 de 2008 autoriza al Superintendente de sociedades para declarar la nulidad de actos defraudatarios realizados por la Sociedad por Acciones Simplificadas en perjuicio de terceros y para conocer, a prevención con los jueces civiles del circuito, las acciones de indemnización del daño que dichos actos produzcan. Llama la atención que el Superintendente no haya sido facultado para retirar la personería jurídica de las sociedades que realicen tales actos, que es el *disregard* en su forma más rigurosa. La norma, por su especialidad, no permite una interpretación extensiva y puede conducir, en la práctica, a una mezcla de las facultades judiciales excepcionales del Superintendente con sus facultades administrativas, lo cual constituiría error muy grave.
- El artículo 43 de la ley 1258 de 2008 autoriza al Superintendente de sociedades para conocer de las acciones de nulidad absoluta de actos constitutivos de abuso del derecho de voto en asambleas de Sociedades por Acciones Simplificadas y de indemnización de los perjuicios causados, en este caso con exclusividad y no a prevención con los jueces de circuito. La norma en este específico caso autoriza la sanción de nulidad en lugar de la de inoponibilidad, establecida en el artículo 190 del Código de Comercio.

El levantamiento del velo corporativo en Colombia

Jaime Alberto Arrubla Paucar*

1. Introducción

En la Europa medieval los comerciantes italianos y sus prácticas comerciales hicieron grandes aportes a la historia de las instituciones jurídicas, con la utilización de las formas societarias *commenda*, *compagnia*, *societas*. La evolución de estas instituciones implicó pasar posteriormente a la idea de la separación patrimonial, y de acreencias entre los socios y la sociedad misma, dando un espacio significativo a la idea figurativa de lo que será en adelante la personalidad jurídica. Conforme a la prédica de Savigny, el Estado concede a ciertos entes ficticios la personalidad jurídica por conveniencia, necesidad o interés de la sociedad.

Su mayor perfeccionamiento se alcanza con la idea de la responsabilidad limitada de los socios o accionistas frente a las operaciones que realice la sociedad, concebida como ente jurídico y persona ficticia. Las formas anónima y limitada son las mejores exponentes de esa limitación patrimonial.

El auge industrial a partir del siglo IX trae aparejada la proliferación del uso del esquema societario de la sociedad anónima, que se fundamenta en la responsabilidad limitada de sus accionistas. Comienzan a observarse malas prácticas de los comerciantes en la actividad mercantil, quienes utilizan indebidamente la personalidad societaria para irresponsabilizarse frente a terceros o en general hacer fraude a la ley.

Como lo advierte el jurista español Vicent Chulia, la institución de la personalidad jurídica ha contribuido considerablemente a la expansión del capitalismo, pero los abusos cometidos mediante su utilización para propósitos ilícitos han producido indignación. Esto ha generado un esfuerzo de la jurisprudencia, de la doctrina y de la legislación para combatir estos abusos.

* Abogado de la Pontificia Universidad Bolivariana. Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Fue Secretario Jurídico de la Presidencia de la República. Ha sido profesor de las universidades del Rosario, Andes, Externado y Sergio Arboleda. Es miembro del Colegio de Abogados de Medellín y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Se trata de edificar una teoría jurídica que permita penetrar el dique que mantiene separada la responsabilidad de la sociedad de la responsabilidad de los asociados, cuando estos últimos han abusado de la responsabilidad limitada para actuar en beneficio propio y en perjuicio a terceros; se hace con el propósito de que respondan por las deudas sociales como si fueran propias.

Los países bajo el sistema de *common law*, precisamente por la flexibilidad del mismo, son los primeros en desarrollar una teoría para poner remedio a los abusos que se cometían bajo el amparo de la personalidad jurídica¹. Se inicia de esta manera con la doctrina conocida como *Disregard of legal entity* (desentenderse de la entidad legal) o *Lifting of piercing the corporate veil* (levantar o correr el velo corporativo), en épocas de la gran guerra para determinar la nacionalidad de las sociedades.

En otros países del continente europeo y latinoamericano de tradición románica, la situación no ha sido tan fácil. Se han abierto dos grandes posiciones doctrinales: la una a favor de establecer una teoría con base en el abuso de la personalidad jurídica o el abuso de la responsabilidad limitada, para ser más precisos, y la otra, en la que el sistema tiene otras instituciones tradicionales que hacen inútil la formulación de la teoría.

Una hipótesis demostrativa y el planteamiento del problema de este trabajo consiste precisamente en establecer si la construcción de una teoría de esta raigambre tiene espacio en el régimen jurídico colombiano, es decir, el fenómeno jurídico que en el derecho comparado se conoce como “el abuso de la personalidad jurídica”, “abuso de la responsabilidad limitada”, “desmantelamiento del velo corporativo”², “derecho de penetración societaria”, “desestimación de la personalidad”, o simplemente “el *disregard*” y de ser positiva, dar una respuesta que muestre cuáles serían sus bases para sustentar la teoría con fundamento en el derecho comparado y en sistema jurídico colombiano.

¹ DOBSON, Juan. *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 2.

² El *Blak's Law Dictionary* define en el derecho anglosajón al ‘velo corporativo’ como: “La asunción por la ley de que los actos de la corporación no son de los accionistas, de suerte que los últimos están exentos de responsabilidad por lo que haga la corporación”.

2. Función económica

La teoría surge como un remedio a la insolvencia de la sociedad para los acreedores de la misma, cuando los socios han abusado de la responsabilidad limitada.

Ha sido la práctica jurisprudencial en los Estados Unidos y en Europa la que ha dado espacio a la aplicación de la teoría para salvar escollos concretos en la vida empresarial.

La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica se formula a partir de la idea de fraude o engaño. Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de una manera abusiva, el juez puede desestimarla para que no prospere el resultado contrario a derecho que se persigue, por lo cual se ha de quebrar el efecto que buscan los socios: separar sus patrimonios del de la persona jurídica, en el caso de sociedades o del patrimonio de afectación, en el caso de empresas unipersonales o patrimonios autónomos en actividades fiduciarias.

Superada hoy la discusión acerca de si la personificación jurídica es una ficción, una realidad o una institución, lo cierto es que el mismo concepto de personalidad jurídica ha entrado en crisis y requiere de una reformulación⁵. El Estado reconoce la personalidad a ciertas entidades para satisfacer necesidades de la vida social y económica, y para lograr finalidades lícitas que sirven al engrandecimiento de la sociedad humana. Si esos fines lícitos, que justifican otorgamiento de la personalidad a entes distintos al ser humano, son desviados y puestos al servicio de la mala fe o para perjudicar a terceros, el Estado debe sancionar esa situación.

Este abuso tiene lugar cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar.

Acuña la doctrina algunas situaciones que se podrían considerar como constitutivas de abuso de la personalidad jurídica. Así, entre otras, se constituiría un abuso cuando:

⁵ BORDA, Guillermo. *El abuso de la persona jurídica en el contrato de sociedad*. En: Contratación contemporánea. Bogotá: Temis, 2001, p. 268.

- La sociedad es utilizada para adelantar actividades que le están prohibidas a una persona natural.
- Se utiliza la sociedad para eludir el régimen de inhabilidades o incompatibilidades que establece la ley de contratación con las entidades estatales.
- La sociedad se utiliza para llevar a término acto en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.
- Se emplea para confundir el patrimonio de los socios con el de la sociedad para distraer el mismo frente a terceros.
- Se constituyen sociedades a través de testaferros.
- Se constituyen sociedades con el propósito de evadir el pago de impuestos.
- Se pretende distraer bienes del régimen de la sociedad conyugal o de la sociedad marital de hecho.
- Se pretende sustraer bienes de la masa herencial para perjudicar a algún heredero.
- Se pretende eludir el cumplimiento de un contrato.
- Se encubren las actividades de la persona individual con el disfraz de la sociedad limitada.

En todos estos casos, a lo mejor repetitivos pues el sentido general de algunos comprendería los demás, se desvía de la finalidad económica que debe tener el ente jurídico; la justificación de la personalidad se torna sórdida, se presenta una negación a la justificación que le dio origen a su creación. La personalidad como resultado no puede ser sino la consecuencia del cumplimiento de unos propósitos lícitos que son fijados por el mismo sistema jurídico y si ello no es así, no existe razón alguna que justifique mantenerla.

Las personas jurídicas cumplen una encomiable función en la vida económica de los pueblos, con ellas se consiguen fines valiosos como circular y crear riqueza, precautelar patrimonios, salvaguardar la institución familiar, desarrollar y capitalizar empresas de toda índole, destinar bienes a fines sociales, aunar esfuerzos de muchas personas para lograr objetivos lícitos comunes, etc.

Sin embargo, como toda institución jurídica la persona jurídica es susceptible de una mala utilización, con propósitos torcidos como los antes señalados,

que autorizan, por ende, la intervención del juez para establecer correctivos de muy diversa índole en los cuales irrumpe la institución del levantamiento del velo corporativo. Así, si el Estado le otorga el beneficio de la personalidad, también el Estado a través de sus jueces puede retirarla cuando se ha utilizado con propósitos equivocados.

3. Concepto y ámbito de aplicación de la institución

Con la teoría del desmantelamiento del velo corporativo que se ha venido incorporando en el derecho privado universal, se trata de buscar la manera de responsabilizar a los asociados o agrupados en un ente ficticio que goza de personalidad jurídica, a fin de que no puedan escudarse en la mampara de la personalidad, para irresponsabilizarse.

En términos generales, se puede decir que cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad torcida o fraudulenta, los jueces podrán, entonces, hacer caso omiso de la misma o de algunos de sus efectos propios, como la separación patrimonial que se busca entre la persona jurídica y sus socios⁴.

La desestimación de la personalidad jurídica es un remedio “mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o de asociación con que se haya revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular”⁵.

La institución se extiende a todos aquellos entes a los cuales la ley les concede el beneficio de la personalidad jurídica como fundaciones, corporaciones, cooperativas, sociedades comerciales, civiles y las empresas unipersonales, también conocidas como la sociedad de un sólo socio.

Con respecto a las empresas unipersonales o sociedad de un solo socio, algunos piensan que no habría lugar a la aplicación de la teoría de “corrimiento del velo”⁶. Sin embargo, la ley le ha dado el beneficio de la personalidad jurídica a esta afectación del patrimonio de la misma persona; correr el velo significaría,

⁴ DE ÁNGEL, Ricardo. *La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1997, p. 44.

⁵ DOBSON, op. cit., p. 11.

⁶ BORDA, op. cit., p. 273.

precisamente, que no logre ese beneficio de la separación patrimonial cuando ha habido fraude a la ley o a terceros.

4. La formulación de la teoría en el derecho comparado

La doctrina del desmantelamiento del velo corporativo no surgió en ningún país como resultado de la elaboración individual de algún jurista. Sus orígenes se encuentran en la praxis de los tribunales, que comenzaron a buscar soluciones en equidad sin mayor preocupación por el fundamento dogmático.

En la jurisprudencia norteamericana se presentaron casos que seguramente motivaron la obra del profesor Maurice Wormser, llamada *Piercing the veil of corporate entity*, de 1912, en donde, por primera vez, surge la frase “penetrar el velo”⁷.

Posteriormente, el estudio del profesor alemán Rolf Serick en su obra *Rechtstform und realität jurisdichten personen*, publicada en 1955 y traducida tres años después por el profesor Puig Brutau con el nombre de *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*, constituyó un elemento impulsor de la teoría en Europa continental.

A partir de allí no es extraña la formulación y el acogimiento de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho comparado, como pasará ha exponer ligeramente.

4.1. Derecho estadounidense

El derecho norteamericano desarrolla la teoría a partir del principio de equidad (*equity*), como una institución muy particular de este derecho y de los demás países bajo el sistema del *Common Law*. La doctrina del levantamiento del velo corporativo es un capítulo del derecho de *equidad*, expresado en el lenguaje vago que la caracteriza⁸.

Con la flexibilidad del sistema *Common Law*, el criterio de equidad se presta perfectamente como principio que sustenta la teoría. Esto no sería lo mismo para el sistema jurídico continental, en el que aparecería el criterio de

⁷ DOBSON, *Ibíd.*, p. 18.

⁸ *Ibíd.*, p. 6.

equidad como gaseoso y demasiado vago para soportar la aplicación del abuso de la personalidad jurídica.

También el sistema norteamericano encuentra espacio para la teoría gracias a su concepción sobre la sociedad anónima (*corporation*), toda vez que se sostiene que si el Estado tiene la atribución de conceder la personalidad en forma ficta a los entes societarios, también debe tener la competencia para retirarla cuando ello sea necesario.

Un clásico fallo del derecho norteamericano acoge el anterior razonamiento en los siguientes términos⁹:

Si es que puede ser establecida alguna regla general en el estado actual de la jurisprudencia, es que una sociedad anónima (*corporation*) será considerada como persona jurídica como regla general y hasta que aparezcan razones que requieran lo contrario. Pero cuando la noción de persona jurídica sea utilizada para atacar los intereses generales, justificar un daño, proteger un fraude o defender la comisión de un delito, la ley considerará a la sociedad anónima (*corporation*) como una asociación de personas (sin responsabilidad limitada)¹⁰.

En el derecho angloamericano se le conoce con la designación *disregard of legal entity*, pero con una alusión muy propia hacia las sociedades anónimas (*corporation*) que son las que poseen *legal entity*, es decir, son sujetos de derecho a diferencia de las *partnerships*, que se les considera como simples agregados de personas, sin estar dotadas de personalidad jurídica o entidad legal.

También los tribunales norteamericanos han responsabilizado a los socios por la infracapitalización de las sociedades, como sucedió en California, cuando la Corte Suprema del Estado, en el caso *Milton versus Caveney*, condenó al socio a pagar obligaciones sociales por ser insuficiente el capital de la sociedad¹¹.

⁹ Juez Sanborn, *US versus Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, 142 F. 2d. 247, 255 Wis. 1905.

¹⁰ DOBSON, op. cit., p. 9.

¹¹ BORDA, op. cit., p. 274.

4.2. Derecho alemán

En el derecho alemán, como se mencionó anteriormente, aparece la obra del profesor Rolf Serick: *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles: el abuso del derecho por medio de la persona jurídica*¹². En esta obra, el profesor de la Universidad de Heidelberg efectúa el fundamento teórico de la institución para el derecho alemán y determina los principios que en dicho sistema regirían el instituto.

El profesor alemán crítica los intentos de fundamentar la teoría en el principio de la buena fe o en la equidad por considerarlos supremamente gaseosos y, por ello, en lugar de fundamentarla, se desnaturalizaría. Propone una dogmática más seria, construida con base en el abuso del derecho.

4.3. Derecho francés

En Francia la teoría aparece en el campo concursal, para resolver problemas concretos que allí se presentaban, sin la pretensión de formular de manera sistemática una teoría jurídica.

Es precursor el fallo *Mary Raynaud*¹⁵ que dictó la Corte de Casación francesa en 1908, que extendió la quiebra a la sociedad que controlaba otra insolvente. Este precedente modificó los principios tradicionales sobre personalidad jurídica y separación de patrimonios con los socios. El antecedente se repitió en varios casos sucesivos. La repetición de casos judiciales en los cuales se desestima la personalidad jurídica, llevó a su estudio y organización en institutos como el fraude y la subordinación de créditos.

Posteriores desarrollos de la teoría en Francia, la han colocado en el campo de la responsabilidad cuasidelictual. La jurisprudencia francesa más relevante sobre el tema se fundamenta en el artículo 1382 del Código Civil, es decir, en la responsabilidad aquiliana. Se aplica por tanto la responsabilidad extracontractual por los hechos ilícitos¹⁴.

¹² Traducida por José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1958.

¹³ DOBSON, op. cit., p. 18.

¹⁴ *Ibid.*, p. 29.

4.4. Doctrina española

La doctrina en España se presenta partidaria del acogimiento de la teoría del desmantelamiento del velo corporativo. Si la personalidad jurídica se utiliza con una finalidad fraudulenta y de forma desajustada respecto a lo que constituye la justificación de dicha figura, es absolutamente válido penetrar en el interior de la misma y así examinar sus intereses reales¹⁵.

4.5 Derecho argentino

Son prolijos los escritos doctrinales y jurisprudenciales en el tratamiento del tema. Sobre el particular un importante autor¹⁶ señala: “Es posible llegar a la desestimación de la personalidad jurídica en los siguientes supuestos: a) en el caso de que la responsabilidad limitada lesione la equidad; b) cuando la desestimación sea necesaria para impedir una injusticia en relación con todos los accionistas o hacia el único accionista, y c) en situaciones en que el ‘disgregar’ aparece justificado por la justicia sustancial o la buena fe”¹⁷.

5. La diferencia con figuras afines

Existen en el derecho colombiano, y en general en todos los ordenamientos de tradición románica, toda una serie de instituciones cuya aplicación puede producir la desestimación de la personalidad jurídica. En tales casos no es necesario traer una teoría adicional, pues la previsión legal de las consecuencias de la aplicación de tales institutos llevan al apartamiento del velo corporativo. Tales instituciones, entre otras, son las siguientes:

- La simulación absoluta y relativa.
- La responsabilidad por el hecho ilícito.
- La acción pauliana o fraude pauliano.
- Las acciones revocatorias en los procesos concursales.
- La acción civil que surge del delito.
- La solidaridad pasiva.

¹⁵ DE ÁNGEL, op. cit.

¹⁶ DOBSON, op. cit., p. 9.

¹⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Rosario, Sala 3ª, 21/6/82, en Zeus, t. 28, p. J-202.

La diferencia entre lo que en el derecho comparado se ha concebido como el desmantelamiento del velo corporativo en sentido amplio y algunas de las figuras anteriores es, precisamente, que muchas de éstas implican la desaparición del acto abusivo, es decir la nulidad de acto contractual, borrándolo o suprimiéndolo del mundo fáctico, mientras en la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica no es necesaria dicha desaparición; simplemente se hace caso omiso de la misma para buscar directamente la responsabilidad en los que la utilizaron fraudulentamente.

En este orden de ideas, no puede ser de recibo la opinión de la Superintendencia de Sociedades de Colombia¹⁸, cuando a la pregunta ¿cuál sería la forma en que se podría instrumentar el levantamiento del velo corporativo en la lucha contra el lavado de activos?, responde: “(...) Expuesto lo anterior, desde el punto de vista del Derecho Civil, estima este organismo que los mecanismos mediante los cuales se concreta la figura del allanamiento de la personalidad son: a) La acción de simulación, b) La nulidad absoluta de la sociedad (objeto o causa de ilícitos)”.

Si lo que se quiere con la figura es suprimir el acto abusivo, la respuesta es aceptable. La simulación y la nulidad son figuras clásicas en Derecho Civil, con las cuales se persiguen efectos drásticos, como es el borrar del mundo fáctico el contrato societario abusivo, consecuencia que no es siempre la perseguida con el planteamiento del desmantelamiento del velo corporativo, puesto que su finalidad es la de vincular a quienes usaron la persona jurídica para irresponsabilizarse, prescindiendo del ataque al acto abusivo.

Podríamos concluir este punto afirmando que el derecho colombiano trae una serie de instituciones que en un determinado momento podrían ser suficientes para lograr algunos de los efectos que se buscan con la desestimación de la personalidad jurídica; de todos modos, para casos que no están expresamente contemplados o con los cuales se quiera simplemente apartar el velo y buscar reparación sin destruir previamente el acto abusivo, se cuenta con la teoría del abuso del derecho que, en principio, puede cimentar su especie conocida como el abuso de la personalidad jurídica.

¹⁸ Superintendencia de Sociedades, oficio 220-12950, 27 de marzo de 1998.

Habr , por tanto, situaciones en donde sea imperioso decretar una simulaci3n y su efecto inmediato será desestimar la persona jurídica; pero también habrá otros en donde lo único que se persiga sea responsabilizar al socio y all , más que desestimar la personalidad jurídica, lo que se estaría en realidad haciendo será desechar la limitaci3n de responsabilidad. Para algunos¹⁹, esto no entraña ninguna novedad en el derecho, sino una vetusta tradici3n que en nada afecta a la personalidad de la sociedad²⁰.

6. La situaci3n en Colombia

En Colombia la teoría del abuso de la personalidad jurídica tiene reconocimiento legislativo en varias normas especiales relativas a la contrataci3n con las entidades estatales, a las empresas de servicios públicos domiciliarios, a las empresas unipersonales, etc. Lo interesante es la construcci3n de una teoría adecuada para poder hacer extensiva una doctrina cuya consagraci3n sancionatoria será aparentemente restrictiva en su aplicaci3n, para que pueda llevarse a los diferentes esquemas societarios y otros tipos de contratos de colaboraci3n empresarial.

6.1. Ley 142 de 1994

El artículo 37 de la ley 142 de 1994 —relativa a los servicios públicos domiciliarios— consagra la desestimaci3n de la personalidad interpuesta:

Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulaci3n, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quienes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario

¹⁹ DOBSON, op. cit., p. 14.

²⁰ Dobson cita casos de legislaciones contemporáneas en donde se establecen solidaridades sin tener que entrar a la destrucci3n de la personalidad jurídica, como es el caso de la extensi3n de la quiebra en la ley argentina 19551, artículo 165. Op. cit., p. 14.

real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios y no para hacer fraude a la ley.

La consagración de la anterior figura en la ley de servicios públicos domiciliarios tiene gran importancia para efectos de salvaguardar las restricciones a la contratación y evitar que, bajo la mampara de la personalidad jurídica, se vea burlado el régimen de incompatibilidades e inhabilidades en el ámbito de su regulación.

6.2. Ley 190 de 1995

También la ley 190 de 1995, mediante la cual se dictan normas laborales, administrativas, penales y financieras para erradicar la corrupción administrativa, señala en el artículo 44: “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

La norma tiene como finalidad evitar que bajo el amparo de la separación patrimonial que se presenta con la constitución de una sociedad —en la cual se limita la responsabilidad de los socios (anónima, responsabilidad limitada, o la comandita por acciones respecto a los comanditarios)— se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios individualmente considerados como advierte la ley comercial, sino que se levantará el velo corporativo (*lifting the corporate veil*) y se descubrirá el beneficio oculto.

6.3. Ley 80 de 1993

En la legislación colombiana se acepta el allanamiento de la personalidad jurídica en el ámbito de la contratación estatal, para evitar que se burle el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8° ordinal 1° literal i) de la ley 80 de 1993.

6.4. Ley 222 de 1995

La ley 222 de 1995 al consagrar la regulación de la empresa unipersonal, advirtió lo siguiente en el parágrafo del artículo 71: “Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por posperjuicios causados”.

El proyecto de ley elaborado inicialmente por la Superintendencia de Sociedades, fue objeto de discusión por varios académicos invitados para tal efecto; éste era mucho más extenso y exhaustivo en materia de sociedades que el que a la postre salió como ley 222. Dicho proyecto consagraba en la parte general la posibilidad de correr el manto corporativo para todo tipo de sociedades. Ese texto que se presentó inicialmente al congreso fue objeto de considerables recortes que al final excluyeron la posibilidad de acoger la teoría del abuso de la personalidad jurídica en términos de teoría general, y dejó la institución únicamente para el evento mencionado en la empresa unipersonal y en los términos del artículo 207²¹ de la misma ley en el lance de la liquidación.

7. La aplicación de la teoría del *disregard* a las sociedades en general y otros entes con personalidad jurídica en el derecho colombiano

Se ha discutido si es posible aplicar la teoría del abuso de la personalidad jurídica con sus consecuencias inmediatas de correr el manto corporativo, o lo que es lo mismo, desconocer la personalidad jurídica para responsabilizar a los socios en cualquier tipo de sociedad que fraudulentamente la haya utilizado para defraudar a terceros en sus acreencias contra aquella, a pesar de no haber sido incorporada la teoría en la parte general de las sociedades como inicialmente lo hacía el proyecto que precedió a la ley 222 de 1995.

²¹ Señala esta disposición: “Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario. La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario”.

Dos respuestas diferentes se han observado en el panorama nacional al respecto: (i) aquella que cierra las puertas a la aplicación de la teoría y advierte la existencia de un vacío que no puede llenarse analógicamente por ser ésta materia de carácter sancionatorio, por ende de aplicación restrictiva y excluyente de la vía analógica; (ii) la otra que permite la aplicación de la teoría fundamentada en el abuso del derecho.

Los siguientes argumentos inclinan la balanza a favor del segundo criterio en pro de la aplicación de la teoría en Colombia.

7.1. No existe un vacío sobre el tema

La teoría del abuso de la personalidad jurídica está cimentada en un principio general del derecho. El criterio inspirador de esta institución en las diferentes materias que la regulan en el derecho colombiano, tiene como fuente inspiradora en su rol creativo el principio de no abuso del derecho.

En el derecho colombiano no hay necesidad de fundamentar la teoría del abuso de la personalidad jurídica en la equidad al estilo de la jurisprudencia norteamericana, importación que, por demás, dejaría su fundamento bastante gaseoso.

El abuso del derecho está plenamente consagrado en la teoría general de los contratos y las obligaciones mercantiles, cuando el artículo 830 del Código de Comercio advierte: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Se abusaría del derecho cuando su utilización sea contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta para reconocerlo o permitir su ejercicio, o cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres²².

De conformidad con la norma, el efecto inmediato del abuso del derecho daría lugar a la reparación de perjuicios para el perjudicado con el acto.

²² Dobson además agrega que cuando se exceden los límites impuestos por la moral también se abusa del derecho. Op. cit., p. 28.

No soy partidario de incluir la moral en ese postulado, pues significaría trasladarnos al campo de una problemática muy diferente: todas aquellas en que incursionan la moral y el derecho. Es preferible limitarnos al campo de la buena fe o de las buenas costumbres que conllevar una idea de moral; son conceptos más delimitados.

7.2. El principio general del abuso del derecho se aplica al contrato de sociedad

El principio general del abuso del derecho consagrado en la legislación mercantil se aplica a todos los contratos, incluyendo al de sociedad. La sociedad es un contrato y, por ende, los principios que se establecen para la contratación mercantil le son aplicables. Pero además de consagrarse un principio general, se está advirtiendo una fuente de resarcimiento del perjuicio ocasionado con el acto abusivo.

Los criterios para que se considere abusivo el ejercicio de un derecho son tan variables como concepciones tiene la teoría, pero en términos generales y en posiciones más contemporáneas, para entender el abuso puede afirmarse que éste se presenta cuando se desvía la finalidad que se persigue con la norma. La persona jurídica no está establecida para amparar conductas abusivas de los asociados o perjudicar a terceros.

En otros países se aplica el abuso del derecho con un criterio de subsidiariedad. No creo que ello tenga que ser un principio absoluto en el sistema jurídico colombiano.

Al acoger el principio general del abuso del derecho como fundamento de la teoría del abuso de la personalidad jurídica, estamos estableciendo unas reglas propias que le dan un carácter autónomo y que hace innecesario acudir a otros criterios como fundamento como sucede en otros países —Francia por ejemplo—, en donde la apoyan en la responsabilidad aquiliana.

7.3. El desmantelamiento del velo corporativo es una aplicación del abuso del derecho

La teoría del abuso de la personalidad jurídica y su consecuencia inmediata que es el desmantelamiento del velo corporativo, no son otra cosa que una aplicación del abuso del derecho que se concreta en una de sus especies: la utilización indebida de la personalidad jurídica.

En este orden, el abuso de derecho consagrado en el artículo 830 del Código de Comercio es pilar suficiente para soportar la teoría del abuso de la personalidad jurídica en el derecho societario colombiano.

7.4. Indemnización del perjuicio causado con el abuso de la personalidad jurídica

Con la aplicación de la teoría se pretende de forma exclusiva responsabilizar a los socios con las deudas de la sociedad cuando aquella no está en posibilidad de cubrirlas. Esa es precisamente la manera de indemnizar el perjuicio causado a terceros con el abuso de la personalidad jurídica.

El ejercicio abusivo de un derecho trae la consecuencia inmediata de responsabilizar a quien lo ha realizado frente al perjudicado y ello no es otra cosa distinta que el deber de indemnizarlo.

En otros sistemas incluso se plantea la posibilidad de enervar los efectos del acto abusivo. No veo tan clara esa posibilidad en el sistema colombiano por la forma en que quedó consagrada la teoría del abuso en el contexto general de las obligaciones y contratos mercantiles.

No es idónea la aplicación de la teoría para anular o destruir la sociedad como negocio jurídico o el acto que se considera abusivo. La sociedad puede continuar con su existencia y sus operaciones; ello no incumbe a la aplicación de la teoría, que simplemente busca, para el caso, correr el velo de la personalidad jurídica para que terceros puedan llegar hasta los socios sin que nada se interponga entre ellos.

Ahora, es perfectamente posible relacionar el acto abusivo con la ilicitud, en la medida en que todo acto abusivo es un acto ilícito, por lo menos desde el punto de vista civil, y podría eventualmente configurar un ilícito de otro orden o de naturaleza como el ilícito penal.

De configurarse una ilicitud de objeto, podría dar lugar a la nulidad del acto. Sin embargo, la aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica releva de tal pretensión el conformarse con correr el velo de la personalidad para hacer responsables directamente a los asociados.

7.5. Elemento determinante: fraude a terceros

El elemento determinante para que la teoría pueda aplicarse es que la personalidad jurídica se haya usado para hacer fraude a terceros.

La aplicación de la teoría del abuso de la personalidad jurídica no excluye el ejercicio de otras acciones que los terceros quieran intentar contra

a la sociedad o contra los socios —como la nulidad, la acción pauliana o la simulación misma—. Cada cual tiene sus requisitos y sus propósitos propios que no interfieren con la aplicación de la teoría.

Por otra parte, no se trata de solidaridad sino del desmantelamiento del velo corporativo para responsabilizar a los socios por su conducta abusiva.

8. Supuestos para el abuso de la personalidad jurídica

El profesor Serick de la Universidad de Heidelberg²³, presenta como supuestos para que se presente el abuso de la personalidad jurídica los siguientes:

- Fraude a la ley.
- Fraude o violación al contrato.
- Daño fraudulento ocasionado a terceros.
- Confundir relaciones entre sociedad madre y filial.

Dice el autor que en estos casos debe entenderse que ha sido violado el deber de buena fe que gravita en todo el ordenamiento jurídico. Para dicho autor hay abuso de la personalidad jurídica cuando por intermedio de ella se posibilita la burla de una disposición legal o una obligación surgida del contrato, o se causa un perjuicio a terceros.

Para el profesor Dobson²⁴ las condiciones de aplicación del abuso del derecho, según las fuentes doctrinales, pueden reducirse a las siguientes:

- Cuando el ánimo de causar un perjuicio aparece como exclusivo fin del acto,
- Cuando fueron contrariados los fines propuestos por las leyes para establecer la protección a determinados actos.
- El ejercicio de un derecho haya excedido los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

²³ SERICK, op. cit.

²⁴ DOBSON, op. cit., p. 31.

Como antes se advirtió, los criterios para que se considere abusivo el ejercicio de un derecho son tan variables como concepciones tiene la teoría, pero en términos generales, y con fundamento en posiciones contemporáneas que justifican la doctrina del abuso diferenciándola de otros institutos jurídicos, puede afirmarse que el abuso se presenta cuando se desvía la finalidad perseguida con la norma regulatoria.

La finalidad de los negocios societarios está encaminada a la obtención de logros comunes para todos los asociados y partícipes. Por tanto, pretender el beneficio particular de alguno de ellos es precisamente desatender el propósito teleológico de la norma; realizar ese objeto común de la sociedad buscando esos fines comunes, no puede ser reemplazado por el turbio propósito de irresponsabilizarse frente a terceros.

9. La jurisprudencia colombiana y el desmantelamiento del velo corporativo

9.1. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En sentencia C-865 de 2004, en clara alusión al tema del desmantelamiento del velo corporativo, se señaló lo siguiente:

Cuando se vulnera el principio de la buena fe contractual y se utiliza la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causal legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es, entonces, la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido²⁵.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

Así, la Corte en su sentencia, con fundamento en el principio de la buena fe, encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad que no es otra cosa que correr el velo corporativo y hacer responsables directos a los asociados. Se trata de suprimir el principal efecto de la personificación jurídica que en sociedades como la limitada y la anónima en Colombia es, precisamente, la limitación de los asociados en su responsabilidad hasta el valor de sus aportes para hacerlos responsables de manera amplia e ilimitada.

9.2. Jurisprudencia del Consejo de Estado

Se ha aplicado la teoría del levantamiento del velo corporativo en la órbita de la contratación con las entidades estatales. Así, en sentencia del 19 de agosto de 1999 el Consejo de Estado señaló:

Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. (...) Repárese como la utilización de esta técnica es restringida y ha sido la casuística, ante el peligro en generalizar su aplicación, la que señala los casos que pueden ser objeto del levantamiento del velo por parte de los tribunales. La jurisprudencia española ha dotado a la doctrina de un buen material y en él se encuentra que los casos más generalizados que dan lugar a la aplicación de la técnica son aquellos en los que se simula la constitución de una sociedad para eludir el cumplimiento de un contrato y los casos en que es necesario desestimar la personalidad jurídica de la misma para evitar que el grupo, al amparo de la personificación que disfruta, pueda dedicarse a actividades que están prohibidas a los individuos que la componen²⁶.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 1999. MP Ricardo Hoyos Duque, radicado 10641.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por su parte señaló lo siguiente: “Conviene precisar que la posibilidad de levantar el velo corporativo de la persona jurídica no significa, para el caso de las sociedades anónimas, que por dicha vía pueda determinarse que los accionistas de una específica sociedad anónima contratista están inhabilitados por haberse declarado la caducidad del contrato a la misma. Tal inhabilidad no existe porque la norma que la tipifica no la predica de las sociedades de capital como es la anónima. Dicho de otra manera, las causales de inhabilidad no se modifican por la norma que permite levantar el velo corporativo, sino que dicho procedimiento simplemente permite verificar si en la respectiva persona jurídica se da un caso de inhabilidad o incompatibilidad tipificados en las normas especiales que regulan tales materias²⁷.”

10. Conclusiones

En el sistema jurídico colombiano está consagrada expresamente la teoría del desmantelamiento del velo corporativo en varias instituciones jurídicas como quedó expresado. En otros campos como las sociedades comerciales y civiles, las cooperativas, las asociaciones sin ánimo de lucro, entre otras, a pesar de no existir norma expresa, perfectamente, con fundamento en el principio general del abuso del derecho, también podría darse plena cabida a la institución.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 17 de mayo de 2001. MP César Hoyos Salazar, radicado 1346.

Capítulo II

Precisiones jurisprudenciales

Algunas vicisitudes del régimen societario colombiano

Francisco Reyes Villamizar*

1. Introducción

Transcurridos más de 15 años desde la introducción de la acción de tutela en el ordenamiento colombiano, las opiniones siguen divididas sobre sus alcances y efectos prácticos en el ámbito jurídico interno. A estas alturas no parece razonable poner en tela de juicio la utilidad que, en general, ha tenido este mecanismo en Colombia. La tutela se ha convertido en sinónimo de protección para muchos ciudadanos. Otros países en vías de desarrollo con similares deficiencias del sistema judicial como Brasil, México, Venezuela y Argentina, también se han visto en la necesidad de introducir mecanismos semejantes para contrarrestar el letargo de una justicia parsimoniosa e indiferente.

La acción de tutela, el amparo y el *mandado de segurança* les ha permitido a estos países avanzar hacia una justicia más próxima y asequible para los ciudadanos. En estos casos, los jueces pueden emplear una mayor discrecionalidad de la que usualmente les es conferida. También se les faculta para adoptar decisiones que gozan de gran efectividad, como ordenarle al implicado que cumpla una

* Abogado de la Universidad Javeriana y Máster en Leyes de la Universidad de Miami (Estados Unidos). También se diplomó en Humanidades en la Universidad de Lisboa (Portugal). Fue Superintendente de Sociedades encargado. Ha sido profesor visitante de Derecho Comparado en la Universidad Estatal de Louisiana (Baton Rouge), en Stetson College of Law (Saint Petersburg), la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires), Instituto Tecnológico Autónomo de México (DF) y Agostinho Neto (Luanda). Preparó el proyecto legislativo que dio lugar a la promulgación de la ley 1258 de 2008 sobre Sociedades por Acciones Simplificadas. Es autor de los libros *SAS - la Sociedad por Acciones Simplificada*, *Disolución y liquidación de sociedades*, *Sociedades comerciales en los Estados Unidos*, *Reforma al régimen de sociedades y concursos*, *Arbitraje comercial en los Estados Unidos*, *Transformación, fusión y escisión de sociedades* y de un tratado de Derecho Societario (en dos tomos). Ha formado parte de la delegación de Colombia ante la CNUDMI. Ha participado en diversos foros internacionales, incluidos American Bar Association, Virginia Bar Association y Stetson College of Law. Ha sido columnista de los diarios La República y Ámbito Jurídico.

determinada acción, que efectúe un pago inmediato, que se abstenga de realizar cierto acto o que reverse las consecuencias de una acción indebida.

Todo ello es reforzado con el drástico poder que surge de las sanciones por desacato que incluyen, por supuesto, la posibilidad de arrestar al que incumpla una orden judicial. En Colombia, y a pesar de muchos desaciertos, la existencia de este sistema de protección le trasmite al ciudadano la idea de un juez de mayor autoridad, dotado de poderes similares a los de las cortes anglosajonas¹.

Claro que estos instrumentos no han sido siempre bien utilizados. La amplia posibilidad de decisión a la que se ha hecho referencia, ha facilitado el abuso de estas acciones en varios países latinoamericanos. En muchos casos, ésta se ha convertido en mecanismo de burla del sistema y de obstrucción a la justicia. Aparte de conocidos abusos, se sabe que estas acciones han originado una notoria congestión de la justicia, a pesar de la forma tantas veces improvisada en que se resuelven muchas de ellas.

Resulta frecuente que el juez de tutela tenga poco conocimiento de la materia sobre la cual debe fallar. Así mismo, que un magistrado condescendiente identifique la necesidad de tutelar un derecho, pero desconozca el ámbito de especialidad legal en que se desenvuelven los hechos. Como consecuencia de ello, en algunos casos la decisión adoptada puede tener graves fallas jurídicas, con consecuencias graves para la organización social y para el sistema económico.

Es sabido que varias determinaciones erráticas emitidas de modo apresurado por la Corte Constitucional han suscitado incertidumbre y perjudicado la indispensable seguridad jurídica con consecuencias muy graves para la inversión. En el campo específico de las sociedades anónimas, por ejemplo, el alto tribunal ha dejado sin piso el principio de limitación de responsabilidad en varias ocasiones, a pesar de tratarse de un postulado que se respeta universalmente. Tal como se analizará más adelante, en varias sentencias de escaso fundamento técnico se ha forzado a los accionistas a pagar deudas que, de otra forma, le corresponderían a la compañía sin que se cumpla un riguroso escrutinio de la conducta de aquellos.

¹ SCHLESINGER, Rudolf B. *Comparative law, cases, texts, materials*. Nueva York: The Foundation Press, 1998, p. 475 y ss.

Actualmente pocos dudan de que las vicisitudes del régimen societario colombiano causadas por la interpretación constitucional hayan dado lugar a consecuencias adversas para los inversionistas. Como ya se señaló, aunque no es sensato desconocer la importancia de la acción de tutela como instrumento de protección de derechos fundamentales, resulta preciso reflexionar sobre la conveniencia de una defensa a ultranza de los derechos fundamentales por medio de una verdadera “constitucionalización” del derecho societario. Ciertas interpretaciones de ese alto tribunal han dado lugar a sobresaltos e incertidumbres que han afectado gravemente la forma como actúa y opera el derecho societario en Colombia.

En este ámbito, podría afirmarse que el ordenamiento jurídico nacional se ha acercado a los regímenes jurídicos “decisionistas”, en los cuales se impone la aplicación de métodos inductivos de raciocinio. En ese orden de ideas, los hechos son fundamentales para determinar los principios jurídicos y la *ratio decidendi* que se aplica en cada caso. De esta forma el análisis de instituciones pertenecientes al derecho societario, cuyo estudio partía tradicionalmente del contenido de normas positivas expedidas por el legislativo, con frecuencia requiere de la aplicación de métodos de raciocinio inductivos, más propios del derecho anglosajón que de los de raigambre romano-germánico.

La simbiosis entre métodos “decisionistas” y la aplicación de normas jurídicas escritas, y entre métodos deductivos e inductivos no es del todo ajena a los sistemas jurídicos contemporáneos. Así, en Estados Unidos existe un enorme acervo de disposiciones legales escritas, en ocasiones codificadas, cuya aplicación corre pareja de una prolija jurisprudencia societaria emitida por cortes estatales y tribunales federales. La interpretación judicial le otorga a los preceptos positivos una mayor actualidad, en la medida en que permite desentrañar su sentido práctico y dilucidar la lógica que subyace a la actividad económica.

Sin pretender asumir una postura reaccionaria, incompatible con una adecuada evolución del derecho, debe afirmarse que muchas de las sentencias de la Corte Constitucional en materia de derecho de sociedades han carecido de la suficiente ponderación, racionalidad, proporcionalidad y juicio de relevancia. Estas circunstancias han afectado la seguridad jurídica en un grado indeseable

para la buena marcha del sistema jurídico local. Un elemental análisis sobre la evolución de las sentencias de esa corporación permite ilustrar esta tesis.

2. Evolución cronológica

Es interesante observar el viraje “lento” y casi “imperceptible” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sociedades. Al parecer, los primeros integrantes de esa corporación actuaban con cierto recato en el tratamiento de instituciones tradicionales del Derecho Privado. En las interpretaciones tempranas sobre la materia se apreciaba una actividad judicial respetuosa de los principios básicos del derecho de sociedades. En la medida en que el poder del alto tribunal fue afianzándose, y su prestigio jurídico y político aumentó, los magistrados comenzaron a producir sentencias en las que se observa un cierto menosprecio por tales postulados.

Para los efectos de este análisis, la actividad interpretativa de la Corte puede dividirse en dos periodos. El primero se inicia en el año 1996 y se extiende hasta 1999, momento en el cual se inicia el segundo, que va hasta 2006. Como podrá comprobarse más adelante, el primer periodo se caracteriza por una rigurosa ponderación y aplicación de métodos de raciocinio propios del derecho privado, sin que por ello se hayan desconocido o menoscabado los derechos fundamentales, o las normas y principios del Derecho Público. Entre las sentencias más representativas de esta etapa se pueden destacar las siguientes: C-434 y C-435 de 1996, C-049, C- 290 y C-510 de 1997 y C-320 de 1998.

A partir de 1999, y hasta 2006, las interpretaciones se flexibilizaron en pro de posturas que la propia Corte Constitucional y los comentaristas de sus determinaciones han dado en llamar “garantistas”. Este neologismo indica, en esencia, la notoria prevalencia en la protección de los derechos individuales, aun en detrimento de normas sustanciales y principios fundamentales del derecho comercial. Entre los fallos más representativos de este periodo, se han seleccionado los siguientes: T-014 de 1999, SU-1023 de 2001, C-621 y SU-636 del 2003 y C-716 de 2006. En este segundo periodo sólo se ha encontrado una sentencia en la que se observan y defienden rigurosas pautas de Derecho Privado. Se trata de la sentencia C-861 de 2004.

2.1. Primer periodo

La primera etapa objeto de análisis es rica en desarrollos jurisprudenciales debido a que coincide con los primeros años de vigencia de la ley 222 de 1995. Esta norma, como se sabe, representó un significativo avance en el derecho societario, pues introdujo figuras desconocidas hasta entonces en el sistema jurídico local.

Muchas de las disposiciones incluidas en la ley 222 fueron objeto de demandas de inconstitucionalidad ante la Corte, de manera que la corporación tuvo que pronunciarse sobre un sinnúmero de aspectos contenidos en ese estatuto. Dentro de los ámbitos específicos que fueron objeto de decisión por parte de la corporación se encuentran, entre otros, la unificación de sociedades civiles y comerciales, el régimen de matrices y grupos de sociedades —incluido el sistema de responsabilidad subsidiaria creado en la misma ley—, el sistema jurídico de los administradores, la capacidad para ser socio o accionista y el régimen de sucursales. Conviene, por lo tanto, analizar algunas de tales determinaciones jurisprudenciales.

2.1.1. Sentencia C-434 de 1996 sobre administradores

La primera sentencia que merece ser mencionada fue proferida inmediatamente después de la expedición de la ley 222 de 1995. En esta decisión judicial se analiza la exequibilidad del artículo 232 del mencionado estatuto, en virtud del cual se excluyó la acción de reintegro para los administradores sociales. De acuerdo con el régimen laboral anterior, la acción de reintegro le permitía a un trabajador destituido sin justa causa ser restablecido en su posición de trabajo anterior, siempre que se cumplieran ciertas condiciones. En la sentencia citada, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 232 de la ley 222 de 1995 mediante la utilización de un riguroso raciocinio jurídico.

En la determinación mencionada el alto tribunal señaló:

Lo que se excluye en esta norma especial no es la indemnización a la que tendrá derecho el trabajador ni las prestaciones laborales que le correspondan, todo lo cual habrá de regirse por la legislación correspondiente, sino la posibilidad de un nuevo vínculo, forzado por decisión judicial, con el administrador o revisor fiscal despedidos o removidos, pues ello implicaría que la sociedad se

viera obligada a confiar la administración o la revisoría fiscal de su patrimonio e intereses, con la más amplia capacidad de decisión y manejo, a personas en las cuales no se tiene la indispensable confianza (...) Es claro que dicha acción podía y puede ser suprimida, restringida en sus alcances, limitada a ciertos casos o excluida en otros, siempre que ello se haga mediante ley y no desconozca derechos adquiridos por los trabajadores, sin que, únicamente por la circunstancia de adoptar una de esas decisiones, se pueda sindicarse al legislador de haber violado principios o preceptos de la Carta Política.

La norma impugnada, pretendía salvaguardar un principio fundamental del derecho societario denominado derecho de revocatoria *ad nutum*², por cuya virtud los órganos sociales competentes —asamblea o junta directiva— están facultados para remover a los administradores sociales a su discreción y en el momento en que lo estimen conveniente. Así, no existe la necesidad de demostrar razones justificativas específicas. Basta por lo tanto que se pague la correspondiente indemnización de perjuicios.

En esta sentencia, la Corte expresó con claridad que la norma que consagraba la acción de reintegro podía ser suprimida válidamente por el legislador, sin que ello vulnerara principio constitucional alguno. De esta manera, se estableció un cierto equilibrio entre un derecho del trabajador, como es el de verse restablecido en sus derechos luego de haberse comprobado la causa injusta de despido, y la facultad irrestricta de remoción en cabeza de los órganos sociales, sin la cual podría afectarse gravemente la administración de los negocios de la compañía.

2.1.2. Sentencia C-435 de 1996 sobre unificación del régimen societario

El artículo 1º de la ley 222 de 1995 pretendía la unificación en el régimen de las sociedades civiles y comerciales. Esta norma modificó la previsión del artículo 100 del Código de Comercio, en el cual se establecía la rígida dicotomía del Derecho Privado en esta materia. El primer inciso del artículo 238 de la misma

² DASSO, Ariel. *El derecho de separación o receso del accionista*. Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1985, p. 19 y ss.

normativa fijaba un término de seis meses para que las sociedades civiles existentes en el momento de entrar en vigencia esa ley societaria, adaptaran la estructura estatutaria y cumplieran las formalidades legales propias de las sociedades comerciales.

Al resolver la demanda de inconstitucionalidad contra estas dos normativas, el alto tribunal asumió una postura de vanguardia al considerar que ambas se ajustaban a la Carta Política. Además de declarar exequibles los preceptos demandados, la Corte realizó consideraciones muy importantes sobre las razones históricas de la dicotomía y sobre su inconveniencia en el sistema jurídico colombiano.

En esta sentencia la corporación puso de presente cómo el Congreso no había vulnerado el principio de unidad de materia al unificar el régimen de sociedades civiles y comerciales. Adicionalmente, señaló que el legislador podía regular estos asuntos e incluso unificar los deberes profesionales que originalmente se le habían endilgado de manera exclusiva a aquellas personas que realizaran actividades de comercio de forma habitual y profesional.

Así, el fallo indicó:

Las formas de asociación y los tipos societarios regulados en la ley no corresponden a una específica materia constitucional. La ley ofrece a los particulares un elenco de posibilidades de colaboración y asociación, las cuales no están predeterminadas en la Constitución. Por ser este un asunto legal, sujeto además a las necesidades y contingencias del tráfico, es del resorte de la ley regular la materia para lo cual puede adicionar o derogar las normas de esa estirpe.

Con una visión no solamente racional sino vanguardista, la Corte Constitucional negó las pretensiones de la demanda, cuyo fundamento era el presunto quebrantamiento de la unidad de la materia regulada en la ley 222 de 1995. Así mismo, la referida corporación afirmó que la dicotomía había perdido su justificación histórica: “La dicotomía que anteriormente existía en punto al régimen de sociedades, no obedecía a una suerte de exigencia ontológica, sino a la forma histórica de su regulación legal”. Bien podía el legislador tomar en

cuenta las nuevas necesidades y revisar críticamente, a la luz de las mismas, la existencia del sistema dual. En efecto, esto fue lo que hizo. En esencia, se unificó la regulación del contrato de sociedad que soporta a las sociedades comerciales y a las civiles. De ninguna manera se suprimieron estas últimas. Como lo expresa el artículo 1° de la citada ley, “las sociedades que no contemplen en su objeto social actos mercantiles, serán civiles”³.

2.1.3. Sentencia C-049 de 1997 sobre sucursales de sociedades extranjeras

Por medio de esta determinación judicial, digna de destacarse, se declaró inexecutable el artículo 239 de la ley 222 de 1995. En esta norma, a todas luces inconveniente, para los contratos de representación o agencia que debieran celebrarse en Colombia se exigía el establecimiento de un domicilio permanente en el país por parte de los extranjeros participantes. Sobre este particular, la alta corporación se expresó en los siguientes términos: “... las sociedades extranjeras que no tienen interés en establecerse de forma permanente en el país, pueden realizar negocios a través de un representante”.

La norma demandada provenía de un inconsulto gazapo legislativo que exigía a todo extranjero que se propusiera adelantar actividades de representación en Colombia constituir una sucursal en el país, aunque la actividad no fuera permanente. Con buen criterio, la Corte Constitucional consideró inexecutable esa disposición legal mediante la aplicación de un simple criterio de equidad. La norma resultaba a todas luces discriminatoria, puesto que creaba una notoria disparidad entre los requisitos exigibles a un nacional que pretendiera hacer negocios en Colombia y las formalidades previstas para aquellos extranjeros que se propusieran un idéntico propósito.

³ A pesar del respaldo contundente que la Corte Constitucional le dio a la unificación de las dos vertientes del derecho societario, debe advertirse que la unificación entre las sociedades civiles y comerciales se ha visto opacada por diferentes decretos del Gobierno Nacional, las leyes del Congreso e incluso ciertas interpretaciones retardatarias de ciertas entidades de fiscalización gubernamental. Todas estas normas han tenido el efecto inconveniente de revivir la dicotomía entre sociedades civiles y comerciales, un aspecto que se consideraba superado en Colombia.

2.1.4. Sentencia C-290 de 1997 sobre reglamentación de la contabilidad

En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró parcialmente inexecutable el artículo 44 de la Ley 222 de 1995 relativo a la contabilidad de las sociedades. En este precepto se le otorgaban facultades omnímodas al Gobierno para reglamentar los principios de contabilidad generalmente aceptados, los libros y papeles del comerciante, la forma y tiempo como esos libros debían conservarse, etc. A pesar de las virtudes prácticas que una norma como esta podría tener, en ella se le concedían facultades legislativas al Presidente de la República sobre asuntos de competencia privativa del Congreso.

En palabras del organismo jurisdiccional:

... la reglamentación de una materia de la que el legislador sólo ha dicho que atañe al conjunto de principios que deben guiar el registro y la información contables, es imposible por sustracción de materia. Como confirmación de este aserto, el mismo numeral 1° del artículo 44 se vio en la necesidad de pasar de lo abstracto a lo concreto, al ordenar que ‘tales principios comprenderán, entre otros temas, el marco conceptual de la contabilidad, así como disposiciones sobre reconocimiento, estados financieros, libros, comprobantes y soportes’. Pues bien, puesto que los textos citados demuestran que en esta materia el Presidente de la República no cuenta con un desarrollo legal antecedente, específico y concreto, el ejercicio de su facultad reglamentaria es imposible. La ausencia de ley por reglamentar llevará a la Corte a declarar la correspondiente inexecutable por violación del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución.

2.1.5. Sentencia C-510 de 1997 sobre matrices, filiales y grupos de sociedades

Un principio fundamental del régimen anglosajón es el que se expresa mediante el aforismo latino *stare decisis quieta non movere*. De él se infiere el carácter obligatorio ante jueces de menor jerarquía respecto de aquello que ha sido fallado sobre un punto de derecho por un tribunal de superior rango en la estructura judicial. De este postulado surge la fuerza vinculante de los antecedentes proferidos por los jueces puesto que, al decidir un caso que verse

sobre hechos similares, el funcionario judicial deberá acoger lo fallado con anterioridad sobre el particular⁴.

Como se expresó anteriormente, el régimen jurídico colombiano parecería avanzar hacia un sistema “decisionista”, con predominio del principio de *stare decisis*. Sin embargo, la Corte, en sentencias que se analizarán posteriormente, ignora los lineamientos interpretativos trazados por ella misma con respecto al párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995.

El párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 consagra una regla según la cual se permite la desestimación de la personalidad jurídica en contextos grupales cuando las maniobras adelantadas por una compañía matriz causen un daño en un proceso concursal de una sociedad controlada. Las obligaciones insolutas que resultaren en ese proceso deben ser cubiertas por la compañía matriz o controlante.

Los presupuestos previstos en la norma para que proceda la desestimación de la personalidad jurídica no son diferentes de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, tal y como están regulados en las disposiciones del Derecho Privado. Al respecto, el párrafo mencionado establece que, en primer lugar, debe haber una relación de subordinación entre una compañía matriz y una compañía subordinada; en segundo término, la sociedad subordinada debe estar en proceso concursal; en tercero, los activos no son suficientes para satisfacer la totalidad del pasivo social del proceso liquidatorio, y, por último, se requiere la existencia de una relación causal o una vinculación entre la actividad de la compañía matriz y la situación de crisis que haya llevado a la imposibilidad de satisfacer la totalidad del pasivo.

En esta sentencia, la Corte Constitucional consideró que la subordinación “significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que por definición están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz, y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos”. Así mismo, la corporación señaló que el

⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos: introducción comparada*. Bogotá: Legis, 2006, p. 45-49.

principio de responsabilidad esbozado en el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 es un principio responsabilidad subsidiaria.

De esta manera, indicó: "...no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada. Esto, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores e impide que resulten defraudados". Lo anterior significa que no hay responsabilidad directa por parte de compañía matriz. En consecuencia, es indispensable requerir vanamente a la sociedad principalmente obligada antes de acudir en contra de la matriz.

De la misma forma, el presupuesto consagrado en el párrafo del artículo 148 es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, de manera que la matriz estaría en condiciones de desvirtuarla. En los términos de la Corte Constitucional: "Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas y demuestra que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que esta procede de motivos distintos". A pesar de que la carga de la prueba para este caso parece estar invertida, puede desvirtuarse tal presunción si se acredita que la situación de crisis que originó el concurso, y el hecho de que quedaran pasivos insolutos, se debió a actuaciones realizadas por un tercero o a un hecho extraño que rompe el nexo causal, así no se le pueda endilgar responsabilidad a la matriz⁵.

Por otra parte, no debe desestimarse la circunstancia de que en el ámbito específico del derecho privado el régimen de responsabilidad limitada de los accionistas de una sociedad anónima representa una garantía para quienes

⁵ Se debe insistir en que esta determinación fue el resultado de una demanda de inconstitucionalidad en la que se le solicitó a la Corte declarar inexecutable el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, porque, en criterio del actor, tal norma violaba el principio del debido proceso al establecer la presunción de culpabilidad y responsabilidad para la matriz o controlante, y porque invertía la carga de la prueba e imponía la responsabilidad subsidiaria que es una sanción o pena. La corporación también afirmó que la responsabilidad en cuestión no puede imponerse "gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia del proceso".

aportan el capital social. En la opinión de Guyon, ese régimen jurídico puede clasificarse dentro de los denominados derechos esenciales del accionista. En su *Tratado de los contratos*, el jurista francés defiende la existencia de los denominados “derechos propios o intangibles de los asociados”⁶. Según su criterio estos tienen un carácter esencial, como ocurre con los derechos naturales de los ciudadanos. Dentro de estas prerrogativas esenciales, el tratadista incluye de modo explícito el derecho del accionista a limitar su riesgo⁷.

En acatamiento de los principios que acaban de reseñarse, en esta sentencia se concluye que el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 es exequible y debe interpretarse bajo pautas del Derecho Privado en materia de responsabilidad civil.

2.1.6. Sentencia C- 320 de 1998 sobre administradores

La jurisprudencia constitucional se ha encargado de respaldar la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el régimen jurídico local. Así, en la sentencia C-320 de 1998 se estableció que “... la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a los que se ha hecho mención, no viola la Constitución Política”.

En la referida decisión judicial, la Corte determinó que las sanciones penales que se les puede imponer a las personas jurídicas deben ser compatibles con su naturaleza, lo cual es apenas obvio si se considera que, debido a la índole de estos sujetos, no es factible someterlos a penas privativas de la libertad. Por el contrario, es evidente que pueden ser sancionados por medio de la imposición de multas, la cancelación de la matrícula mercantil o a través del establecimiento de otras medidas administrativas impuestas por la autoridad de control.

En palabras de la alta corporación judicial:

Es evidente que las sanciones que van a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquéllas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma

⁶ GUYON, Yves. *Traité des contrats, les sociétés*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, EJA, 1999, p. 190.

⁷ *Ibid.*, p. 48.

examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. Por el contrario, su imposición en muchos casos constituye la única manera de no dejar sin responsabilidad a los verdaderos beneficiarios del delito y de expresar de manera inequívoca la relevancia social de los bienes jurídicos afectados. La infracción penal denota en el más alto grado la gravedad de la conducta que lesiona intereses sociales básicos cuya tutela penal por esta razón se torna imperiosa a juicio del legislador. El pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad y probabilidad de asumir su costo. En este orden de ideas, la valoración ética de un modo de proceder termina por ser remplazada por un cálculo de beneficios y costos ligados a cierta acción u omisión.

2.2. Segundo periodo

El segundo periodo que se analiza se caracteriza por un viraje hacia una menor ortodoxia conceptual, al menos en aquellos aspectos que se refieren a instituciones de Derecho Privado, de manera concreta, en materias propias del régimen societario. Dentro de este grupo de sentencias se han seleccionado aquellas que afectan algunos de los pilares básicos del sistema, tales como los relacionados con el principio de la limitación de responsabilidad de los accionistas en sociedades de capital. En estas determinaciones cruciales se percibe la defensa a ultranza de los derechos fundamentales de ciertos grupos vulnerables, aun a costa de la seguridad jurídica y en detrimento de una mínima posibilidad de predicción para quienes invierten en acciones de sociedades.

A continuación se analizan determinaciones judiciales que desvirtúan, en buena medida, interpretaciones fundamentales de derecho societario que habían prevalecido en la doctrina y la jurisprudencia colombianas. Dentro de tales pronunciamientos se encuentran aquellos relativos a la extensión de res-

ponsabilidad en sociedades anónimas, la responsabilidad de matrices respecto de pasivos insolutos de sociedades subordinadas, el régimen de los administradores y la capacidad para ser socio o accionista.

2.2.1. Sentencia T-014 de 1999 sobre extensión de responsabilidad en sociedades anónimas

En este fallo, relacionado con el proceso de liquidación obligatoria de una sociedad insolvente, se estableció que los accionistas de una sociedad anónima eran responsables por las obligaciones laborales que la compañía había dejado de pagar. Sin consideración al principio elemental de separación patrimonial propio de las sociedades de capital, la Corte efectuó un análisis basado solamente en preceptos constitucionales, sin comprender adecuadamente las normas concursales aplicables al asunto planteado. El alto tribunal decidió imponerles responsabilidad a todos los accionistas por el pasivo insoluto de la compañía en liquidación. Paradójicamente, esta sentencia fue declarada nula por la misma corporación cuando se estableció que la Corte había violado de modo flagrante el derecho de defensa de la sociedad involucrada y de sus accionistas⁸.

El principal error en este caso se debió a una elemental confusión semántica que propició la apreciación equivocada de los principios del derecho societario. En efecto, en la sentencia se aprecia la errada interpretación del artículo 191 de la ley 222 de 1995, según el cual, si en el proceso de liquidación de una sociedad los activos no son suficientes para el pago de las obligaciones sociales, el liquidador deberá exigir a los socios “el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo con el respectivo tipo societario”.

La Corte ignoró que la extensión de responsabilidad a la que alude la norma citada se predica de modo exclusivo de aquellas formas asociativas caracterizadas por un acentuado elemento personalista. Es decir, dicho precepto es generalmente aplicable a los gestores de sociedades en comandita simple o por acciones y a los socios de compañías colectivas. La misma norma sólo

⁸ Por medio del auto 022 de 1999, la misma Corte reconoció la violación del derecho de defensa de los accionistas de la compañía involucrada en el fallo. En este auto de nulidad se afirmó, en efecto, que “se dieron órdenes en la tutela contra personas que no fueron citadas”.

resulta excepcionalmente aplicable a sociedades de responsabilidad limitada, siempre que las obligaciones insolutas sean de naturaleza tributaria o laboral⁹.

En las sociedades en comandita es claro que si los activos no son suficientes, la responsabilidad por el pago del pasivo se extiende a los socios gestores. Surge, entonces, una intercomunicación entre el patrimonio de la sociedad y el del socio para que este último responda por el pasivo social (Código de Comercio, artículo 323)¹⁰.

No por menos obvio se hace necesario precisar que el citado artículo 191 de la ley 222 de 1995 se refiere a la palabra “socio” y no al vocablo “accionista”. Aquella denominación alude a las personas que participan en compañías por cuotas o por partes de interés. Este yerro semántico suscita lamentables consecuencias prácticas en la providencia comentada.

El acápite que se transcribe a continuación pone de manifiesto la grave confusión en que se incurre en esta sentencia:

Son, pues, solidariamente responsables no sólo la empresa sino sus socios. Claro que surge una inquietud: si está en trámite una liquidación obligatoria, las obligaciones a cargo de los socios surgen, según el artículo 191 de la ley 222 de 1995, cuando sean insuficientes los activos. Esto es cierto, pero no significa que desaparece la solidaridad, porque el liquidador podrá exigir, mediante proceso ejecutivo contra los socios, el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario.

⁹ De manera excepcional, también podría invocarse este precepto en Sociedades de Responsabilidad Limitada, cuando se han pactado prestaciones accesorias o no se han pagado los aportes prometidos en el momento de constitución de la sociedad, o cuando se omite la especificación del tipo en la razón o denominación sociales (Código de Comercio, artículos 353, 355 y 357). REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2006, p. 73 y 74.

¹⁰ Según Narváez, en las sociedades comanditarias la responsabilidad del socio gestor no es subsidiaria sino directa. En consecuencia, el acreedor estaría facultado para efectuar una demanda de pago en contra de la sociedad o del socio gestor. En palabras del autor, para los socios gestores de las comanditarias no existe el burladero defensivo de la responsabilidad subsidiaria “ya que es legalmente factible deducir su responsabilidad sin exigirle previamente a la sociedad que satisfaga el crédito insoluto ni acreditar que esta ha sido requerida infructuosamente para obtener el pago”. NARVÁEZ, José, *Derecho mercantil colombiano: tipos de sociedad*. Bogotá: Legis, 1998, p. 169.

A pesar de la precisión técnica del artículo, en el cual la responsabilidad solidaria sólo se aplica en aquellos casos en que sea procedente según la forma asociativa de la que se trate, parece que la Corte ignoró esta última calificación técnica, como si considerara que todos los tipos de sociedad se rigen por el mismo sistema en materia de extensión de responsabilidad. Para desconocer el principio de limitación de riesgo conferido legalmente a los accionistas en las sociedades capitalistas, tan solo invocó preceptos constitucionales de índole general.

Así, entre otros argumentos sostuvo que el desconocimiento de la obligación de pagar pensiones de jubilación por parte del patrono "... lesiona la función social que le compete a un Estado Social de Derecho, así como el principio de solidaridad". Por ello, dictaminó la responsabilidad solidaria de todos los accionistas de una sociedad anónima por el pasivo insoluto de una sociedad en liquidación.

Esta sentencia nunca alcanzó a generar los efectos nefastos que estaba llamada a producir, debido a la nulidad por violación del debido proceso que la misma corporación hubo de decretar. Por lo demás, sin respeto por el mencionado principio del *stare decisis*, la misma Corte reconsideró buena parte de las consideraciones esbozadas en este antecedente judicial, mediante sentencia C-865 del 2004, según se explicará más adelante.

2.2.2. Sentencia SU-1023 del 2001 sobre responsabilidad de matrices respecto de pasivos insolutos de sociedades subordinadas

La interpretación de la Corte Constitucional sobre la denominada "responsabilidad subsidiaria en hipótesis concursales" ha creado perturbadores efectos en los regímenes societario y concursal¹¹. En síntesis, la corporación sostuvo que el accionista mayoritario de una sociedad anónima en liquidación obligatoria

¹¹ Algunos autores han criticado, con razón, el activismo judicial de la Corte Constitucional "... desplazando al juez natural del derecho comercial, toda vez que las incursiones del juez supremo constitucional en materia mercantil son cada vez más frecuentes y erráticas (...). A nuestro juicio, el principal obstáculo de la seguridad jurídica en Colombia lo constituye hoy en día al posición jurisprudencial de la Corte de dar un alcance omnímodo a sus fallos, lo que hace que nuestro sistema jurídico sea totalmente impredecible en la defensa de los denominados derechos de propiedad". MARTÍNEZ, Néstor. "Seis lustros de jurisprudencia mercantil". En: *Estudios de derecho económico, instituciones de derecho comercial*. Bogotá: Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, 2003, p. 151 y 152, tomo I.

debía suministrarle a su filial los recursos necesarios para cubrir todas las pensiones de jubilación y los aportes de seguridad social que aquella adeudara. Este suministro de liquidez debía mantenerse durante el tiempo necesario para que un juez ordinario declarara a la matriz definitivamente responsable por las obligaciones dejadas de pagar por su filial¹².

En realidad se trató del establecimiento de una desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima. A esto se llegó sin que mediara una comprobación de los elementos que podrían configurar la responsabilidad por los hechos de un tercero. La Corte afirmó esta postura jurídica luego de considerar que existía una “responsabilidad presunta y temporal de la matriz” por las obligaciones de la compañía controlada.

En efecto, al pronunciarse sobre diversas acciones de tutela interpuestas por los pensionados de una sociedad ilíquida sometida al trámite de liquidación obligatoria, la Corte Constitucional le ordenó a su matriz, con carácter transitorio, atender el pago inmediato de las mesadas pensionales. Así mismo, al confirmar varias sentencias proferidas por jueces que habían conocido de acciones de tutela interpuestas por pensionados de la misma sociedad, la corporación reconoció

¹² Es cierto que las legislaciones de vanguardia denotan una notoria preocupación por preservar el principio de limitación de riesgo propio de las sociedades de capital, aunque este dogma pueda atenuarse mediante la tesis del levantamiento del velo societario. Pero esto último sólo puede ocurrir en aquellos casos en que se ha presentado fraude, simulación, infracapitalización, abuso del derecho u otras conductas reprochables en el control de la sociedad. La valoración del comportamiento de quien debe responder es, pues, una característica universal del allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Respecto a la necesidad de preservar a todo trance el sistema de limitación de riesgo son notorios los análisis formulados por Easterbrook y Fischel sobre las consecuencias negativas que se derivarían de una extensión de responsabilidad que no obedeciera a una valoración judicial sobre la conducta culpable de quienes controlan. Sobre las excepciones a este principio, gozan hoy de gran difusión las tesis formuladas por Hansmann y Kraakman en el sentido en que a falta de una valoración subjetiva que permita levantar el velo societario, la posibilidad de imponerle responsabilidad objetiva a los asociados deberá restringirse en el futuro a las hipótesis de daños derivados de responsabilidad extracontractual. La distinción obedece a un análisis tan simple como razonable: los acreedores que derivan sus créditos de relaciones contractuales deben soportar la insolvencia y la falta de pago por parte de la sociedad, debido a la posibilidad de ampararse de los riesgos derivados del hermetismo patrimonial propio de las sociedades de capital. Por el contrario, en los créditos surgidos de responsabilidad extracontractual el acreedor, por ser involuntario, carece de la posibilidad de ampararse del riesgo relacionado con los perjuicios ocasionados por la acción de la sociedad. Y aunque el punto no está libre de controversia, todavía se cree que tanto los trabajadores como los pensionados deben tener el tratamiento de acreedores contractuales. Es decir, su suerte debe depender de la suficiencia de activos dentro de los procesos concursales.

que era viable hacer valer las reclamaciones de pensiones por fuera del foro de atracción que se ejerce en la Superintendencia de Sociedades, respecto de aquellas compañías que se hallaran tramitando un proceso concursal.

Ello significó que aunque el proceso concursal no hubiera concluido, ni se hubiese determinado en forma definitiva la destinación de los recursos que formaban parte del patrimonio de la sociedad concursada, cualquier ex trabajador cuyas pensiones no le fueran oportunamente satisfechas podía reclamarlas por vía de tutela, cuya acción podía ser presentada ante cualquier autoridad judicial. En este sentido, la Corte resolvió que la garantía de los derechos de los acreedores —en especial los titulares de deudas laborales— podía ejercerse dentro o fuera del proceso concursal.

Aparte de lo expuesto, el alto tribunal decidió que la acción de tutela impuesta por un grupo de pensionados debía resultarle favorable a todos ellos, inclusive aquellos que no hubieren interpuesto ningún proceso específico para el pago de sus pensiones de jubilación. Así las cosas, en criterio de la Corte —y con el propósito aparente de salvaguardar el principio de igualdad— era necesario amparar el derecho de la totalidad de los beneficiarios de la pensión, sin que para ello fuera necesario que cada uno, interpusiera una demanda —acción de tutela— en ese sentido.

La sentencia comentada incurrió en innumerables contradicciones y yerros jurídicos. Tanto las determinaciones que se adoptaron como sus fundamentos en derecho resultan de compleja interpretación, debido a la ambigüedad que se observa en el texto. En primer término, la Corte reconoció que existen tres medios idóneos y diferentes a la acción de tutela para reclamar las pensiones de jubilación: (i) el proceso liquidatorio, de naturaleza jurisdiccional, que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades (ley 222 de 1995, artículo 98); (ii) la acción de responsabilidad contra la matriz (ley 222 de 1995, artículo 148, parágrafo) y (iii) la responsabilidad subsidiaria del Estado (ley 573 de 2000, numeral 7).

A pesar de ello, en la sentencia se afirmó que a pesar de existir tales medios, la acción de tutela es procedente si el no pago de salarios o mesadas pensionales compromete alguno de los siguientes aspectos: (i) se han vulnerado derechos constitucionales fundamentales; (ii) se encuentran comprometidas

personas de la tercera edad, y (iii) se ha afectado el mínimo vital del demandante o de su familia. Se puede apreciar que tales aspectos son de gran amplitud y cobijan un sinnúmero de situaciones. Por ello, siempre será factible estructurar la excepción a la improcedencia de la acción de tutela para estos efectos.

El alto tribunal partió de una premisa errónea, como era que el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 establece una “presunción de responsabilidad de la entidad matriz”. En esta medida llegó a un esquema, también erróneo, que en la práctica es semejante a la denominada “responsabilidad objetiva”, debido a que la entidad matriz se hace responsable de la satisfacción del pasivo pensional, mientras la justicia ordinaria resuelve el proceso correspondiente¹³.

La perplejidad que suscita este raciocinio justifica una cita textual de este fallo:

Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser esta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas, y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación.

¹³ Se comparte el comentario de Barrera respecto de esta misma sentencia, al afirmar: “... toda esta injusticia surge de la prescindencia del concepto de culpabilidad como elemento imprescindible de la responsabilidad. Nosotros sostenemos que el daño que alguien llegare a causar, en el ejercicio legítimo de un derecho, sin dolo y sin negligencia, no debe constituirse para él en una fuente de aquella”. BARRERA, Carlos. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: CEJA, Bogotá, 2004, p. 100.

Conviene poner de presente que el referido párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 —reproducido casi textualmente en la nueva Ley de Insolvencia—¹⁴ consagra una simple “presunción del nexo causal de la responsabilidad”, por cuyo efecto la relación matriz subordinada, sumada a la situación de concurso en que se encuentre esta última, permite inferir que la crisis de la sociedad concursada se debió a la situación de control. Pero es claro, jurídicamente, que tal presunción admite prueba en contrario y, en consecuencia, el demandado debería estar en condiciones de acreditar que la situación de concurso obedeció a una causa extraña a la subordinación.

La precitada sentencia desconoce, además, el ya analizado precedente. En efecto, en la citada sentencia C-510 de 1997, la corporación sostuvo que se trataba, entonces, “... de una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que esta procede de motivos distintos”.

Debe enfatizarse en que esta decisión de la Corte Constitucional carece de un fundamento normativo adecuado. De hecho, las normas vigentes consagran postulados opuestos a los contenidos en la sentencia. Por una parte, el artículo 373 dispone de manera explícita que los accionistas de una sociedad anónima serán responsables “hasta el monto de sus respectivos aportes”.

El artículo 99 de la ley 222 de 1995 y las demás normas concordantes en materia de procesos concursales —vigentes al tiempo de expedirse la sentencia— prescribían que a partir de la apertura del trámite concursal no podían admitirse procesos de cobro de obligaciones de ninguna otra naturaleza¹⁵. Además, el

¹⁴ Específicamente, en el artículo 61 de la ley 1116 del 2006. A diferencia del precepto anterior, la competencia para conocer este proceso se le asigna a la Superintendencia de Sociedades, a través del procedimiento abreviado. Además, por razones que se ignoran, se establece un término de caducidad de la acción de cuatro años.

¹⁵ La Superintendencia de Sociedades también ha puesto de presente el inconveniente que representa la ruptura del foro concursal. “Es conocido para este despacho que los acreedores de todas las clases han acudido a este medio —acción de tutela— para lograr se les reconozca de manera anticipada el pago de sus créditos, y que las autoridades judiciales se han pronunciado, en algunos casos, respaldando las pretensiones y ordenando el pago en un plazo cuyo cumplimiento se toma difícil y en algunos casos imposible. Sin embargo, los jueces son receptivos a las explicaciones coherentes propiciadas por los liquidadores, que no pueden acudir únicamente al rigor del procedimiento para excusar el cumplimiento de la tutela (...) Por tanto, cada vez que se trate de exponer al juez la

artículo 243 del Código de Comercio preceptúa que si los activos de una sociedad son insuficientes para el pago de los pasivos externos sólo podrá requerirse a los asociados “si la responsabilidad de los mismos es ilimitada”.

Adicionalmente, para la época del antecedente judicial, el artículo 207 de la ley 222 ordenaba que sólo podría acudirse en contra de socios o accionistas si se demostraba que habían utilizado a “la sociedad para defraudar a los acreedores” y dentro del trámite del proceso ordinario. Si no existe norma legal alguna que establezca la responsabilidad presunta de que trata la Corte, mucho menos existe alguna disposición legal que obligue a una entidad matriz a suministrarle liquidez a sus sociedades subordinadas para cubrir ciertas obligaciones, mientras se falla un proceso judicial ordinario¹⁶.

Complica aún más el análisis jurídico la circunstancia en que las órdenes impartidas por el alto tribunal respecto del pago de pensiones y aportes parafiscales tengan un carácter transitorio. En el ambiguo criterio de esa corporación, esta decisión judicial no implica un pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponderle a la entidad matriz por las obligaciones de su subordinada. Así las cosas, demandante y demandado deben esperar a que se pronuncie la justicia ordinaria, en los términos del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995. Por lo demás, la orden que impartió la Corte Constitucional tiene vigencia hasta la culminación del proceso judicial que se instaure para establecer la modalidad de responsabilidad y su titularidad.

No se sabe, ni lo señala la sentencia, qué ocurriría si el proceso ordinario por responsabilidad subsidiaria en contra de la matriz se falla a favor de

situación de la sociedad en liquidación a más de referirse a la estricta observancia de las normas procesales, especialmente las de los procesos concursales prevista en la ley 222 de 1995, le corresponde al liquidador hacer una exposición de la situación económica y financiera de la empresa, y de la forma como se están utilizando los recursos de la compañía” (Oficio 220-18876, 10 de mayo de 2001).

¹⁶ Se comparte la opinión de Silva García, quien afirma: “... la sentencia de tutela SU-1023 de 2001, incurre en una contradicción insalvable puesto que al tiempo que proclama la vigencia de la presunción de inocencia respecto de la matriz (...) sostiene también que para la protección de los derechos fundamentales de los jubilados, ha de declararse transitoriamente responsable a la matriz, es decir, que sin que haya habido debido proceso, sin que se haya decidido sobre la responsabilidad que se debe establecer en el proceso ordinario, sin que la matriz haya tenido ocasión de ser oída y vencida en juicio, se le declara culpable transitoriamente”. SILVA GARCÍA, Fernando. *Personificación jurídica, separación patrimonial y ejercicio de la actividad financiera*. En: La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad. Bogotá: CEJA, 2004, p. 281.

ésta y en contra de los acreedores laborales. Es decir, qué sucedería si luego de pagarse varios años de mesadas pensionales y aportes de seguridad social, la justicia ordinaria declara improcedente la responsabilidad de la matriz. Al parecer, la Corte partió de la base de que esa responsabilidad será, en todo caso, reconocida por el juez ordinario. Con todo, sería sensato suponer que la matriz conservaría un crédito contra la filial, que se podría hacer exigible bajo las pautas de los créditos posconcursoales, es decir, de manera preferencial sobre los demás pasivos externos.

Por último, la corporación hizo una extraña recomendación a la entidad matriz, al señalar la posibilidad de que su accionista mayoritario comprara los activos de la filial con el propósito de que aquella pudiera obtener la liquidez que requería. Esta expresión es uno de los mayores desaciertos de la sentencia SU-1023 de 2001. En efecto, si para la Corte Constitucional existía una responsabilidad presunta de la matriz por las obligaciones insolutas de su filial, el mecanismo sugerido la desvirtuaba por entero. Es claro que las compras de activos por parte del accionista controlador no implicaban de su parte la asunción de responsabilidad. La operación recomendada representa tan solo la sustitución de un activo por otro, sin que ello significara cambio alguno en la situación patrimonial de la sociedad concursada. Se trata de una inexplicable confusión que, paradójicamente, atenuó el sentido del fallo.

El más elemental análisis de Derecho Privado permite evaluar negativamente el efecto de esta determinación expedida por la Corte Constitucional. Un examen superficial de los hechos presentes en este proceso puede conducir a la conclusión errónea de que los derechos de los acreedores de obtener la satisfacción de sus créditos son de superior jerarquía, si se les compara con el que se les confiere a los accionistas a mantenerse indemnes respecto de las obligaciones sociales.

Se trata, podrá decirse ingenuamente, de un interés general, de orden público, cuya primacía se impone. Si a ello se suma que se trata de titulares de deudas laborales o de pensionados, el argumento sofista gana fuerza y se hace aún más sugestivo. No obstante, si el asunto se analiza con alguna profundidad se llega a conclusiones opuestas derivadas, entre otras muchas razones, de los innegables beneficios que el sistema económico obtiene de un régimen de garantías para la inversión en las sociedades de capital.

Aparte del argumento relativo al reconocimiento universal del sistema de hermetismo patrimonial conferido a las sociedades anónimas, existe un importante acervo doctrinario que defiende este principio esencial del derecho societario. Los juiciosos estudios que sobre el tema han adelantado Easterbrook y Fischel han demostrado las consecuencias nefastas a las que puede dar lugar la abolición del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades¹⁷. Recientemente, Bainbridge formuló sobre este particular una apreciación simple y contundente: "... el hecho de que un juez se niegue a hacerle extensiva la responsabilidad a un accionista por obligaciones de la sociedad es equivalente a la de hacer cumplir judicialmente las obligaciones derivadas de un contrato"¹⁸.

2.2.3. Sentencia C-621 del 2003 sobre administradores

Una de las normas más conocidas del régimen societario es el artículo 163 del Código de Comercio. Según esta disposición, la designación de los representantes legales está sujeta a registro en la Cámara de Comercio y no implica una reforma del contrato social, por tratarse de una simple ejecución de este negocio jurídico.

Los mismos administradores sociales deben proceder a realizar las inscripciones de nombramientos a los que se refiere la norma¹⁹. En reiterada doctrina societaria se ha entendido que el registro mercantil de los nombramientos de representantes legales y revisores fiscales tiene carácter constitutivo, por razón de la expresión categórica del artículo 164 del mismo código, según la cual mientras no se cancele la inscripción, "conservarán tal carácter para todos los efectos legales"²⁰. Así, solía entenderse que la renuncia presentada

¹⁷ EASTERBROOK, Frank H. y FISCHEL, Daniel R. *The economic structure: Corporate law*. Harvard University Press, Cambridge: 1996, p. 40 y ss.

¹⁸ BAINBRIDGE RANK, Stephen. *Corporation law and economics*. Nueva York: Foundation Press, 2002, p. 381 y ss.

¹⁹ La omisión de este deber podría exponerlos a sanciones legales que podrían hacerse efectivas a partir de acciones previstas en la ley, tales como la acción social de responsabilidad (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-109679, 2 de diciembre de 1999).

²⁰ De ahí que la Superintendencia de Sociedades haya sostenido que la doctrina y la jurisprudencia coinciden "... en establecer que la inscripción en el registro mercantil de los nombramientos del representante legal y del revisor fiscal tienen efectos constitutivos y no meramente declarativos y que, por lo tanto, es a partir del acaecimiento de tal acto que comienzan el ejercicio de sus funciones y no a partir de su designación" (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-92421, 8 de octubre

por estos funcionarios no los liberaba de las responsabilidades propias de sus cargos, mientras no se registrara una nueva designación²¹.

La errática jurisprudencia de la Corte Constitucional interfirió en la interpretación de esta norma, mediante la sentencia que se comenta. De este antecedente se ha inferido la posibilidad de inscribir en el Registro Mercantil las renunciaciones presentadas por los representantes legales y revisores fiscales de las sociedades. Si en el término de un mes, contado a partir del envío de la comunicación a la cámara de comercio respectiva, no se ha inscrito en el registro mercantil un nuevo nombramiento cesan las responsabilidades de los renunciados.

La Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que la responsabilidad que endilgan a los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos, mientras se registra un nuevo nombramiento, no puede carecer de límites temporales y materiales. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los órganos sociales competentes en cada caso, de proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento; (ii) para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales; (iii) si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento deberán producirlo dentro del plazo de 30

de 1999). De esta misma interpretación surge la idea de que la reelección de un representante legal ya inscrito no está sujeta a un nuevo registro ante la cámara de comercio del domicilio social (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-24334, 11 de junio de 2001). Por último, es claro que los apoderados de la sociedad no deben inscribirse en el Registro Mercantil (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-77309, 11 de agosto de 1999).

²¹ Ello no era óbice para que los representantes legales y revisores fiscales renunciaran a sus cargos. No obstante, mientras tales renunciaciones fueran aceptadas, estos debían mantenerse en ejercicio de sus funciones (Superintendencia de Sociedades, oficio 220-37426, 2 de junio de 2000).

días contados a partir del momento de la renuncia, remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de sus responsabilidades y derechos inherentes. A esta conclusión arriba la Corte, aplicando por analogía las normas que regulan la terminación del contrato de trabajo a término indefinido contenidas en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 5° del decreto ley 2351 de 1956.

Bajo este inquietante antecedente judicial, la sociedad queda virtualmente acéfala. Se trata de un raciocinio vacío de la corte pues, en aras de promover el libre desarrollo de la personalidad de tales funcionarios, deja al resto de la comunidad desprotegida. Además, la Corte hizo una afirmación cuyo entendimiento ha dado lugar a gran incertidumbre jurídica: "... pasado el término de 30 días, y mediando comunicación del interesado sobre el hecho de su desvinculación, dicha inscripción adquiere un carácter meramente formal"²².

2.2.4 Sentencia SU-636 del 2003 sobre matrices filiales y grupos de sociedades

Esta decisión judicial se constituye en uno de los pocos pronunciamientos en materia de sociedades en los que la Corte Constitucional ha respetado, en buena medida, el precedente sentado por ella misma en la sentencia SU-1023 del 2001. Claro que en esta oportunidad se habría esperado, más bien, la reversión del antecedente que sobre la responsabilidad subsidiaria de las matrices se había sentado para el caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana.

La sentencia SU-636 del 2003 confirmó la idea de responsabilidad presunta de carácter temporal por parte de la sociedad matriz, mientras se produce un pronunciamiento de la justicia ordinaria sobre la acción de desestimación

²² Esta disposición parte de una interpretación analógica del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo. Con todo, no es claro el fundamento a partir del cual las cámaras de comercio deben proceder de la forma indicada en la sentencia, puesto que los actos sujetos a registro están definidos de modo imperativo en la ley.

de la personalidad jurídica del párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995. Igual a como había ocurrido en el anterior precedente, la Corte decidió proteger a los pensionados de la sociedad filial, mediante la orden impuesta a las compañías matrices en el sentido de suministrar recursos líquidos para el pago de esas obligaciones.

En palabras de la corporación:

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

Debe insistirse en que la carencia de una valoración objetiva de la conducta de las sociedades matrices en los dos precedentes judiciales analizados ha creado incertidumbre sobre el principio de limitación de responsabilidad, propio de las sociedades de capital. Con razón se ha afirmado que "...la tutela ha trastocado el escenario jurídico; de un mecanismo judicial subsidiario ha pasado a quebrar la jurisdicción ordinaria; el mecanismo pensado para que

actuara en donde no alcanzaba la mano del juez ordinario, se ha convertido en el instrumento que impide u obstaculiza que esa mano actúe”²³.

Precisamente, es esa suplantación de la jurisdicción ordinaria la que ha dejado sin efecto el proceso de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad contenido en el parágrafo del artículo 148. En realidad, poco interés tienen los acreedores en intentar este camino procesal cuando disponen de una protección expedita que no se sujeta a las dificultades probatorias inherentes a cualquier proceso de responsabilidad²⁴.

²³ LÓPEZ, Eduardo. “La tutela para el pago de las obligaciones pensionales y las limitaciones de la responsabilidad de los accionistas”. En: *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: CEJA, 2004, p. 367.

No obstante, con posterioridad a los antecedentes judiciales mencionados, la misma Corte Constitucional ratificó la validez del principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital. Al reconocer la constitucionalidad del artículo 373 del Código de Comercio, mediante sentencia C-865 del 2004, la corporación puso de presente que tal postulado es esencial para el sistema económico porque permite la generación de empleo e incrementa las expectativas de recursos fiscales para el Estado. En los términos de la sentencia, “... la limitación de riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la constitución económica y de las reglas axiomáticas de la economía social de mercado”. Debe resaltarse en este texto el análisis de las posturas más representativas de la doctrina contemporánea sobre la limitación de responsabilidad. Se trata de una valoración más técnica que la efectuada por la corporación judicial en ocasiones pasadas. Claro que, con buen criterio, el alto tribunal formula la salvedad relacionada con el carácter relativo del derecho de los accionistas de una sociedad de mantener su responsabilidad limitada. Así, la corporación deja a salvo la posibilidad de que se puedan salvaguardar los derechos de terceros, de manera que se impide el uso abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad, en especial, en aquellos casos en que se ha presentado fraude, engaño o transgresión del orden público. En la providencia también se afirma que la posibilidad de extender la responsabilidad en estos casos depende de las hipótesis señaladas por el legislador, que es el órgano estatal facultado para definir tales asuntos.

²⁴ Se conoce un antecedente de acción de desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad subordinada, fallado por el Juzgado 6° Civil del Circuito de Medellín, el 8 junio de 2004. En esta sentencia se hizo una detallada valoración de la responsabilidad de las matrices conjuntas de la sociedad industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria. A partir de una valoración de los hechos de la demanda, el juez de instancia consideró que las sociedades controlantes habían determinado la crisis de su filial común. Sin embargo, este fallo fue revocado en apelación por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 13 de octubre de 2004. La determinación del *ad quem* se basó en la carencia de legitimación activa del demandante para impetrar la acción prevista en el artículo 148 de la ley 222 de 1995. En el caso mencionado, la demandante había sido la propia sociedad por conducto de su liquidador. Como circunstancia interesante puede observarse la falta de interés de los acreedores —y en especial la de los pensionados— en intentar esta acción.

Debido a que el amparo que se confiere por vía de tutela tiene una temporalidad supeditada a la decisión definitiva del juez ordinario, a los acreedores no les conviene adelantar el proceso previsto en la norma precitada debido al riesgo de un fallo adverso que pondría fin a los pagos ordenados por la jurisdicción constitucional. A quienes resultan beneficiarios de la protección garantizada por vía de tutela les basta, por tanto, mantenerse en el estatus provisional del que habla la Corte. Así, mientras no se profiera un fallo en la jurisdicción ordinaria, las entidades matrices seguirán obligadas a cubrir el valor de las obligaciones pendientes de la subordinada sujeta al trámite concursal. Además, debido al carácter preferencial de la acción de tutela, no tendrán interés en el proceso concursal, cuyo foro de atracción resultará quebrantado de modo irreparable.

2.2.5 Sentencia C-865 de 2004 sobre responsabilidad de accionistas en sociedades anónimas

Esta sentencia constituye una posición insular en materia de responsabilidad de los accionistas en las sociedades de capital. Luego de los precedentes relativos a la responsabilidad de matrices, ampliamente reseñados en los acápites que anteceden, la Corte le confirió cierta seguridad jurídica al principio de separación patrimonial propio de las sociedades anónimas.

Es curioso que la misma corporación se hubiera declarado inhibida para pronunciarse sobre este asunto en más de una ocasión. Tal vez el clamor de una parte de la opinión pública y la notoria preocupación de sectores académicos y empresariales tuvieron alguna incidencia en los términos categóricos de este pronunciamiento.

En la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 373 del Código de Comercio —el mismo que le garantiza a los accionistas un riesgo limitado sobre el monto de sus aportes—, se aludió a dos preceptos constitucionales presuntamente transgredidos: el artículo 53 —relativo al carácter irrenunciable de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales— y el 49 —sobre la imposibilidad de renunciar a los derechos a la seguridad social—. Los demandantes proponían la inexequibilidad de la norma de manera que los accionistas de las sociedades anónimas tuvieran que responder, en todos los casos, por las obligaciones laborales a cargo de la sociedad.

Al reconocer la constitucionalidad del artículo 373 del Código, la Corte puso de presente que tal postulado es esencial para el sistema económico, entre otras razones, porque permite la generación de empleo e incrementa las expectativas de recursos fiscales para el Estado. En los términos de la sentencia, la limitación de riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad, la disposición permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la constitución económica y de las reglas axiomáticas de la economía social de mercado²⁵.

Así mismo, la corporación afirmó que la limitación de responsabilidad es un principio fundamental del sistema económico, puesto que permitía el crecimiento y progreso en general, principios básicos de la Constitución colombiana: “Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución económica”.

Igualmente, la corporación afirmó que no se puede desconocer la autonomía moral de las personas jurídicas ni se puede privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento. Así, señaló: “... la limitación del riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad, permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la constitución económica y reglas axiomáticas de la economía social de mercado”.

En este texto judicial debe resaltarse el análisis de las posturas más representativas de la doctrina contemporánea sobre el tema de la limitación de responsabilidad. La providencia de la Corte Constitucional tuvo en cuenta algunos de los principales autores, como Easterbrook y Fischel, quienes se han referido a los riesgos inherentes del irrespeto judicial de este principio. Se trata

²⁵ En el mismo pronunciamiento judicial se expresó: “A *contrario sensu*, en las denominadas sociedades *intuitus pecuniae*, tal y como ocurre con las sociedades anónimas, el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de los accionistas y de la sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles -permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país-”.

de una valoración más técnica que la efectuada por la corporación judicial en ocasiones pasadas. Este solo hecho denota una diferencia de enfoque muy favorable en comparación con sentencias anteriores sobre la misma materia.

Con buen criterio, la Corte formuló la salvedad relacionada con el carácter relativo del derecho de los accionistas de una sociedad a mantener su responsabilidad limitada. Así, la corporación dejó a salvo la posibilidad de que se puedan salvaguardar los derechos de terceros, de manera que se impida el uso abusivo de la personalidad jurídica de la sociedad, en especial, en aquellos casos en que se presenta fraude, engaño o transgresión del orden público. Pero también se afirmó en la providencia que la posibilidad de extender la responsabilidad en estos casos depende de las hipótesis señaladas por el legislador, órgano estatal facultado para definir estos asuntos.

No deja de ser interesante la afirmación que se hace en el texto sobre la posibilidad de que el Congreso reglamente lo que debe ocurrir respecto de los derechos de los pensionados, en los casos de liquidación de una sociedad en que existan esta clase de pasivos insolutos. Aunque es arriesgado formular normas de carácter general en materia de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad, es sugestiva la posibilidad de que se le ponga fin a la incertidumbre judicial sobre este asunto mediante principios legislativos que definan modalidades de extensión de responsabilidad en hipótesis de fraude de los asociados. De esta forma, el legislativo podría contribuir a delimitar con precisión un entorno jurídico de gran complejidad, debido a los graves intereses involucrados.

2.2.6 Sentencia C-716 del 2006 sobre capacidad

En esta sentencia la Corte Constitucional declaró inexecutable la parte final del artículo 103 del Código de Comercio, tal como había sido reformado por la ley 222 de 1995. El precepto señalaba que para la aportación a una compañía de derechos reales sobre bienes inmuebles, bastaba con identificarlos en la escritura de constitución. La frase correspondía a la innovación introducida hace más de diez años, consistente en suprimir la anacrónica “autorización judicial

con conocimiento de causa” prevista en el código para el aporte de derechos reales sobre inmuebles de propiedad de incapaces²⁶.

Aparte del obsoleto formalismo que una vez más se pone de manifiesto en esta jurisprudencia, queda la sensación de que la Corte no encontró relevante la modernización del derecho comercial colombiano. No se entiende por qué la corporación afirmó que la supresión de esa autorización judicial no se justificaba en aras de garantizar “la dinámica ágil de las relaciones comerciales”. Esta actitud reaccionaria es particularmente nociva en momentos en que el país se apresta a insertarse en mercados ampliados, cuyo dinamismo demanda la vigencia de reglas acordes con las realidades contemporáneas del tráfico.

En criterio de la Corte, la norma inexequible desconoce el mandato constitucional de protección a las personas en situación de debilidad manifiesta²⁷.

²⁶ La Corte Constitucional se expresó sobre este particular en los siguientes términos: “Estudiado todo lo anterior, la Corte tiene suficientes elementos de juicio para determinar si la eliminación del requisito de autorización judicial para el aporte en sociedad de derechos reales de los incapaces sobre inmuebles constituye el incumplimiento del deber del legislador de adoptar las medidas necesarias y conducentes para proteger sus intereses, o si más bien dicha eliminación favorece los intereses de los incapaces, al permitirles actuar de manera oportuna en las relaciones comerciales, que se caracterizan por su dinámica ágil. A juicio de la Corte, la licencia judicial derogada por la norma acusada sí era una medida necesaria y conducente para proteger los derechos de los incapaces. En efecto, al prescindir de ella desapareció el mecanismo que por excelencia permitía prevenir actos dispositivos sobre la propiedad raíz en cabeza suya y realizados sin suficiente diligencia en perjuicio de sus intereses, o incluso dolosos. Pues aunque la buena fe conforme a la Constitución se presume, la adopción de ciertas cautelas en defensa de intereses constitucionalmente protegidos, como lo son los de los incapaces, no puede considerarse como una decisión legislativa contraria al artículo 83 de la Constitución. Ciertamente, la presunción de buena fe a que se refiere dicha norma superior no impide que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de que se den ciertos comportamientos contrarios a derecho y se adopten medidas para prevenir sus efectos, como acertadamente lo ha explicado la jurisprudencia...”

²⁷ Sobre el particular, la Corte se pronunció en los siguientes términos: “También por esta especial valía que se confiere a la propiedad raíz, en el Código Civil se exige que el representante legal de los incapaces obtenga la previa licencia judicial para llevar a cabo actos jurídicos que impliquen la disposición o el gravamen de bienes inmuebles de sus representados. No obstante, la norma acusada permite obviar o pretermitir dicha autorización judicial exigida por las normas civiles, pues resulta obvio que una vez que el inmueble esté en cabeza de la sociedad, para su enajenación no será necesaria la licencia del juez. De esta manera, no solamente la norma acusada permite el cambio de un derecho real que recae sobre un inmueble, derecho que tradicionalmente ha sido considerado de gran valía - por acciones, cuotas o partes de interés que implican para el incapaz la posibilidad de obtener ganancias o pérdidas-, sino que adicionalmente dicha disposición abre el camino para que de los inmuebles de los incapaces se pueda disponer sin la licencia judicial exigida por el Código Civil”.

Al parecer, el alto tribunal estimó que la engorrosa autorización judicial es una garantía eficaz y útil a los fines de protección de los incapaces. Claro que como la norma quedaba circunscrita a la aportación de derechos reales sobre inmuebles, lo que hizo la corporación fue crear una discriminación injustificada de los bienes muebles.

La conclusión que se deriva del raciocinio presente en la sentencia suscita perplejidad. Si un menor es dueño de una enorme fortuna representada en títulos valores, recursos líquidos, derechos de propiedad intelectual y otros bienes muebles, toda esa riqueza podrá ser aportada a una sociedad sin mediar autorización de ninguna naturaleza. Por el contrario, si el incapaz es propietario, por ejemplo, de un derecho de usufructo sobre un inmueble de escaso valor, su aportación deberá someterse al trámite de autorización judicial, mediante demanda justificativa de la enajenación.

La Corte se basó en la premisa válida en la época del imperio romano según la cual la propiedad inmueble es de “especial valía”, como se afirma en el texto de la sentencia²⁸. La discriminación entre los dos sistemas de aportación parece más contraria a la Constitución que la norma declarada inexecutable.

Por lo demás, se echa de menos otro raciocinio que encontraría sustento en elementales preceptos constitucionales: la sentencia parece presumir la mala fe de los padres o representantes del incapaz. Someter todo aporte de derechos reales sobre inmuebles de propiedad de incapaces al veredicto ineludible de una autoridad judicial, implica presumir su dolo.

En efecto, parece que la Corte consideró que una aportación de tal índole conduciría a una defraudación, salvo que un juez opine lo contrario. Lo

²⁸ Sobre el particular, la Corte se pronunció en los siguientes términos: “También por esta especial valía que se confiere a la propiedad raíz, en el Código Civil se exige que el representante legal de los incapaces obtenga la previa licencia judicial para llevar a cabo actos jurídicos que impliquen la disposición o el gravamen de bienes inmuebles de sus representados. No obstante, la norma acusada permite obviar la autorización judicial exigida por las normas civiles, pues resulta obvio que una vez que el inmueble esté en cabeza de la sociedad, para su enajenación no será necesaria la licencia del juez. De esta manera no solamente la norma acusada permite el cambio de un derecho real que recae sobre un inmueble, derecho que tradicionalmente ha sido considerado de gran valía, por acciones, cuotas o partes de interés que implican para el incapaz la posibilidad de obtener ganancias o pérdidas, sino que adicionalmente dicha disposición abre el camino para que de los inmuebles de los incapaces se pueda disponer sin la licencia judicial exigida por el Código Civil”.

lógico —y constitucional— sería todo lo contrario: estimar, por ejemplo, que los padres de un menor, normalmente, aspiran al bienestar de su hijo. Así, sería lógico presumir que la aportación a una sociedad conduce al incremento del patrimonio del incapaz, mediante una explotación económica que pueda generar mayor valor. Lo contrario equivale a desconocer el objetivo lícito que subyace al contrato social según el Código de Comercio.

Todos estos análisis justificativos de la reforma en el régimen de capacidad aparecen en los antecedentes de la ley 222 de 1995 y en la doctrina que se ha divulgado luego de la expedición de esta norma. Además de la aparente omisión en el análisis de estos antecedentes, se advierte un desconocimiento de las protecciones adicionales que se introdujeron en esa ley para todos los incapaces.

La Corte expresó que el legislador debe darle contenido a la protección constitucional de las personas en situación de debilidad manifiesta. Pero ignoró que fue eso lo que se intentó con la ley 222. La norma había calificado las reglas sobre la capacidad para celebrar el contrato de sociedad al incluir en las prohibiciones para formar parte de las sociedades de riesgo ilimitado a todos los incapaces y no sólo a los menores, como estaba previsto en el Código de Comercio de 1971. Sin embargo, esta sensible modificación se desconoció para enfatizar trámites burocráticos de escasa significación, como el que la Corte defiende a ultranza.

La conclusión más grave que surgió de esta sentencia judicial es que el legislador está imposibilitado para flexibilizar el régimen societario en esta materia, a menos que una norma constitucional así lo establezca. Por desgracia esta misma inferencia podría extrapolarse a otros ámbitos del derecho comercial con consecuencias muy nocivas para todo el sistema que sirve de base para la actividad económica.

3. Conclusión

El derecho societario colombiano se enfrenta a nuevas realidades jurídicas con las que será necesario convivir. Ellas se han originado en la presencia, cada vez más frecuente, de antecedentes judiciales que coexisten con las normas de derecho escrito. Aunque no podría señalarse que se ha avanzado hacia un sistema de corte anglosajón en donde las decisiones judiciales le dan sentido y alcance a

las normas, sí es razonable considerar una cierta “constitucionalización judicial” del derecho societario. Esta situación no es atípica en el derecho societario latinoamericano, debido a concepciones tales como la del Estado Social de Derecho. La incidencia de estas formulaciones se refleja invariablemente en la supremacía de los derechos fundamentales, cuya defensa se efectúa aun a costa de reglas básicas del Derecho Privado.

Según se expresó al comienzo, no hay nada reprochable en que los ciudadanos cuenten con mecanismos de acceso a la justicia para la defensa de sus garantías constitucionales. Tampoco puede considerarse nociva la participación judicial en la creación de normas jurídicas. En el derecho anglosajón e incluso en los países de Europa continental es muy frecuente que las cortes y los tribunales modulen o establezcan principios —en ocasiones muy audaces—, cuya vigencia corre paralela con una multiplicidad de normas escritas.

Las dificultades identificadas a lo largo de este breve ensayo aluden más bien a dos factores perturbadores para la estabilidad y certidumbre del sistema. El primero se refiere a la falta de rigor de muchas de las sentencias proferidas por la jurisdicción constitucional. El segundo corresponde a la inercia del legislativo en su deber de contrarrestar precedentes judiciales que afecten las condiciones básicas de la inversión en una economía de mercado.

El lector puede hacerse una idea del escaso rigor con el que se asume el valor del precedente. En las determinaciones judiciales analizadas, no es fácil establecer cuáles hechos son considerados relevantes por la Corte Constitucional y cuáles no, qué forma parte de la regla de derecho, qué constituye *obiter dicta* y, más grave aún, en qué consiste el fundamento jurídico de la sentencia —*rationale*—. Por lo demás, se trata de un *stare decisis* deficiente, en el que ni siquiera se respeta la fuerza jurídica de lo fallado en sentencias anteriores.

El otro aspecto relevante consiste en la carencia de una actividad dinámica por parte del órgano legislativo. Éste debería defender su autonomía en la creación del derecho, mediante la expedición de disposiciones legales que contribuyan a atenuar el impacto de sentencias judiciales que pongan en riesgo la estabilidad de las normas básicas que garantizan la inversión. Esta labor abarcaría la producción de leyes en materia de sociedades que introduzcan preceptos sustanciales y de procedimiento suficientemente claros, de manera

que morigere la interferencia de la jurisdicción constitucional en parcelas tradicionalmente reservadas a la iniciativa privada.

En los países de tradición anglosajona en donde coexisten simultáneamente las normas jurídicas escritas y los precedentes judiciales se procura establecer un cierto equilibrio entre la labor de los jueces y la de los legisladores. Así, no es infrecuente que los órganos legislativos federales y estatales atenúen el alcance y la relativa inseguridad jurídica a la que pueden dar lugar las sentencias judiciales, mediante preceptos positivos en los que se incorpore la “regla de derecho” impuesta judicialmente y las circunstancias fácticas en las que podrían presentarse en casos futuros.

En Colombia tampoco debe descartarse la alternativa de una reforma constitucional. En una Carta Política tan prolija en disposiciones de toda índole, no sorprende que se produzca por lo menos una enmienda constitucional por año. Aunque no debería hacer carrera la tesis de reformar la Constitución para todo, no es descabellado proponer una modificación que introduzca normas sobre sociedades y concursos.

La relevancia de estas reformas sería crucial en épocas de auge económico, cuando se requieren reglas claras y garantías adecuadas para la inversión. Se trataría de introducir uno o dos preceptos en los que se defina en términos precisos el alcance del principio de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital y sus excepciones, así como la definición de una jurisdicción concursal sin esguinces al principio de colectividad y al foro de atracción que lo caracteriza. Estas normas serían indispensables para recuperar la confianza en la sociedad comercial en Colombia, cuya credibilidad ha sido minada por las referidas sentencias de la Corte Constitucional.

Velo corporativo y jurisprudencia

Jorge Hernán Gil Echeverry*

1. Introducción

Sin duda, un tema que sigue siendo novedoso en el derecho colombiano es el relativo a la teoría anglosajona del *disregard of legal entity*. Esta doctrina también es conocida en nuestro medio como el “levantamiento del velo corporativo”, “allanamiento de la personería jurídica”, “penetración de la personería jurídica” o “desestimación de la personería jurídica”.

La limitación de la responsabilidad como instrumento legal que facilita el desarrollo económico a través de las sociedades anónimas, las nuevas sociedades por acciones simplificadas y las de responsabilidad limitada que impide la comunicación de las deudas sociales con el patrimonio personal de los socios, constituye un principio fundamental del derecho societario que debe mantenerse. Es universalmente aceptado que la persona jurídica debe ser el sujeto pasivo de las obligaciones, cualquiera que sea la forma asociativa o constitutiva que detente; por lo tanto sus fundadores o asociados son liberados de cualquier responsabilidad patrimonial directa por las deudas sociales.

Este principio normativo ha venido sufriendo menoscabo en nuestro medio, no tanto por las normas que expresamente consagran la posibilidad de levantar el velo corporativo, sino en virtud de la jurisprudencia que, a pesar de ser muy escasa, resulta incoherente y contradictoria. Sin embargo, son rescatables y de suma utilidad algunos aportes jurisprudenciales como se verá en este escrito.

* Abogado de la Universidad del Cauca. Especialista en Derecho Comercial y Sociedades de la Universidad Javeriana. Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Cámaras de Comercio de Bogotá, Barranquilla, Santa Marta, Cartagena, Bucaramanga e Ibagué. También es catedrático en pregrado y posgrados de las universidades Privada de Bolivia y Santa Cruz; y en Colombia, Javeriana, Externado, Rosario, Católica, Santo Tomás y Pontificia Bolivariana.

2. Teoría de la limitación del riesgo

Desde la aparición misma de las sociedades de responsabilidad limitada a los aportes realizados por los asociados como se conoce en Colombia, o sociedades sin responsabilidad de los asociados por las operaciones sociales como es frecuente en otros países, se estableció el principio fundamental de la limitación del riesgo, con el fin de que de ninguna manera las deudas sociales fueran trasladadas a los socios. De aquí que en el derecho comparado sea natural que la sociedad legalmente constituida forme una persona jurídica diferente a los socios individualmente considerados, tal como lo establece el artículo 98 del Código de Comercio.

En relación con este principio cartular, la razón de ser, la utilidad y la necesidad de estas entidades jurídicas con patrimonio autónomo al de sus constituyentes, se ha dicho:

Es oportuno puntualizar que a partir del nacimiento de la sociedad se origina una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, que por su misma esencia supone la asignación de un catálogo de atributos que le permiten distinguirse de otras formas asociativas y de las personas naturales que concurren a su formación.

Por consiguiente, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad le permite a ésta actuar y desempeñarse en la vida jurídica con independencia de sus socios, como gestora de una actividad económica autónoma y dueña de su propio destino.

Nótese cómo la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la 'teoría de limitación de riesgo'.

Contrario sensu, en las denominadas sociedades anónimas el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación del riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como permitir la circulación de riqueza como medio económico del país.

Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para

fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la constitución económica.

La finalidad de este derecho constitucional se plasma, entonces, en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objeto común no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico¹.

De manera que los actos asociativos mediante los cuales los participantes constituyentes crean una persona jurídica diferente a ellos, individualmente considerados y con separación patrimonial encuentran pleno respaldo constitucional. De otra parte, y según la alta corporación, la Constitución Nacional sólo impone dos límites a este derecho de asociación con limitación de responsabilidad de los asociados: a) la prohibición de su uso abusivo y b) la protección de derechos ajenos.

Ahora bien, al ser el derecho de asociación del tipo constitucional fundamental o cartular, al suponer un instrumento necesario para la circulación de la riqueza, nada impide que el legislador disponga que por las operaciones y deudas sociales responde exclusivamente la sociedad comercial de responsabilidad limitada la sociedad por acciones simplificadas o la anónima y no sus socios, tal como se consigna en los artículos 252, 363 y 373 del Código de Comercio. Por lo tanto, como principio igualmente fundamental, la ley deja en claro que no existe solidaridad entre estos tipos sociales y sus socios, salvo que el legislador, de manera expresa e inequívoca, así lo establezca:

De esta manera, los actos asociativos mediante los cuales los participantes crean una persona jurídica diferente a ellos considerados individualmente encuentran pleno respaldo constitucional. Según la corporación, la Constitución Política solo impone dos límites a este derecho de asociación: (i) la prohibición de su uso abusivo y (ii) la protección de derechos ajenos.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, al ser el derecho de asociación del tipo constitucional fundamental o cartular, dado que se trata de un instrumento necesario para la circulación de la riqueza, nada impide que el legislador disponga que de las operaciones y deudas sociales responde exclusivamente la sociedad comercial de responsabilidad limitada o la anónima y no sus socios, tal como se consigna en los artículos 252, 363 y 373 del Código de Comercio. Por lo tanto, como principio igualmente fundamental, la ley deja en claro que no existe solidaridad entre estos tipos sociales y sus socios, salvo que el legislador, de manera expresa e inequívoca, así lo establezca: 'Por otra parte, estima la Corte que la figura de la solidaridad es de creación legal, y también el establecimiento de sus excepciones. Por lo tanto, bien puede el legislador, como lo hizo en la norma cuestionaria, introducir la responsabilidad solidaria como un mecanismo tendiente a impedir, secreta, la práctica de la evasión tributaria'².

No cabe duda de que la solidaridad entre la sociedad y los socios con responsabilidad limitada constituye una figura excepcional y, en principio, sólo opera cuando así lo ha determinado de manera clara y expresa el legislador, lo cual se desprende de lo prescrito en el artículo 1568 del Código Civil. Según este precepto, la solidaridad sólo se configura por disposición legal o por acuerdo entre las partes.

De conformidad con tal principio, en materia societaria se ha estructurado ampliamente la teoría de la limitación del riesgo, como un mecanismo esencial de protección a los inversionistas-socios:

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta los argumentos hasta el momento expuestos, es oportuno puntualizar que a partir del nacimiento de la sociedad se origina una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, que por su misma esencia supone la asignación de un catálogo de atributos que le permiten distinguirse de otras formas asociativas y de las personas naturales que concurren a su formación.

² Corte Constitucional. Sentencia C-210 del 1 de marzo de 2000. MP Fabio Morón Díaz.

Por consiguiente, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad, le permite a ésta actuar y desempeñarse en la vida jurídica con independencia de sus socios, como gestora de una actividad económica autónoma y dueña de su propio destino.

Tan importante es la separación patrimonial entre socios y sociedad que el ordenamiento jurídico les otorga la denominada 'acción de impugnación' a los administradores, revisores fiscales y socios ausentes, y disidentes.

Nótese como la existencia de una clara división patrimonial permite explicar la 'teoría de limitación de riesgo'.

Contrario sensu, en las denominadas sociedades *intuitus pecuniae*, tal y como ocurre con las sociedades anónimas, el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles como permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país.

Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la constitución económica⁵.

Conforme a lo señalado por la jurisprudencia anterior, se tiene que el derecho a la asociación, como factor de creación de riqueza, resulta fundamental para el desarrollo del país y, por tal virtud, encuentra una especial protección en la Constitución Política. Por otra parte, la teoría de la limitación del riesgo también se encuentra acorde con la Carta Política, razón por la cual, para predicar una responsabilidad entre la sociedad y los socios de responsabilidad limitada, por cuenta de las deudas y operaciones sociales, debe existir una consagración legislativa expresa e inequívoca.

De aquí que el levantamiento del velo corporativo respecto a las sociedades anónimas, por acciones simplificadas y limitadas, como principio general,

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

sólo procede excepcionalmente y cuando así lo haya dispuesto el legislador. En otras palabras: resulta esencial y natural que en este tipo de sociedades los socios no respondan por las obligaciones sociales y, por lo tanto, el levantamiento del velo corporativo sólo acontece de manera excepcional mediante la consagración de normas especiales y de interpretación restrictiva, tal como acontece con lo previsto en el artículo 42 de la ley 1258 de 2008, precepto que dispone la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad por acciones simplificadas cuando dicha empresa se utilice en perjuicio de terceros o en fraude a la ley.

No obstante, el principio general de la limitación de la responsabilidad de los asociados se encuentra morigerado y atenuado por la teoría del abuso del derecho respecto del cual, igualmente, su aplicación resulta excepcional y restrictiva en materia societaria. Esta es la tendencia jurisprudencial y doctrinal en el derecho comparado: “Ahora bien, dicha operación de levantamiento del velo societario debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos, y de forma subsidiaria; en otras palabras cuando no haya más remedio y no pueden esgrimirse otras armas sustantivas y procesales”⁴.

Es importante destacar que la jurisprudencia española no sólo predica que el levantamiento del velo corporativo societario es excepcional, sino que, igualmente, ha estructurado una sólida doctrina basada en la identidad de intereses entre la sociedad y los socios, relacionada con la conducta causante del daño a terceros, para proceder a la desestimación de la personería jurídica⁵.

3. Consagración general

En la legislación colombiana, ciertamente, existen normas que de manera excepcional, y respetando los principios constitucionales ya enunciados de la teoría de la limitación del riesgo y la separación patrimonial, han consagrado expresamente, de manera directa e inequívoca, la facultad judicial o administrativa para levantar el velo corporativo y desestimar la personería jurídica de las sociedades. Así se consagra en los artículos 71, 148 y 207 de la ley 222

⁴ Tribunal supremo español. Sentencia del 31 de octubre de 1996.

⁵ Tribunal supremo español, Sentencias del 7 de junio de 1995 y del 26 de diciembre de 1990.

de 1995, artículo 37 de la ley 142 de 1994, artículo 44 de la ley 190 de 1995, en la ley 356 de 1997 y en el artículo 42 de la ley 1258 de 2008.

Para la jurisprudencia nacional, de acuerdo con la tendencia universal, es igualmente cierto que la consagración legal del levantamiento del velo corporativo debe ser excepcional:

Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, en interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas sociedades, en casos especiales y excepcionales, previamente tipificados en la ley, con el propósito de responsabilizarlos directamente con su propio patrimonio frente algunas obligaciones.

Así mismo, le corresponde al Congreso fijar las medidas para preservar los atributos de la sociedad; puede, entonces, levantar la limitación de riesgo, siempre y cuando se presenten circunstancias especiales y específicas que ameriten dicha determinación⁶.

Como se observa, la Corte Constitucional ha reiterado que el levantamiento del velo corporativo societario es excepcional y procede sólo cuando el legislador así lo haya consagrado expresamente. Sin embargo, la misma corporación también ha estimado que, con base en normas de tipo general y abierto, es posible predicar el levantamiento del velo corporativo, aunque en dichos preceptos no se disponga expresamente tal facultad. Así, el alto tribunal ha señalado:

Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que en el momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

En materia societaria el principio de buena fe igualmente se presume; no podría considerarse que el ejercicio del derecho de asociación para constituir una persona jurídica se haga con el ánimo de defraudar los intereses y derechos de los trabajadores.

En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es, entonces, en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o '*disregard of the legal entity*' o '*piercing the corporate veil*' cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados el monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos. Al respecto, se pueden destacar: (i) el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro —*neminem laedere*—, de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil y (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio.

La posibilidad de llamar a responder a los asociados cuando su conducta infiera daño a los trabajadores o pensionados, en atención al incumplimiento del deber constitucional y legal de no hacer daño a otro —*neminem laedere*— (Código de Comercio, artículo 2341).

—La interposición de las acciones contra los asociados por el abuso en ejercicio del derecho de limitación patrimonial (Código de Comercio, artículo 830).

— La interposición de acciones de simulación, paulina o revocatoria, en aras de reintegrar el patrimonio de la sociedad, cuando sean insuficientes los

bienes para garantizar el pago de las obligaciones laborales asumidas (Código de Comercio, artículos 1766 y 2491 y ley 222 de 1995, artículos 183 y 184).

—La acción de nulidad de los contratos celebrados por la sociedad, cuando los mismos incurran en causa u objeto ilícito (Código de Comercio, artículos 1740 y siguientes, y Código de Comercio, artículos 899 y siguientes.)”⁷.

De manera especial, llama la atención el apalancamiento que hace la Corte a los principios de la buena fe contractual y abuso del derecho, para sustentar el allanamiento de la personería. En relación con el primero, cabe destacar que éste se encuentra íntimamente ligado al contrato y a las partes contratantes y, por lo tanto, no resulta un soporte muy adecuado para que terceros extraños al contrato invoquen esta teoría en su favor con el fin de obtener el levantamiento del velo corporativo. Por el contrario, el principio del abuso del derecho se encuentra soportado en el artículo 830 del Código de Comercio. Se trata de un postulado abierto y general que abarca claramente la responsabilidad contractual y extracontractual, constituyéndose en el instrumento legal que más favorece la implementación doctrinal y jurisprudencial de la teoría de allanamiento de la personalidad jurídica, cuando no exista norma especial y expresa al respecto.

Sin embargo, debe insistirse en que, de manera excepcional y restringida, el juez puede optar por el levantamiento del velo corporativo para predicar la responsabilidad directa de los administradores o de socios, con apoyo en el mencionado artículo 830. Tal precepto —de carácter general y que evidentemente no consagra expresamente la facultad del juzgador para descorrer el velo corporativo de las sociedades—, permite excepcionalmente que, por vía indirecta, el juez o arbitro aplique la teoría del *disregard*. En todo caso, el juzgador debe ser muy celoso y bastante exigente en su aplicación, puesto que por este camino deja sin efectos el principio legal y general de la limitación de responsabilidad de los socios de las sociedades anónimas, por acciones simplificadas y limitadas.

Al respecto, ha precisado la Corte:

⁷ *Ibíd.*

Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo para obtener la reparación del daño acontecido⁸.

De manera que si se abusa del derecho y se utiliza el expediente de la personería jurídica, y la separación de patrimonios entre la sociedad y los socios con el fin de defraudar a terceros, resultará pertinente el levantamiento del velo corporativo mediante sentencia judicial. Pese a que expresamente se habla de la utilización de la personería jurídica en fraude a terceros en general y especialmente con relación a los trabajadores, se llama la atención en el sentido de que la jurisprudencia de manera implícita alude al abuso del derecho como presupuesto para desestimar la personería jurídica, con lo cual esta figura también resulta procedente en aquellos casos en que la sociedad se constituya para servir de testaferrato, aún frente a negocios lícitos, para realizar actos prohibidos por la ley o para actuaciones desviatorias de la finalidad social, o impropias al giro ordinario de los negocios, tal como se regula expresamente y de manera general para las sociedades por acciones simplificadas al disponer el artículo 42 de la ley 1258 la desestimación de la personería jurídica cuando se constituya la sociedad en fraude a la ley o en fraude a terceros, siendo evidente que cualquiera de las hipótesis mencionadas anteriormente, implica fraude a la ley o fraude a terceros.

Del pronunciamiento anterior también es importante destacar cómo la corte insinúa que el allanamiento de la persona jurídica, por abuso en el derecho, no se limita a las sociedades comerciales, sino que trasciende a cualquier otra persona jurídica.

En relación con lo anterior, desde antaño se ha manifestado:

Para ver si la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella. Tiene

⁸ *Ibíd.*

por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque —como dicen los tratadistas de esta teoría— ‘no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo’⁹.

Teniendo en cuenta el alcance y los objetivos de la teoría del abuso del derecho en las relaciones privadas, bien puede afirmarse que este mismo pensamiento surge también en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el velo corporativo: “Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella.

Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o *lifting the veil*, conocida también en el derecho anglosajón como *disregard of legal entity*, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden”¹⁰.

No cabe duda de que se abusa de un derecho cuando se ejerce contrariando abiertamente su fin natural o con finalidad desviada, como reiteradamente lo ha entendido la jurisprudencia colombiana. En tal sentido, se podrá acudir al levantamiento del velo corporativo de las sociedades “de papel”, ficticias o de fachada.

⁹ Consejo Superior de la Judicatura, Sala de Negocios Generales, sentencia del 6 de septiembre de 1935.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 10641-99, del 19 de agosto de 1999. CP Ricardo Hoyos Duque.

4. En materia laboral

En relación con los salarios y las prestaciones sociales de los trabajadores, de manera expresa el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establece una solidaridad entre los socios y la sociedad deudora en los siguientes términos: “Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”.

La norma no define qué debe entenderse por sociedad de personas, como tampoco lo hace el Código de Comercio. Sin embargo, en sentencia del 29 de noviembre de 1957 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia determinó que las sociedades de responsabilidad limitada, según lo dispuesto en la normativa mercantil vigente¹¹ se asimilaban a sociedades colectivas y, como tal, encajaban perfectamente dentro de la noción de sociedades de personas. En este aspecto la sala pasó por alto que el Código de Comercio de 1971 hizo un cambio sustancial en este sentido y asimiló las sociedades limitadas a las anónimas, con lo cual podría entenderse que actualmente se asimilan más a las sociedades de capital. En todo caso, lo cierto es que las limitadas constituyen un híbrido entre las sociedades de capital y de personas, debido al régimen restringido con que opera la negociación de cuotas sociales así como la salida e ingreso de socios, sin olvidar que la administración y representación, originariamente, compete a todos los socios. De todo lo anterior, la corporación concluyó que en la actualidad, también se trata de sociedades de personas:

Las sociedades de responsabilidad limitada, frente a la ley laboral, no están excluidas de la de solidaridad contemplada en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo. Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 29 de noviembre de 1957: ‘En el sistema comercial colombiano, las sociedades de responsabilidad limitada ostentan predominante tratamiento como

¹¹ Para ese entonces, el Código de Comercio Terrestre de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869, vigente en Colombia en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la ley 57 de 1887.

sociedades de personas'. Esta interpretación, más favorable a los intereses de los trabajadores, deberá prevalecer por expreso mandato constitucional. Resulta forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al Código Sustantivo de Trabajo se contempló la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las 'sociedades de personas' y sus miembros, comprendiéndose en su momento dentro de estas sociedades de personas a las sociedades de responsabilidad limitada. La sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio ya no sea el de las sociedades colectivas sino el de las anónimas, no significa que se haya eliminado la protección que la ley laboral otorgó al trabajador¹².

Lo importante que se debe resaltar de la jurisprudencia señalada es que la Corte concluyó, en todo caso, que la responsabilidad solidaria sólo alcanza hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, que para el caso de las limitadas corresponde al aporte efectuado. Recientemente la misma corporación dijo:

Postulado que recoge el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando dispone que son solidariamente responsables de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio.

Es aplicable el aludido artículo en cuanto a que sus socios son solidariamente responsables de todas las obligaciones laborales contraídas por la sociedad pero, según lo dice el mismo canon, '... solo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio...' y es claro que, en los términos del artículo 353 del Código de Comercio, en este tipo de compañías '... los socios responden hasta el monto de sus aportes...'

Adicionalmente, observa la Sala que en la parte resolutive de la sentencia acusada el tribunal no dio al artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo la aplicación que señala la acusación, pues allí aparece que las personas naturales y jurídicas accionadas fueron condenadas a pagar las obligaciones

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 26 de noviembre de 1992.

laborales dispuestas de forma solidaria y prorrata de los aportes que cada una de ellas tenía en la sociedad disuelta y liquidada, es decir, que según el fallo sólo están obligadas a responder solidariamente por las obligaciones laborales hasta una cantidad proporcional de los aportes que cada una de estas tenía en la sociedad liquidada¹⁵.

Este segundo fallo no resulta tan afortunado como el primero, puesto que no es lo mismo responder por pasivos, “a prorrata” del capital social que se posea, que hacerlo, “hasta el límite de responsabilidad de cada socio”, como lo expresa la norma. Así, por ejemplo, si una persona aportó un millón de pesos a una sociedad limitada y posee el 20% del capital social, frente a una deuda laboral de 100 millones, y aplicando el criterio de la corte, el inversor respondería por 20 millones, cuando del texto legal se desprende que sólo debe reconocer uno, que fue lo aportado.

En todo caso, la jurisprudencia tampoco ha aclarado un punto que tiene absoluta relevancia, el cual consiste en que la responsabilidad del socio se agota cuando este es condenado, por primera vez, al pago de una obligación laboral que cubra la totalidad de lo aportado o hasta el monto de lo aportado. Por esa razón, este asociado que ya fue condenado hasta por tal suma de dinero (lo aportado), jamás podrá volver a ser condenado laboralmente con el fin de cubrir, solidariamente, otros pasivos sociales laborales. Sencillamente, al pagar —judicial o extrajudicialmente— una suma igual a lo aportado, cumple con el precepto legal y con ello se agota el límite de su responsabilidad solidaria. Por lo tanto, no podrá ser llamado nuevamente a responder. Recuérdese que las normas de solidaridad son preceptos especiales y de interpretación, y de aplicación restrictiva.

5. En materia penal

En el ámbito penal, la teoría del levantamiento del velo corporativo ha sido institucionalizada ampliamente en el artículo 44 de la ley 190 de 1995, en el artículo 2º de la ley 365 de 1997 y en el artículo 65 de la ley 660 del 2000,

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 10 de mayo de 1995.

bajo la figura de la cancelación de la personería jurídica. En relación con este asunto, la jurisprudencia ha expresado:

El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de sus socios, es una verdad que no trasciende al ámbito penal.... En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio. Si ello es así, la empresa misma puede servir de medio para cometer acciones delictuosas¹⁴.

En verdad, la utilización del beneficio de la personería jurídica como fachada o como instrumento para cometer ilícitos penales, se considera como el fundamento para que el legislador, de manera expresa, pero muy amplia, hubiera consagrado la facultad de levantar el velo corporativo. Tanto la normativa penal como la jurisprudencia parten del supuesto de buscar quiénes son los reales beneficiarios de las actividades sociales, esto es, los socios.

Sin embargo, este levantamiento del velo corporativo debe manejarse con mucha prudencia, pues no resulta suficiente identificar a los beneficiarios de las utilidades o rendimientos económicos de la sociedad —que valga la insistencia, son los mismos socios, sin lugar a dudas—. Lo que debe mirarse, es si estos “beneficiarios” conocieron y autorizaron expresa o tácitamente el desarrollo de las actividades ilícitas desarrolladas por los administradores.

Así, por ejemplo, si los administradores *motu proprio*, y a espaldas de todos o algunos socios, y extralimitando el objeto social, realizaron operaciones ilícitas —como el favorecimiento para el lavado de activos o la compra de contrabando—, la responsabilidad penal y patrimonial recae exclusivamente en el administrador, y eventualmente en la sociedad, pero no se puede apelar al levantamiento del velo corporativo con el fin de hacerles extensiva la responsabilidad patrimonial a los socios. Sólo en el evento en que el socio haya tenido conocimiento del ilícito, y lo haya consentido, procederá la entrada del velo corporativo en su contra.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto 7183 del 20 de enero de 1993.

Casualmente, la intención del legislador para abrir la puerta al levantamiento del velo corporativo partió del supuesto de que los responsables del hecho ilícito son los socios y no la sociedad:

La posibilidad de dotar a la Rama Jurisdiccional y al Ministerio Público de los instrumentos necesarios para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada, permitiendo que la ley regule mecanismos tales como la inversión de la carga de la prueba para determinar el origen legítimo de bienes, procedimientos de identificación y sanción de interpuestas personas, la rebaja de penas por colaboración eficaz, el levantamiento del velo corporativo ...¹⁵.

Es necesario que antes de proceder a la cancelación de la personería jurídica, el juez les permita a los socios intervenir en el proceso correspondiente, aunque no sean vinculados penalmente, con el fin de que se cumpla con el principio constitucional de la proporcionalidad de las sanciones penales¹⁶. En efecto, si los socios han sido ajenos a la actividad delincuencia y ésta se realizó sin su conocimiento, y a sus espaldas, mal puede entenderse que los asociados son los verdaderos beneficiarios del negocio ilícito.

Con razón, el alto tribunal ha señalado: “Por ello, en todos los casos, el funcionario judicial deberá disponer lo necesario para ermitir que las personas jurídicas, sociedades u organizaciones, puedan ser oídas previamente a través de su representante legal, y permitir escuchar a los socios si así lo solicitan...”¹⁷.

Debe precisarse, entonces, que no es opcional que el juez cite a los socios que van a resultar afectados con la cancelación de la personería jurídica, sino que su participación procesal constituye una obligación derivada del debido proceso y del derecho de defensa. Esta citación es obligatoria, precisamente, porque se trata de los directos afectados con la cancelación de la personería jurídica. Por otra parte, en la sentencia C-558 del 2004, la Corte Constitucional precisó que

¹⁵ Exposición de motivos del decreto 1926 de 1990, con el cual se convocó a la integración de la Asamblea Nacional Constituyente que posteriormente decretó la Constitución Política de 1991.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-558 del 1 de junio de 2004. MP Clara Inés Vargas Hernández.

mientras no exista una sentencia penal definitiva, el juez no podrá cancelar la personería jurídica de la sociedad, sino que sólo deberá suspenderla. En la práctica esto tampoco es lo adecuado, pues resulta más lógico ordenar la suspensión de las actividades que se consideran ilícitas, debido a que la suspensión provisional de la personería de las sociedades no existe legalmente y, en todo caso, no se sabe cómo debe ser su funcionamiento y mediante qué mecanismos temporales.

De otra parte, la cancelación de la personería jurídica, en materia de sociedades, tampoco procede de manera automática puesto que si el ente societario fue debidamente inscrito en el registro mercantil, de contera, se produjo su oponibilidad registral, institución que se erige en un muro de contención para proteger a los terceros que de buena fe hayan contratado con la sociedad inscrita y aparentemente legal... (Corte Constitucional sentencia T- 382 de 2002 y T- 974 de 2003). En últimas, como reiteradamente lo ha precisado la jurisprudencia nacional, los terceros que han contratado con la sociedad, quedan amparados y protegidos por el principio de la fe pública registral: "...no pueden hacerse cesar mecánicamente conocidas reglas de protección de la apariencia establecida a favor de terceros de buena fe exenta de culpa..." (Corte Suprema de Justicia. Sala civil, sentencia del 23 de julio de 19996, expediente 4713).

...los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad..." (C.S.J. Sala civil, sentencia del 16 de agosto de 2007).

Pero igual seguridad, o quizás mayor, requieren los terceros, toda vez que es de interés público que ellos tengan la evidencia de que contratan con la sociedad.

La inscripción correspondiente genera la fe pública. (C.S.J. Sala civil, sentencia del 1° de febrero del 2006).

Al igual que la organización que brinda el registro mercantil permite la tarea que la Constitución le designó al Estado frente a la economía, la seguridad jurídica que se deriva de dicha organización justifica igualmente la implementación del registro en comento... (Corte Constitucional sentencia C-277 del 2006).

Por lo tanto, no puede el juez penal cancelar la personería jurídica de una sociedad como consecuencia de haberse utilizado el ropaje jurídico en

fraude a la ley como por ejemplo para legalizar dinero del narcotráfico o de actividades ilícitas, si la sociedad ya ha contratado con terceros y ha adquirido obligaciones con estos; en este evento lo procedente es que el juez levante el velo corporativo para determinar la responsabilidad directa de los socios y sus administradores y simultáneamente decrete la disolución de la sociedad como consecuencia de una evidente nulidad absoluta por causa y objeto ilícito, disponiendo el nombramiento de liquidador y la pérdida de lo aportado, en los términos establecidos en el artículo 105 del Código de Comercio.

6. Grupos empresariales

De manera no muy coherente, la Corte Constitucional ha proferido varias sentencias mediante las cuales ha obligado a las matrices a responder por pasivos de las controladas, en aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo. La jurisprudencia respectiva se ha desarrollado alrededor del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995¹⁸, que corresponde prácticamente al artículo 61 de la nueva ley de insolvencia o ley 1116 de 2006.

Si se analiza con detenimiento esta disposición, la norma establece una simple presunción de carácter desvirtuable, que consiste en partir del supuesto de que por existir un control societario, la quiebra de la controlada, surgió como consecuencia de decisiones tomadas por la matriz en beneficio del grupo y en contra del patrimonio de la controlada. Contrario a lo que afirma la mayoría de la doctrina, aquí no se establece una responsabilidad objetiva de la controlante, se insiste, sino una simple presunción que se puede desvirtuar cuando la matriz acredite ante el juez alguna de las siguientes hipótesis: (i) que la quiebra no se debió a actuaciones de la controlante, o (ii) que las actuaciones de la matriz no se tomaron en interés de ésta o de algunas de la subordinadas y en perjuicio de la controlada en proceso concursal.

¹⁸ La disposición establece: “Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente”.

De manera que si se acredita que las decisiones de la controlante no fueron la causa eficiente para la iliquidez de la subordinada o que las decisiones se tomaban en beneficio de todo el grupo, incluyendo la controlada en proceso concursal, el levantamiento del velo corporativo resulta improcedente. En términos similares se pronunció la Corte Constitucional:

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

El actor cree encontrar en esta regla una inversión de la carga de la prueba que contradice la presunción constitucional de inocencia, pero la Corte no acepta esa tesis, puesto que el objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada.

Se trata, entonces, de una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que esta procede de motivos distintos¹⁹.

Pese al claro entendimiento de la Corte en el sentido de que siempre se debe garantizar el derecho de defensa de la matriz, tendiente a desvirtuar la presunción normativa, y partiendo de la base de que la sentencia del juez que tramita el proceso concursal es meramente declarativa, en las decisiones SU-1023 del 2001 y SU-636 del 2003, la misma Corte Constitucional decidió tutelar el derecho de los trabajadores, socavando y restringiendo el derecho de

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-510 del 9 de octubre de 1997. MP José Gregorio Hernández Galindo.

defensa de la matriz consistente en acreditar que no hubo ninguna actuación o culpa de su parte que llevara a la subordinada a sus falencias económicas. Así, mediante fallos del tipo “constitutivo” ordenó a las controlantes pagar el pasivo pensional de las subordinadas en proceso concursal, bajo el argumento de que la orden se expedía de manera provisional y transitoria, mientras la justicia ordinaria resolvía definitivamente el asunto.

Así, el alto tribunal indicó:

La Corte Constitucional, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente a la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el cien por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos. La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión de mismo control²⁰.

Por vía de tutela la Corte ha desconocido su propio criterio, establecido en una sentencia de inexecutable, de carácter obligatorio y con efectos de cosa juzgada. En efecto, la sentencia C-510 dejó en claro que la responsabilidad de la matriz es meramente subsidiaria y en la medida en que esta no sea capaz de desvirtuar la presunción de iliquidez de la subordinada, como consecuencia

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-636 del 31 de julio de 2003. MP Jaime Araujo Rentería.

de las decisiones tomadas por aquella o de su injerencia directa en la quiebra de la subordinada.

El texto normativo y la misma sentencia C-510, no dejan duda alguna de que dicha responsabilidad sólo será resuelta en la misma providencia judicial que defina los pasivos, proferida en el respectivo proceso concordatario o de liquidación y por lo tanto, el único juez facultado para aplicar la presunción de culpabilidad debe ser la Superintendencia de Sociedades. No es extraño que el párrafo comentado forme parte del artículo titulado: *Acumulación procesal* y que el precepto igualmente forme parte del título II de la ley relativa al régimen de procesos concursales.

Por lo tanto, tal y como ya lo había manifestado la propia corporación, al ser las normas de levantamiento del velo corporativo de tipo especial, su interpretación debe efectuarse de manera restrictiva. De ahí que la aplicación del párrafo del artículo 148 solo tiene cabida dentro del marco del proceso concursal o liquidatorio a cargo de la superintendencia, pero no resulta viable en ningún otro procedimiento judicial o administrativo. En este contexto, la acción de tutela, como mecanismo remedial y subsidiario, sólo sería procedente cuando por vía judicial de hecho, el organismo de control, dentro del proceso concursal, haya negado la responsabilidad de la matriz, pese a que no se logró desvirtuar la presunción legal de solidaridad.

Por lo tanto, no es procedente el invento de la supuesta presunción “transitoria”, que ni de lejos aparece en la ley, como fundamento legal para tutelar los derechos de los trabajadores, violando de esta forma el derecho de defensa de la matriz que también constituye un derecho fundamental inviolable, como reiteradamente lo ha expresado la misma Corte Constitucional. Durante el proceso concursal, la controlante sólo puede ser obligada a pagar obligaciones de la controlada, cuando previamente se le haya dado la oportunidad de desvirtuar la presunción legal de culpa y no resulte exitosa su defensa.

Las sentencias de tutela comentadas parten del supuesto equivocado de que la matriz está obligada a pagar obligaciones de la controlada por el simple hecho de ser controlante. Se insiste, entonces, en que la Corte parte del error de entender que la matriz está obligada a pagar “provisionalmente” los pasivos de la subordinada; sólo se debe acreditar el control y la iliquidez de la contro-

lada, a pesar de que a la controlante no se le garantice ni se le permita ejercer el derecho de defensa. Sencillamente, a dicha corporación poco le importa que se pueda acreditar la causa ajena y la ausencia total de la valoración de las pruebas, así como la pretermisión del ejercicio pleno del derecho de defensa de la matriz. En realidad, la norma contempla una responsabilidad permanente y no transitoria, como consecuencia de las providencias definitorias de la responsabilidad subsidiaria —y una vez estudiadas las pruebas aportadas por la matriz—, con el fin de desvirtuar la presunción legal en su contra.

Es importante reiterar que la ley y la sentencia C-510 parten del supuesto de que la obligación de la matriz es meramente “subsidiaria” y sólo resultará del evento en que ésta no pueda desvirtuar la presunción legal en su contra, dentro del proceso concursal correspondiente, resultando su responsabilidad definitiva y no transitoria —sentencia declarativa—. Por el contrario, por vía de tutela, la misma corporación parte del supuesto de que la responsabilidad de la matriz es “directa” y profiere una sentencia del tipo constitutivo, solo que lo hace bajo el “presupuesto” de que esta situación es provisional mientras decide el juez natural.

En todo caso, ¿quién le devolverá lo pagado a la matriz, si después de varios años el juez natural encuentra que la controlante no tuvo nada que ver en la iliquidez de la subordinada? Entonces resultará que, por vía judicial equivocada se ordenará, ni más ni menos, un pago de lo no debido, que seguramente será irrecuperable y por esta misma vía se perjudica a los acreedores de la matriz.

7. Jurisprudencia arbitral

En materia de arbitraje internacional es muy usual que los tribunales definan su propia competencia para resolver litigios frente a demandados que no suscribieron el pacto arbitral, pero que participaron muy activamente en la etapa pre-negocial, acudiendo a la teoría del levantamiento del velo corporativo, lo cual no parece claro a la luz de la legislación colombiana: “En materia de arbitraje marítimo, el tribunal encuentra que es práctica internacional que los convenios arbitrales insertos en los *charter-parties* y que se han incorporado en los conocimientos de embarque, documento suscrito únicamente por el transportador (ver artículo 21 de las reglas de Hamburgo de 1978), permiten al destinatario o consignatario de la mercancía transportada, invocar la

respectiva cláusula compromisoria, pese a no haber suscrito el B/L. Tampoco desconoce el tribunal la jurisprudencia reiterada en el ámbito internacional, en el sentido de que cuando una sociedad matriz, en los tratos preliminares, participa activamente para la consecución y cierre de un negocio en particular, pese a que el contrato finalmente sea suscrito entre una de sus compañías filiales o subsidiarias, con el tercero con el cual se dieron dichos tratos preliminares; al surgir un conflicto en relación con el contrato, bien puede el tercero iniciar el respectivo juicio arbitral convocando tanto a la filial que firmó efectivamente el convenio, como a la matriz que condujo la etapa pre-contractual y pese a que ésta última efectivamente no aparezca como suscriptora del contrato final. Así, en sentencia del 7 de diciembre de 1994 proferida por la Corte de Apelación de París, se expreso: ‘Si la parte que no suscribió el contrato participó activamente en la negociación del contrato, ejecución y terminación se puede considerar que la voluntad de las partes era tener a la no suscriptora como contratante’.

De igual forma, en la sentencia CCI número 2375 de 1975 (Caso Holiday Incs *versus* Morocco), se consideró que dado que la matriz se presentó a negociar junto con sus filiales como un grupo empresarial durante todos los tratos preliminares, si bien el contrato objeto de discusión sólo fue suscrito por algunas de sus filiales, debía concluirse que matriz y filiales conformaban, en realidad, un único contratante, puesto que se habían comportado como una unidad, siendo viable que la matriz invocara la respectiva cláusula arbitral. En parecidos términos, en la sentencia del 28 de Noviembre de 1980 N° 1510 de la Sociedad de Arbitraje Marítimo de New York (Map Tankers Inc. *versus* Mobil Tankers Ltd.), se manifestó: ‘no es razonable ni práctico excluir las demandas de sociedades que tienen un interés en la empresa y que son miembros de la misma familia de sociedades. El espíritu práctico de tal enfoque es evidente. Las mayores organizaciones navieras frecuentemente fletan a través de una sociedad filial, transportan sus cargamentos a través de otra y a veces las envían a otras sociedades del grupo. Considerar que la cláusula arbitral limita el derecho de arbitrar a la sociedad fletadora y no a otras sociedades del mismo grupo involucradas en la empresa implica restringir estrechamente la intención evidente de las partes de arbitrar sus controversias. Consideramos que nuestra

conclusión a este respecto está de acuerdo con la mayor parte de las recientes decisiones judiciales relativas a esta cuestión’.

La práctica internacional y la jurisprudencia referenciada es plenamente respaldada por este tribunal. Sin embargo, el caso objeto de este proceso, por tratarse de un arbitraje doméstico, se rige por las disposiciones especiales previstas en la Constitución y la ley Colombiana. De entrada, lo primero que se pone de resalto es que el artículo 116 de la Constitución, a diferencia de lo consagrado en los países europeos y EEUU, determina que la institución arbitral constituye una forma de jurisdicción especial mediante la cual los árbitros actúan como verdaderos jueces, **cuando son previamente habilitados por las partes**.

Ahora bien, respecto al principio de la habilitación, también conocido como el de la voluntariedad, es constante la jurisprudencia constitucional en afirmar que **solamente quienes hayan suscrito el convenio arbitral pueden ser compelidos a participar en el respectivo juicio arbitral**, debido a que sólo los suscriptores del mencionado pacto han habilitado los árbitros para decidir el asunto, renunciando expresamente a su derecho de acudir ante la jurisdicción ordinaria: ‘El principio de la voluntariedad consiste en que la preferencia por el Tribunal de Arbitramento, antes que por los jueces ordinarios, corresponde a una elección **de las partes contratantes**, surgida de un acuerdo previo voluntaria y libremente efectuado por ellos’” (Sentencia C-991 de 2006).

“...tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar” (Sentencias C-294 de 1995 y C-330 de 2000).

Acorde con el principio anterior, el mismo legislador, en el artículo 150 del decreto 1818 de 1998, regula la participación de terceros en el juicio arbitral, cuando quiera que dichos terceros no han suscrito el convenio arbitral, que es el caso objeto de la *litis*. Con respecto a dicha norma, la Corte Constitucional expresó en relación a quien no ha suscrito el convenio arbitral pero ha sido llamado a juicio: “por ello, si el tercero no quiere renunciar a la justicia ordinaria, la norma acusada dispone, en su tercera parte, la continuación del proceso arbitral sin su presentación (...) por lo cual resulta razonable que la ley permita que el proceso arbitral continúe sin su presencia” (Sentencia C-163 de 1999).

Por lo tanto, conforme a lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y visto que la sociedad ODIN PETROIL S.A. ha manifestado su voluntad de no adherir al convenio arbitral y de no participar en el presente juicio, en virtud del principio de la economía procesal no se hace necesario requerir a la mencionada empresa, en los términos del artículo 150 del decreto 1818 de 1998, para que decida si participa o no en este juicio arbitral”. (Tribunal de Arbitramento de Serport S.A. *versus* Great Voyages Colombia SAS. Laudo del 19 de octubre de 2009. Arbitros: Felipe Royet G. Carlos Emilio Ponce C. y Jorge Hernán Gil E.)

8. Conclusión

La jurisprudencia nacional parece abierta a permitir la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo, no solamente en aquellos eventos en que se consagra expresamente y mediante norma especial, sino que igualmente la avala en los casos evidentes de abuso del derecho en la utilización de la personería jurídica. En cualquiera de los dos eventos, es bueno recordar la prudencia con que se actúa en derecho comparado, exigiéndose una plena prueba, y su aplicación excepcional y limitativa.

Un asunto no definido judicialmente, tan solo insinuado por la Corte Constitucional, se refiere a la naturaleza de la acción y de la pretensión encaminada al levantamiento del velo corporativo expresando que puede ser de simulación o de nulidad, como igualmente lo entiende la doctrina (ver Superintendencia de Sociedades, oficio 220-51821 del 6 de octubre de 2004). Sin embargo, al ser el abuso del derecho una institución autónoma y diferente a las anteriores, lo adecuado será impetrar una acción por abuso del derecho y, como consecuencia, el levantamiento del velo corporativo, y de esta forma, automáticamente se abre paso la reclamación de perjuicios, circunstancia que se discute mucho cuando se trata de la pretensión de nulidad de un contrato.

Capítulo III

Supuestos corporativos

Levantamiento del velo corporativo en sociedades con inversión extranjera directa

Marcela Anzola Gil*

1. Introducción

Dentro de las características más importantes que tienen las sociedades mercantiles se encuentra la limitación a la responsabilidad civil o penal. Ésta se concreta en el hecho de que es la persona jurídica la que tiene obligaciones de responder por cualquier tipo de obligación y no las personas naturales que se encuentran “tras” ella —accionistas y propietarios—.

Es así como en el caso de sociedades de capitales, como la anónima y la de responsabilidad limitada, los socios se obligan al pago de sus acciones o aportes societarios, pero, en principio, no serán responsables por las deudas de la compañía, ni por las obligaciones contraídas por ella, ni por los actos ilícitos en que se vea envuelta la persona jurídica. Esto es conocido como el principio de separación de personalidades entre la corporación y las personas que la integran —velo corporativo—. Este principio es garantizado en la ley con la sola condición de que las actividades de las sociedades se desarrollen en forma lícita, para fines lícitos y con la condición de que sus actuaciones frente a terceros sean acordes con el principio de la buena fe que orienta la actividad mercantil.

No obstante, hay algunas instancias en las que el velo corporativo puede ser roto, desapareciendo así la separación que existe entre la sociedad y sus propietarios, dando lugar a que un tribunal pueda endilgarles responsabilidad a los socios o accionistas por actos de la compañía. Esto puede ocurrir en aquellos casos en lo que, por ejemplo, la forma asociativa se utiliza abusivamente para realizar actos ilícitos en perjuicio de terceros, ya sea burlando la ley o defraudándolos.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, LL.M. Universidad de Heidelberg, Lic. Oec. Int. Universidad de Konstanz. Se desempeña como consultor independiente en el área de inversión extranjera y comercio internacional.

La manera como se ha solucionado este problema en las legislaciones actuales, se ha basado en la doctrina del *alter ego*, desarrollada los tribunales de Estados Unidos¹. Según esta tesis, en los casos en que un juez encuentre que la sociedad fue utilizada como un instrumento de las personas que la integran con el fin de realizar actos ilícitos, podrá declarar directamente la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad. Esta doctrina tiene por objeto proteger a los terceros en casos de actuaciones o maniobras fraudulentas por parte de la sociedad, la cual se ha complementado con la teoría denominada *piercing the corporate veil*, que se enfoca en prevenir los abusos que se derivan de los privilegios que conceden las sociedades.

El criterio utilizado por las cortes norteamericanas para levantar el velo corporativo difiere en cada caso². Sin embargo, utilizan en sus argumentos, como denominador común, el hecho de que los socios no respetan las reglas que rigen las sociedades y no observan el principio de separación de personalidades³, lo cual se demuestra mediante una serie de presunciones dentro de las cuales las más comunes son las siguientes:

- a. No haber solicitado la autoridad de emitir las acciones de la empresa.
- b. No emitir las acciones una vez obtenida la autoridad.
- c. No mantener minutas de las reuniones o la adecuada documentación de la compañía, o mezclar documentación de entidades diferentes.
- d. No capitalizar la empresa adecuadamente.
- e. Ocultar la identidad de los socios.
- f. Transferir los bienes de la empresa o emitir acciones a los socios sin compensación de acuerdo con el valor apropiado.
- g. Aparentar que los bienes de la empresa les pertenecen a los accionistas.

¹ Véanse, por ejemplo, *Associated Vendors Inc. versus Oakland Meat Co.*, 20 Cal.App.2d 825, 838-40 (1962) y *Dow Jones Co. versus Avenel*, 151 Cal.App.3d 144, 148 (1984).

² Al respecto, véase: THOMPSON, R. *Piercing the corporate veil: an empirical study*, 76 Cornell L. Rev., (1991), 1036.

³ En algunos casos en que no se ha podido probar el *alter ego*, pero en los que se requiere garantizar la equidad, se ha invocado la *estoppel doctrine* para declarar la responsabilidad de las partes. Véase, por ejemplo: *Carr versus Barnabey's Hotel Corp.*, 23 Cal.App.4th 14 (1994).

- h. La promesa de uno de los accionistas de que es responsable por las deudas de la empresa.

Sin embargo, en el caso de las inversiones extranjeras la aplicación de la doctrina plantea una problemática diversa en la medida en que contrariamente a lo que ocurre en la práctica doméstica —en donde podría decirse que el levantamiento del velo cumple funciones más de carácter sancionatorio—, por el contrario, esta se utiliza comúnmente para brindarles protección a los accionistas o propietarios de empresas en el extranjero. En efecto, uno de los problemas más comunes en materia de inversión extranjera es el de determinar si es posible levantarse el velo corporativo de una sociedad con el objeto de proteger a los accionistas. Este problema se encuentra asociado a los criterios para determinar si la empresa es nacional o extranjera. No obstante, esto no siempre es fácil en la medida en que existen varios criterios al respecto que no siempre son utilizados de manera uniforme.

Este tema se planteó por primera vez en dos conocidos casos: Barcelona Traction y ELSI. Posteriormente, el problema se ha presentado alrededor de la aplicación del artículo 25(2),(b)⁴ del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* —en adelante, Convención de Washington o Convención del Ciadi—, en controversias surgidas en el marco de tratados bilaterales de inversión (BIT) y otros acuerdos internacionales en donde se protege la inversión extranjera. No obstante, la práctica arbitral no ha sido unánime, lo cual ha generado una serie de críticas y controversias.

Este trabajo tiene por objeto analizar los criterios que se han seguido para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo corporativo a empresas extranjeras tanto en la doctrina como en los tribunales arbitrales, con el objeto de señalar las tendencias y los problemas que se han planteado. En

⁴ El artículo 25 señala: “(2) Se entenderá como ‘nacional de otro estado contratante’: (...) (b) toda persona jurídica que en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un estado contratante distinto del estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este convenio, por estar sometidas a control extranjero”.

primer lugar, se presentarán los principios más comunes para determinar la “nacionalidad” de las empresas y, posteriormente, se analizarán los laudos arbitrales más importantes sobre el tema.

2. Criterios para determinar la nacionalidad de las empresas y su incidencia en la doctrina del velo corporativo

Tradicionalmente, los acuerdos para la promoción y protección de las inversiones —BIT y acuerdos de comercio que incluyen normas de inversión extranjera— cubren únicamente los derechos de las personas naturales y jurídicas que tiene la nacionalidad o se encuentran domiciliadas en los estados parte, pero no a las personas naturales o a las sociedades que se encuentran registradas en un tercer estado, que sean accionistas en una empresa extranjera cubierta por el acuerdo. Tanto en las legislaciones nacionales como en los acuerdos internacionales se han empleado básicamente tres criterios para determinar la “nacionalidad”⁵ de una persona jurídica:

- a. Incorporación o constitución. Según este criterio, una persona jurídica se considera sujeta al ordenamiento legal bajo el cual fue incorporada o registrada, sin tener en cuenta el lugar y domicilio de sus actividades económicas.
- b. Sede societaria. El lugar en donde se encuentra efectivamente la administración de la persona jurídica —*effective seat*— determina su nacionalidad⁶.
- c. Control. La nacionalidad se determina sobre las bases de la nacionalidad de los accionistas que poseen el control de la compañía. Esta tesis se planteó

⁵ Sin embargo, se debe señalar que las personas jurídicas no poseen una nacionalidad en sentido estricto y que la sujeción a un determinado ordenamiento jurídico nacional puede provenir de diversos criterios de vinculación.

⁶ En su salvamento de voto en el caso *Barcelona Traction*, Jessup expresó: “... [t]here are two standard tests of the ‘nationality’ of a corporation. The place of incorporation is the test generally favoured in the legal systems of the common law, while the siege social is more generally accepted in the civil law systems —see KRONSTEIN, “The nationality of international enterprises”. En: *Columbia Law Review*. No. 52 1952, p. 983—. There is respectable authority for requiring that both tests be met”.

por primera vez durante la Primera Guerra Mundial⁷ y se aplicó de manera especial en los artículos 74 y 297 del Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919, la cual ha sido objeto de análisis en diversos laudos arbitrales⁸.

Respecto a este criterio, la doctrina ha establecido tres postulados principales que lo explican:

- a. Control-propiedad. Derivado de la posesión integral de la sociedad o de una parte “representativa” de su capital.
- b. Control-dirección. Se produce cuando de alguna forma la gestión, dirección o administración de la sociedad corresponde a un grupo determinado.
- c. Control-poder. Se exterioriza en la dependencia técnica —asistencia tecnológica, licencias, etc., o financiera —préstamos o créditos— de una empresa respecto a grupos económicos.

Para determinar la nacionalidad de las empresas, los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) han adoptado de manera más o menos uniforme tanto el criterio de la incorporación como el de la sede efectiva⁹. En lo concerniente al levantamiento del velo corporativo, tanto en el criterio de la incorporación como en el de la sede efectiva estaría excluida la posibilidad del desconocimiento de la persona jurídica, y tampoco sería posible indagar por la nacionalidad de los accionistas que controlan la empresa¹⁰. Cosa

⁷ Caso Daimler Co. *versus*. Continental Tyre and Rubber Co., Londres, 1916.

⁸ Por ejemplo, Amco *versus* Indonesia, 396-397; Klöckner *versus* Cameroon, 15-16; Soabi *versus* Senegal, 182-183, 335; Letco *versus*. Liberia, 349, 352 y Vacuum Salt *versus* Ghana.

⁹ Kaiser Bauxite Company *versus* Jamaica, decisión sobre jurisdicción, caso CIADI n.º Arb/74/3, jul. 6/75, 1 Icsid Reports 296, 303 (1993); Soabi *versus*. Senegal, decisión sobre jurisdicción, caso CIADI n.º Arb/82/1, 1 de agosto de 1984, 2 Icsid Reports 175, 180-81; Amco Asia Corporation and others *versus* Republic of Indonesia caso CIADI n.º Arb/81/1, decisión sobre jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, 1 Icsid Reports 389, 396; Autopista Concesionada de Venezuela CA *versus* Bolivarian Republic of Venezuela, decisión sobre jurisdicción, caso CIADI n.º Arb/00/5, 27 de septiembre de 2001, 16 Icsid Rev-FILJ 469 (2001).

¹⁰ Al respecto, véase: Schreuer, Ch. *The Icsid Convention: a commentary*, 277; Vandeveld, *The economics of bilateral investment treaties*, n.º 198 y también Unctad, “Scope and definition”, UN Doc Unctad/ITE/IIT/11 37 (1999).

diferente ocurre con el criterio del control, donde es de su esencia una conexión real con los accionistas, lo que implica siempre el levantamiento¹¹, garantizando así una protección más efectiva a los inversionistas, en la medida en que no sólo estaría protegida la persona jurídica, sino también sus accionistas o propietarios.

3. Desarrollos jurisprudenciales sobre el levantamiento del velo corporativo

En el ámbito de los acuerdos internacionales para proteger las inversiones, ya sea en la forma de tratados bilaterales o de acuerdos más amplios —acuerdos comerciales con normas sobre inversión—, en principio no se prevén disposiciones sobre el velo corporativo. Esto es comprensible porque se trata de acuerdos que tiene por objeto regir las conductas de los estados en relación con la inversión extranjera y, por consiguiente, se trata de instrumentos regidos por el Derecho Internacional Público¹².

Este tema se ha desarrollado casi de manera exclusiva por vía jurisprudencial, donde, aunque no de manera exclusiva, las decisiones de los tribunales del CIADI han jugado un papel central. No obstante, los desarrollos han sido disímiles en la medida en que no ha existido unanimidad sobre la aceptación de la figura del levantamiento del velo corporativo, como se puede ver en los casos que se presentarán a continuación.

3.1. Barcelona Traction¹³

El primer asunto en el que se reportó una mención al levantamiento del velo corporativo —vinculado al tema de la “nacionalidad” de la empresa con capital extranjero— se remonta a un laudo de la Corte Internacional de Justicia

¹¹ Al respecto véase VANDEVELDE, op. cit. y UNCTAD, op. cit.

¹² Se debe precisar que en el caso de extranjeros las regulaciones relativas a la responsabilidad de las personas, ya sean naturales o jurídicas, se rigen por el Derecho Internacional Privado.

¹³ Sobre este caso, véase: WALLACE, C. D. “Barcelona Traction Case”. En: *Encyclopaedia of Public International Law*, Amsterdam: R. Bernhard, 1992, p.346, volumen 1; Mann, F. A. The protection of shareholder's interests in the light of the Barcelona Traction Case, 67 AJIL (1973), p. 259 y ss.; CAFLISCH, L. C. “The protection of corporate investments abroad in the light of the Barcelona Traction Case”, 31 *ZaöRV* (1971), p.162 y ss.; Higgins, R. “Aspects of the case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.”, 11 *VA. J. INT'L L.* (1971), p. 327 y ss.

en el caso conocido como Barcelona Traction¹⁴. Durante el trámite se discutió una solicitud de reparación del gobierno belga en representación de la compañía Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd. —Barcelona Traction Company—, ante el Gobierno español. Esto por cuanto la compañía había sido objeto de una medida de nacionalización por parte del demandado.

A pesar de que Barcelona Traction había sido incorporada en Toronto (Canadá) y, además, tenía registradas sus oficinas en ese país, el 88% de sus acciones eran de propiedad de nacionales belgas. Con base en lo anterior, España objetó la solicitud del estado demandante, al considerar que carecía de capacidad debido a que se trataba de una compañía canadiense.

Fue así como la Corte Internacional rechazó la solicitud con una mayoría de 15 votos al considerar que Bélgica no tenía el *ius standi*, y enfatizó que los derechos de las sociedades son diferentes a los de sus propietarios: “[the Court considered] that the adoption of the theory of diplomatic protection of shareholders as such, by opening the door to competing diplomatic claims, could create an atmosphere of confusion and insecurity in international economic relations”.

No obstante, el tribunal precisó que en circunstancias excepcionales era posible el levantamiento del velo corporativo:

Municipal law determines the legal situation not only of such limited companies but also of those persons who hold shares in it. Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights. The separation of property rights as between company and shareholder is an important manifestation of this distinction. So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets¹⁵.

¹⁴ ICJ Rep. 1970, p. 4 y ss.

¹⁵ Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited. Reports, 1970, p. 4, párrafo 44.

3.2. ELSI¹⁶

En este asunto, la Corte Internacional de Justicia se ocupó de una solicitud de protección diplomática en donde se argumentó la violación del *Treaty of friendship, commerce and navigation*, suscrito el 2 de febrero de 1948 entre Italia y Estados Unidos. Este último señaló que las medidas emprendidas por el gobierno italiano en contra de la empresa italiana Raytheon-Elsi SpA —Elettronica Sicula SpA (ELSI)—, de propiedad de dos empresas estadounidenses —Raytheon Company y Machlett Laboratories—, eran violatorias del instrumento mencionado.

El tribunal rechazó los méritos de la reclamación al no encontrar violación del tratado. No obstante, en ningún momento entró a dilucidar el tema de si Estados Unidos tenía el *ius standi*, por cuanto las compañías americanas tenían el pleno control de ELSI. Este hecho ha llevado a concluir que lo dio por aceptado, dando así lugar, de manera tácita, a un levantamiento del velo corporativo¹⁷.

3.3. Soabi *versus* Senegal¹⁸

Posteriormente, en *Soabi versus Senegal*, y con base en el artículo 25(2),(b) de la Convención del CIADI, el tribunal aceptó levantar el velo corporativo de una empresa registrada en Senegal, pero controlada por una compañía panameña, que a su vez era controlada por ciudadanos belgas. Panamá no era signataria de la Convención de Washington cuando el consentimiento arbitral fue otorgado.

Senegal objetó a la jurisdicción argumentando que Panamá no era parte del instrumento. De acuerdo con el Gobierno senegalés, Soabi estaba bajo control extranjero, pero los extranjeros que la controlaban eran ciudadanos de un estado que no era parte de la convención.

¹⁶ ICJ Rep. 1989, p. 14 y ss.

¹⁷ Sobre este caso, véase: Wengler, W. "Die Entscheidung des IGH im 'Elsi'", 1990 NJW 619; Stern, B. "La protection diplomatique des investissements internationaux – De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissement progressif de l'analyse", 1 JDI 897, 935 (1990); Jennings y Watts, *Oppenheim's international law*, vol. I, 9.^a ed., 1992, p. 520; Vicuna, F. O. "The changing approaches to the nationality of claims in the context of diplomatic protection and international dispute settlement", 15 *Icsid Review* (2000) 340, 355 y ss.

¹⁸ *Soabi versus Senegal*, decisión sobre jurisdicción, 1 de agosto de 1984, 2 *Icsid Reports* 165 (1994).

El tribunal determinó que el propósito del artículo 25(2), (b) de la Convención era facilitar inversiones extranjeras a través de compañías registradas localmente, de manera que pudieran hacer uso de CIADI:

The tribunal has observed that the convention does not define the term 'nationality', thus leaving to each state the power to determine whether or not a company is possessed of its nationality. As a general rule, states apply either the head office or the place of incorporation criteria in order to determine nationality. By contrast, neither the nationality of the company's shareholders nor foreign control, other than over capital, normally govern the nationality of a company, although a legislature may invoke these criteria in exceptional circumstances. Thus 'a juridical person which had the nationality of the contracting state, party to the dispute', the phrase used in article 25(2), (b) of the convention, is a juridical person which, in accordance with the laws of the state in question, has its Head Office or has been incorporated in that state¹⁹.

Además, el tribunal no sólo estableció el control efectivo, sino que avanzó un poco más hasta llegar al control intermedio, es decir, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad. Con base en esta interpretación, el panel denegó la objeción de jurisdicción presentada por el gobierno senegalés.

3.4. *Wena Hotels Limited versus Arab Republic of Egypt*²⁰

De manera contraria a lo ocurrido en los casos anteriormente analizados, en este asunto el tribunal no aceptó el levantamiento del velo corporativo. La controversia se originó en un acuerdo para desarrollar y administrar los hoteles Luxor y Nile. El acuerdo se celebró entre Wena, una compañía inscrita en el Reino Unido, de propiedad de un egipcio, y la Egyptian Hotel Company (EHC), una compañía estatal.

El convenio determinó que Wena operaría los hoteles sin la interferencia de EHC y que las controversias serían solucionadas a través de arbitraje.

¹⁹ Soabi, p. 181.

²⁰ *Wena Hotels Limited versus Arab Republic of Egypt*, caso CIADI n° ARB/98/4.

Poco después de haberse iniciado el acuerdo, Wena encontró los hoteles en una condición muy diferente a la que se había estipulado y retuvo parte de los alquileres. Como resultado de esta acción, EHC decidió terminar los contratos de arrendamiento de los dos hoteles.

Ambos establecimientos fueron tomados por empleados de EHC. El Gobierno consideró ilegal la toma y ordenó que los hoteles le fueran regresados a Wena. Después de que los hoteles fueron devueltos, Wena inició dos procedimientos de arbitraje locales contra EHC por el incumplimiento de los alquileres. Las dos decisiones condenaron a Wena al pago de daños por las invasiones y le ordenaron a pagar sus obligaciones de alquiler. La decisión sobre el Hotel Nile también ordenó a Wena entregar el hotel a EHC. Como resultado de los arbitrajes Wena fue expulsada del Hotel Nile, mientras que el Hotel Luxor fue sometido a una medida de depósito judicial, luego de que Wena apelara exitosamente la decisión arbitral.

Así, esta compañía solicitó el arbitramento del CIADI, argumentando el incumplimiento del *Acuerdo para la promoción y la protección de inversiones suscrito entre el Reino Unido y Egipto*, en 1975. De acuerdo con Wena, el consentimiento para el arbitraje se encontraba en el artículo 8(1) del APPI que hacía referencia al artículo 25(2), (b) de la Convención del CIADI, que se refiere a la calificación de “nacionales de otra parte contratante”. Para ello, sustentó la responsabilidad con base en dos puntos:

- a. Egipto había violado el artículo 2(2) del APPI, que ordenaba garantizar un trato justo y equitativo, la protección y la seguridad plena.
- b. La conducta de Egipto configuraba una expropiación, que contravenía lo dispuesto en el artículo 5(1) del APPI y que, además, exigía el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Egipto objetó la jurisdicción del CIADI con base en los siguientes argumentos:

- a. Dado que Wena era de propiedad de un nacional egipcio, el consentimiento para arbitraje acordado en el APPI no aplicaba, porque no podía

ser tratado como un nacional de otro estado contratante —jurisdicción *ratione personnae*—.

- b. La controversia no concernía directamente a Egipto sino que se trataba de una disputa privada entre EHC y Wena derivada de su contrato. Por lo tanto, no tenía que tratarse dentro del Ciadi —jurisdicción *ratione materiae*—.

El tribunal dictaminó que Wena era una compañía registrada en el Reino Unido y que, por lo tanto, se satisfacían las disposiciones del TBI y del CIADI. Según el panel, estas disposiciones tienen como propósito permitirles a las compañías registradas en uno de los estados miembros y con actividades en otro estado miembro efectuar reclamaciones.

3.5. CMS Gas Transmission Company *versus* Argentine Republic²¹

Este caso hace referencia a la demanda de CMS contra la república Argentina, con base en el TBI suscrito entre ese país y Estados Unidos en 1991. CMS tenía una participación aproximada del 30% en TGN, una compañía incorporada en Argentina, la cual había obtenido una licencia para transportar gas. En el contexto de la crisis económica en 1999, ese país expidió una serie de medidas que, de acuerdo con el demandante, tenían un fuerte impacto sobre su actividad negocial, además de violar garantías contempladas en el TBI.

El gobierno argentino objetó la jurisdicción con el argumento de que CMS era sólo un accionista minoritario en TGN, quien era la verdadera beneficiaria de la licencia afectada, y que, por consiguiente, CMS carecía de *ius standi*. El tribunal, por su parte, señaló que desde Barcelona Traction se habían dado cambios fundamentales, como se evidenciaba en el caso ELSI:

...the *Electronica Sicula* decision evidences that the International Court of Justice itself accepted, some years later, protection of shareholders of a corporation by the state of their nationality in spite of the fact that the affected corporation had a corporate personality under the defendant state's legislation.

²¹ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, caso CIADI n° ARB/01/8.

Para el tribunal no existía argumento alguno en el Derecho Internacional para desconocer los derechos de los accionistas, así se tratara de accionistas minoritarios:

Besides accepting the protection of shareholders and other forms of participation in corporations and partnerships, the concept of limiting it to majority or controlling participations has given way to a lower threshold in this respect. Minority and non-controlling participations have thus been included in the protection granted or have been admitted to claim in their own right.

Como consecuencia, el tribunal no encontró problema alguno para levantar el velo corporativo y procedió a declarar su competencia para conocer del caso.

3.6. Autopista Concesionada de Venezuela CA *versus* República Bolivariana de Venezuela²²

Este caso se refiere a la demanda presentada por Autopista Concesionada de Venezuela CA (Aucoven), una sociedad constituida de conformidad con las leyes venezolanas y domiciliada en Caracas, en contra de la República Bolivariana de Venezuela. Aucoven se constituyó el 24 de enero de 1996 con el objeto de ser la concesionaria de un proyecto para construir una autopista en ese país. En el momento de la constitución, ICA poseía el 99% de sus acciones y Baninsa, el 1%.

ICA era una subsidiaria de Empresas ICA Sociedad Controladora S.A. de CV —ICA Holding o Emica—, la casa matriz de un conglomerado mexicano de más de 140 empresas, que suministra una amplia gama de servicios de ingeniería, construcción y actividades de construcción conexas. La mayoría de las acciones de ICA Holding se cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores y en la Bolsa de Nueva York.

Posteriormente, este holding decidió que su subsidiaria estadounidense Icatech estableciera o adquiriera varias empresas internacionales de proyectos,

²² Autopista Concesionada de Venezuela CA *versus* Bolivarian Republic of Venezuela, caso CIADI n° ARB/00/5.

entre las que se incluía Aucoven. Icatech fue constituida el 2 de noviembre de 1989 en el estado de la Florida (Estados Unidos). La primera denominación de la sociedad fue ICA Investment Corporation. Esa razón social fue luego modificada a Icatech Corporation, el 15 de junio de 1990. Icatech tiene su domicilio principal en Miami —Condado de Dade— y se encuentra sometida a las leyes y reglamentaciones de la Florida y de Estados Unidos.

Venezuela argumentó que se debía desestimar la reclamación de Aucoven alegando que el tribunal arbitral carecía de competencia. Aunque se trataba de una empresa constituida en ese país, ese estado nunca acordó que la trataría como nacional de otro estado contratante, en razón del control extranjero, según lo establecido en el artículo 25(2), (b) de la convención del CIADI. En realidad, el argumento de Aucoven relativo a la jurisdicción del centro se basaba, de conformidad con Venezuela, en dos hechos ficticios: que la empresa estaba sometida al control extranjero de un nacional estadounidense y que el estado demandado prestó conformidad a la jurisdicción del CIADI, basándose en tal control extranjero ficticio.

Según el tribunal, en el convenio no se requería que el acuerdo por el cual se atribuye a una persona jurídica constituida en el estado receptor la nacionalidad de otro estado contratante, por estar sometida a control extranjero, se llevara a cabo de una forma específica. En el artículo 25(2), (b) tampoco se define el término “nacionalidad”.

Como se desprende de los trabajos preparatorios, los redactores se abstuvieron intencionalmente de incluir una definición de este concepto en la Convención de Washington:

The subsequent first draft is silent on the possible criteria for corporate nationality and merely refers to a possible agreement on nationality between the parties (History, vol. I, p. 124). Although there was some reference to the fact that the criteria for the nationality of a juridical person remained to be determined (History, vol. II, pp. 669,671), no serious effort to do so was made. A United States attempt to reintroduce the criterion of a ‘controlling interest’ in the definition of ‘national of another contracting state’ was defeated by a large majority (at pp. 837, 871). The revised draft and the convention

are silent on the method to be employed for the determination of a juridical person's nationality²³.

Además, el tribunal encontró que al igual que los otros requisitos objetivos estipulados en el artículo 25 de la Convención del CIADI, el control extranjero no está definido. En efecto, el artículo 25(2), (b) no especifica la naturaleza —directa, indirecta, final o efectiva— del control extranjero. Así mismo, señaló que en distintas decisiones sobre competencia, los paneles arbitrales han analizado qué tan lejos debería llegar un tribunal para determinar si existe control extranjero. En el caso *Amco*, por ejemplo, los árbitros consideraron que debía llegar hasta el nivel siguiente: al de la nacionalidad del estado receptor. En *Soabi*, el tribunal buscó el control efectivo y avanzó otro paso hasta llegar al control intermedio, es decir, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad que poseían las acciones de la entidad constituida localmente.

Como resultado de las consideraciones prácticas y jurídicas antes enunciadas, el panel llegó a la conclusión de que tenía competencia respecto a la diferencia sometida a su consideración. Sin embargo, preciso:

No se deberá entender que esta conclusión constituye una declaración general a favor de una definición de control extranjero en el marco del artículo 25(2), (b) en desmedro de otra. Esta decisión no refleja esa declaración u opinión. Se aplica a las disposiciones pertinentes a esta diferencia, es decir, a la cláusula 64 del contrato y el artículo 25 del Convenio del CIADI. Al hacerlo, aplica el criterio de control extranjero establecido por las partes, el cual, en opinión del tribunal, se encuentra dentro de los límites fijados en el artículo 25 del Convenio del Ciadi.

3.7. Tokios Tokelés *versus* Ukraine²⁴

En este caso, el problema residió en determinar si la demandante —Tokios Tokelés— una empresa establecida de conformidad con las leyes de Lituania y controlada por nacionales ucranianos —quienes poseían un 99% de sus

²³ SCHEREUER, Ch. "Commentary on the Icsid Convention", 12 *Icsid Review*—FILJ 59 (1997), citado en el laudo arbitral.

²⁴ Tokios Tokelés *versus* Ukraine, caso CIADI n ° ARB/02/18.

acciones—, podía ser considerada como un inversionista extranjero para los efectos del artículo 25 de la Convención del CIADI y el TBI suscrito en 1994 entre Lituania y Ucrania. La demandante alegó que ciertas medidas gubernamentales dictadas por las autoridades ucranianas que afectaban a su subsidiaria, Taki Spravy, en la que había realizado inversiones, violaban los derechos garantizados en el tratado en mención. Por consiguiente, procedió a demandar al gobierno de Ucrania ante el Centro.

El demandado objetó la competencia del CIADI para conocer de la demanda. Centró su objeción principal en la nacionalidad de la demandante y su inversión. En primer lugar, señaló que ésta era de propiedad de nacionales ucranianos, quienes poseían un 99% de sus acciones, y que por lo tanto poseían el control de la misma. Argumentó, además, que los verdaderos demandantes eran efectivamente ciudadanos ucranianos y no podían iniciar una demanda internacional en contra de su propio gobierno. Por consiguiente, solicitó que se levantara el velo corporativo para determinar la nacionalidad de los demandantes. Sin embargo, rechazó la objeción señalando que el TBI preveía en su artículo 1(2), (b) que un inversionista es “any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations”.

Dado que en el TBI no existía una restricción explícita respecto de la interpretación de “inversionista”, y en vista de que el objetivo y propósito del tratado era otorgar una protección amplia a los inversionistas y a sus inversiones, el tribunal no encontró razones para aplicar lo que se conoce como el “test del control”. Así, declinó de manera explícita: “... to look beyond—or through—the claimant to its shareholders or other juridical entities that may have an interest in the claim”.

Según lo anterior, el tribunal encontró que la única consideración relevante al respecto era si la demandante estaba establecida bajo las leyes de Lituania. Además, indicó que el levantamiento del velo corporativo se podía llevar a cabo sólo en circunstancias excepcionales, por ejemplo, en caso de abuso de la personalidad legal. Cosa que, de acuerdo con el panel, no ocurrió en este caso.

En este asunto el tribunal siguió la línea trazada por *Barcelona Traction*, sin hacer referencia al caso *ELSI*. Sin embargo, el caso ofrece un claro ejemplo

de “conservación” del velo corporativo, con el objeto de brindar protección a los inversionistas extranjeros.

4. Conclusiones

De lo expuesto se concluye lo siguiente:

- a. La utilización de la figura del levantamiento del velo corporativo en el ámbito de la inversión extranjera difiere en cuanto a la finalidad del empleo que tradicionalmente se le ha dado en las legislaciones domésticas. Mientras en estas últimas se emplea para responsabilizar a los accionistas y propietarios, en el ámbito de las inversiones extranjeras se ha utilizado para brindar protección a los inversionistas.
- b. No obstante lo anterior, la práctica de los tribunales internacionales en materia de inversión extranjera no ha sido unánime en lo concerniente a la aplicación de la figura del levantamiento del velo corporativo. Mientras en algunos casos se acepta, en otros se ha negado y ha generado permanentes críticas y controversias.
- c. Sin embargo, existe una tendencia en la práctica arbitral a privilegiar el uso de la figura del levantamiento del velo corporativo cuando se trata de brindar protección a los inversionistas extranjeros, así como de negar su aplicación cuando puede ir en detrimento de los presuntos derechos del inversionista.
- d. En últimas, puede afirmarse que la preocupación de los tribunales arbitrales internacionales se centra más en la necesidad de brindar la mayor protección al inversionista, que en analizar si la figura del levantamiento del velo corporativo es procedente en materia de inversión extranjera. A ella sólo se acude cuando sirve para brindar protección y se desecha si no se requiere para tal efecto o contraviene estos fines.
- e. No obstante, esto genera incertidumbres sobre la aplicación del derecho. Si bien es cierto que se garantiza la protección del inversionista, también propicia inseguridad jurídica que puede afectar en el mediano plazo el clima de inversión.

La realidad de la nacionalidad de las sociedades: su personalidad jurídica y el fraude a la ley

Juan Pablo Cárdenas Mejía*

En general, el problema de la desestimación de la personalidad jurídica busca evitar que se aproveche la figura de las personas jurídicas para lograr fines distintos a aquellos para los cuales se crearon o para perjudicar a terceros. Ahora bien, la desestimación puede referirse a la persona en sí misma, pero igualmente puede que lo que suceda es que el ordenamiento simplemente no acepte uno de sus elementos o características, como por ejemplo su nacionalidad.

En un mundo en el que las comunicaciones son cada día más fáciles y los intercambios más frecuentes, uno de los problemas que enfrenta el derecho contemporáneo es el relativo a la nacionalidad de las sociedades y, en particular, a las conductas que se realizan para sustraerse de la ley, de acuerdo con los principios de Derecho Internacional Privado. Este es el objeto del presente estudio.

1. La nacionalidad de las sociedades

En esta materia la doctrina¹ ha discutido tradicionalmente si el concepto de nacionalidad debe aplicarse a las sociedades de igual forma que a las personas naturales.

Para algunos es evidente que si las sociedades son una persona distinta a las que la componen, son sujetos de derecho y por ello debe aplicárseles el concepto de nacionalidad. Éste no es sólo un vínculo que genera derechos políticos, sino que también genera otras consecuencias jurídicas. Para otros, a las sociedades no se les puede aplicar de igual manera que a las personas

* Abogado de la Universidad del Rosario. Especializado en Derecho Civil de la Universidad de París II. Profesor de Contratos de la Universidad del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

¹ LOUSSOUARN, Yvon y VERDÍN, Jean-Denis. *Droit du commerce international*. París: Sirey, 1969, no. 237 y LOUSSOUARN, Yvon y BOURAL, Pierre. *Droit international privé*. París: Dalloz, 1980, no. 706.

naturales el concepto de nacionalidad. En este sentido se advierte que lo que debe determinarse es, por una parte, cuál es la ley aplicable a su estatuto jurídico y por la otra, cuál al ejercicio de los derechos. Para tal propósito se indica que si bien el estatuto jurídico depende de la ley de la localización de la actividad social, las condiciones del ejercicio de los derechos pueden estar subordinadas al carácter nacional o extranjero de quienes controlan las sociedades.

En la práctica, la doctrina señala que por regla general se aplica una ley para determinar la nacionalidad de las sociedades², sin perjuicio de que, excepcionalmente y para ciertos efectos, se tome en cuenta la nacionalidad de las personas que la controlan³. Esto último ocurrió en Francia, particularmente durante la guerra, con sociedades controladas por ciudadanos que no eran franceses. Se trata de casos excepcionales en los cuales el objetivo de la ley impone tomar en cuenta las personas que conforman la sociedad⁴.

Ahora bien, en cuanto se refiere a las leyes que rigen la sociedad en sí misma, tradicionalmente se distinguen dos sistemas principales⁵. De acuerdo con uno de ellos, la ley aplicable es aquella del país donde la sociedad se registra o incorpora. Ello ocurre bien porque se considera que el nacimiento de la sociedad implica una decisión del Estado, lo cual implica que su ley es aplicable, o bien porque la voluntad de los socios al registrarla en un determinado lugar implica que han escogido esa ley. Este es el sistema predominante en los países anglosajones⁶, sin perjuicio de que haya sido acogido también en otros estados.

² Pierre Mayer y Vicent Heuzé distinguen entre los criterios para establecer la ley aplicable a las sociedades y la nacionalidad de las sociedades. MAYER, Pierre y HEUZÉ, Vicent. *Droit international privé*. París: Montchrestien, 2004, p. 717-718.

³ Históricamente se ha sostenido por algunos que el criterio de la sede social debería servir para determinar la ley aplicable a la sociedad y sus obligaciones, pero que cuando se trata de determinar la nacionalidad de la sociedad, para el ejercicio de derechos, debería aplicarse el criterio del control. (LOUSSOUARN y VERDÍN, op. cit., No. 262).

⁴ MAYER y HEUZÉ, op. cit., p. 733. LOUSSOUARN y VERDÍN, op. cit., No. 263.

⁵ En general se hace referencia entre otros criterios a los siguientes: la ley escogida por los fundadores, la ley del lugar de constitución, la sede social, el centro de explotación de los negocios, la nacionalidad de quienes ejercen el control de la sociedad, etc. La determinación de dichos criterios obedece también al hecho de que se acoja una visión contractualista o institucional de la sociedad. Sobre los diferentes criterios y los argumentos a favor y en contra de cada uno de ellos: LOUSSOUARN y VERDÍN, op. cit., No. 248 y ss.

⁶ Estados Unidos, Reino Unido, Holanda y los Países Nórdicos. Igualmente se aplica en Suiza después de la ley sobre derecho internacional, que dispone en su artículo 154 que las sociedades

En otros países, como son los continentales europeos⁷, se hace referencia a la sede social, sin perjuicio de acudir para ciertos efectos al criterio del control. A tal efecto se toma en consideración la sede estatutaria, es decir la fijada en los estatutos o se hace relación al lugar donde se encuentra el principal establecimiento social. El primer criterio privilegia la libertad de elección de quienes crean la sociedad, en tanto que el segundo implica tomar en consideración un componente objetivo⁸.

Si bien el concepto de que la sociedad es un contrato indicaría que quienes lo celebran pueden escoger la ley aplicable; la sociedad es un elemento esencial del sistema económico y finalmente está dotada de una personalidad jurídica que se proyecta frente a terceros, lo que implica que exista claridad y seguridad para los terceros⁹.

También se ha discutido si en el caso de grupos de sociedades debería tomarse en cuenta una ley que rigiera todo el grupo, la cual correspondería a la sociedad matriz o la de control. Sin embargo tal posibilidad ha sido criticada, en primer lugar, por la variabilidad del control, así mismo porque quien controla no debe imponer su ley a la sociedad, sino someterse a ella, además porque en muchos casos lo que se trata es determinar los derechos de los minoritarios y no se ve por qué el controlador deba imponer su ley. Finalmente, porque no en todos los países hay normas sobre grupos societarios lo cual puede conducir a aplicar una legislación sin normas especiales¹⁰.

Finalmente, cuando se trata de eventos de adquisición de una sociedad matriz y como consecuencia de sus filiales, se ha discutido cual es la ley aplicable. En principio, la ley aplicable en cada caso es la que rige a la respectiva sociedad. La protección de los minoritarios se deberá determinar por cada ley¹¹.

se rigen por el derecho del estado en virtud del cual se organizan, si se ajustan a las condiciones de publicidad o de registro establecidas por el mismo, o si no existen tales disposiciones, cuando se organizan según el derecho de dicho estado.

⁷ Alemania, Austria, Francia, Bélgica, Portugal, Grecia.

⁸ LOUSSOUARN y VERDÍN, op. cit., No. 264.

⁹ MAYER, op. cit., No. 1033 y ss.

¹⁰ BOUCOBZA, Xavier. *L'acquisition internationale de société*. París: LGDJ, 1998, p. 254-255.

¹¹ *Ibid.*, p. 256.

En el caso colombiano, el artículo 469 del Código de Comercio dispone: “Son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior”.

Lo anterior implica, en primer lugar, que son sociedades colombianas las que se constituyen conforme a la ley colombiana y tienen su domicilio en Colombia. Igualmente en la medida en que la ley subordinó el hecho de que la sociedad sea extranjera a que se reúnan dos condiciones, podría plantearse la duda de si también tendrá el carácter de colombiana aquella sociedad constituida en el exterior conforme a la ley colombiana pero con domicilio en el exterior, así como aquella constituida en el exterior conforme a las normas de otro país, pero cuyo domicilio principal es Colombia.

La primera solución es ciertamente dudosa pues es totalmente contraria a los diversos sistemas que conoce el derecho comparado en esta materia y que tienen en cuenta bien el lugar de la incorporación o bien la sede real.

Por el contrario, la segunda solución, corresponde a la tendencia del derecho continental europeo a tener en cuenta no sólo la sede estatutaria sino ante todo la sede real. En efecto, si la sociedad tiene su domicilio en Colombia, así se haya constituido en el exterior, no puede ser calificada de extranjera.

Lo anterior es concordante con los artículos 4º y 5º del Tratado de Derecho Comercial Internacional suscrito en Montevideo en 1889, el cual fue aprobado por la ley 33 de 1992, los cuales disponen: “Artículo 4º: El Contrato social se rige tanto en su forma como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios, y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial” y “Artículo 5º: Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se registrarán por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los estados y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. Más, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el estado en el cual intentan realizarlos”.

De esta manera, el Tratado de Montevideo adoptó como criterio el domicilio o sede social.

Vale la pena señalar que si bien este tratado fue aprobado y ratificado por Colombia, muy pocos estados son parte de él. Sin embargo, como ya se dijo, el criterio que adopta el tratado corresponde al que se desprende del derecho colombiano.

Ahora bien, la ley social así determinada rige la constitución de la sociedad, la emisión de títulos, la organización interna, su funcionamiento, su capacidad de contratar, los poderes de sus órganos, su disolución y liquidación¹².

2. Los principios y normas destinados a preservar la ley aplicable

En todo sistema existen principios y normas destinados a evitar que se pueda eludir el cumplimiento de las disposiciones imperativas por la vía de la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado. Tales principios y normas pueden resultar de los mecanismos que se adoptan para determinar la ley aplicable o de principios generales. Así ocurre en materia de sociedades.

En cuanto se refiere a las reglas específicas establecidas por el ordenamiento, las mismas pueden hacer referencia a la sede real de la sociedad para determinar la ley aplicable, por oposición a la sede ficticia, o a establecer que cuando una sociedad extranjera tiene determinados vínculos con el estado, la ley de este último es aplicable.

Por otro lado, en cuanto se refiere a los principios, el más importante es el que prohíbe el fraude a la ley.

2.1. Las normas que imponen una ley por razón de la existencia de determinados vínculos con el foro

En algunos estados en donde la ley aplicable es la de la incorporación de la sociedad, el legislador ha establecido la posibilidad de aplicar su propia ley a aquellas sociedades que han sido incorporadas en otro lugar, en aquellos eventos en los cuales diversos elementos de la sociedad están vinculados a su territorio. Lo anterior precisamente en razón de la competencia que se genera

¹² MAYER y HEUZÉ, op. cit., p. 726.

entre los ordenamientos de diversos estados para que ofrecer reglas que se consideran más favorables para la constitución y desarrollo de sociedades.

Es, por ejemplo, el caso del estado de California en los Estados Unidos de Norteamérica¹³, en donde se puede aplicar la ley de California a sociedades incorporadas en otros estados cuando la nómina, los ingresos y los votos en la sociedad tienen un componente predominantemente californiano. Otros estados de la Unión no adoptan estas posiciones. Sin embargo, en este punto debe tomarse en consideración la reciente posición de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Hertz Corp. versus Friend*, fallado el 23 de febrero de 2010. En dicho caso se trataba de determinar si un conflicto entre Hertz Corp. y Friend era de competencia estatal californiana, dado que Friend era de California y el mayor volumen de los negocios de Hertz se desarrollaban allí. A tal efecto señaló la Corte Suprema de Justicia que la sede principal de los negocios de una sociedad es el lugar donde los funcionarios de alto nivel de la sociedad dirigen, controlan y coordinan las actividades de la sociedad, lo cual en el caso de Hertz ocurría en New Jersey,

Por lo demás, la doctrina advierte que en los estados en que rige el principio de incorporación, por regla general se respeta en otros estados la ley de incorporación porque no hay ninguna razón importante que justifique aplicar la ley del foro. No obstante lo anterior, en ciertos casos se niega el reconocimiento a sociedades que son creadas en un estado con el exclusivo propósito de desarrollar su actividad en otro estado; o aplican la ley local por que corresponde al *situs* (sede) de la sociedad, o porque la ley local es de orden público¹⁴.

2.2. La sede real

Por otra parte, en los países en donde se toma en cuenta la sede social, como en Francia, la doctrina ha señalado que para determinar la ley aplicable la sede social debe ser real, esto es, no ficticia y así mismo debe ser seria, es decir, no

¹³ De conformidad con el artículo 2115 del Código de California, una compañía es *pseudo foreign* si la propiedad, la nómina y las ventas se encuentran o tienen su origen en California en más del 50% del ingreso de la sociedad en el año o si más de la mitad de los votos de sus órganos son de personas que tienen su domicilio en California.

¹⁴ AUDIT, Bernard. *La fraude a la loi*. Paris: Dalloz, 1974, No. 526.

fraudulenta¹⁵. De esta manera, no sólo la sede social debe corresponder a la realidad, sino que además la sede real no debe ser fijada para hacer fraude a la ley. Si bien algunos autores han criticado dicha distinción señalando que podría hacerse referencia a un único criterio que cobije los dos conceptos¹⁶, la verdad es que tradicionalmente se ha mantenido la distinción en razón de la diferencia sustancial que existe entre el acto ficticio y el acto fraudulento¹⁷.

La sede real es el lugar que corresponde, en principio, al principal establecimiento o al lugar donde está la dirección de la sociedad, donde se concentra su actividad o vida jurídica¹⁸. Así, si la asamblea de accionistas, el consejo de administración y las oficinas se encuentran en un mismo lugar, no hay duda de que ella es la sede social. Cuando tales actividades se cumplen en diversos estados, las cortes dan preeminencia en algunos casos al lugar en donde sesiona la asamblea general, o en otros casos el consejo de administración o en donde están los principales negocios. Es el juez quien lo determina de acuerdo con las circunstancias del caso.

En particular ha señalado la Corte de Casación francesa que “la nacionalidad de una sociedad resulta en principio de la localización de su sede real, definida como la sede de la dirección efectiva y que se presume es la sede estatutaria”¹⁹. El Tribunal Suizo había señalado, antes de la entrada en vigor de la ley suiza en materia de derecho internacional privado, que “en derecho internacional privado suizo, el domicilio de una persona moral —el cual es decisivo para fijar su nacionalidad— sólo es su sede estatutaria si ésta no es ficticia”²⁰.

¹⁵ LOUSSOUARN y VERDÍN, op. cit., No. 264.

¹⁶ AUDIT, op. cit., No. 514. Señala que el concepto de que la sede debe ser seria, parte de la idea de que la sede puede ser verdadera por el hecho de fundarse en elementos puramente formales, como una oficina o reuniones ocasionales de los órganos directivos, pero en realidad lo que debe tomarse en cuenta es que la sede real corresponde a aquel lugar donde se desarrolla realmente la vida de la sociedad, donde realmente hay razones económicas que justifican dicha sede. En un sentido parecido: CORNUT, Etienne. *Theorie critique de la fraude a la loi*. París: Defrenois, 2006, p. 262.

¹⁷ Señala Vidal que si bien la jurisprudencia toma en cuenta si la sede social es real, también toma en cuenta los eventos en los cuales existe la intención fraudulenta de sustraerse de la competencia de la ley o del juez. VIDAL, Jose. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*. París: Dalloz, 1957, p. 189.

¹⁸ LOUSSOUARN y VERDÍN, op. cit., No. 265.

¹⁹ Sentencia del 21 de diciembre de 1990 citada por MAYER y HEUZÉ.

²⁰ Citada por AUDIT, op. cit., No. 517.

Señala así mismo la doctrina que cuando se trata de filiales, el criterio de la sede social puede ser insuficiente, pues puede ocurrir que los órganos de la filial se comporten como simples empleados de la matriz, actuando en beneficio de ésta y en detrimento de la filial. Lo anterior además es claro cuando se toma el criterio del centro de explotación, esto es que la filial se limite a comercializar productos de la matriz sin tener vínculos reales con la economía del país²¹. En tal caso, no podría afirmarse que la nacionalidad de la sociedad es la de su sede, pues realmente no es real. No obstante, de igual manera advierte la doctrina que este criterio debe tomarse en cuenta con precaución por el interés que puede tener el estado de fomentar el establecimiento de empresas extranjeras²².

En relación con la nacionalidad de las sociedades, la doctrina concluye²³ que la determinación de la misma depende en principio de la ley aplicable, la cual corresponde a la sede estatutaria, salvo cuando realmente no tenga ningún vínculo real con dicho país. Sería el caso cuando una sociedad constituida en Francia, controlada por extranjeros, y cuya sede real y centro de explotación se encuentra en el extranjero.

De esta manera, en aquellos eventos en que se prueba que la sede social no corresponde a la realidad, porque realmente la sociedad y en particular sus órganos no funcionan en la que se dice su sede, ni allí desarrolla sus negocios, debe determinarse cuál es la sede real para establecer la ley aplicable.

En todo caso advierte la doctrina reciente que en principio los jueces toman en cuenta la sede estatutaria, a menos que se demuestre que la sede social no es real o es fraudulenta²⁴.

²¹ La doctrina señala el caso de Remington Typewriter en el cual la Corte de Casación francesa en 1931 le negó la nacionalidad francesa, pues no empleaba su capital en Francia y se limitaba a comercializar las máquinas de escribir fabricadas en EEUU.

²² MAYER y HEUZÉ, op. cit., p. 735.

²³ *Ibid.*, p. 734.

²⁴ *Ibid.*, p. 721 y 722. El derecho francés señala que los terceros pueden invocar la sede social, pero que la misma no le es oponible por la sociedad, cuando su sede social real esta en otro lugar. De ello deducen los autores mencionados que en principio se aplica la sede estatutaria. En sentido semejante Xavier Boucobza, quien señala que la norma podría interpretarse en el sentido de que entre socios opera la sede estatutaria, sin embargo advierte que la jurisprudencia francesa en todo caso da primacía a la sede real. BOUCOBZA, Xavier. *L'acquisition Internationale de Société*. París: LGDJ, 1998, p. 251.

2.3. Sede seria

En relación con este aspecto, en primer lugar conviene recordar que desde un punto de vista técnico se distingue entre el acto fraudulento y el acto simulado, o ficticio. Cuando se hace referencia al acto simulado o ficticio, se alude a aquellos eventos en los cuales la realidad no corresponde a lo que se aparenta. En tales casos lo que debe tomarse en cuenta es la realidad y no lo aparente o simulado. Por el contrario, cuando se hace referencia a un acto en fraude a la ley, se hace alusión a uno que si bien es real, es hecho con el propósito de eludir el cumplimiento de una norma imperativa, lo cual conduce a negarle efectos en razón del principio *fraus omnia corrumpit*.

La definición clásica de fraude a la ley señala que “Existe cada vez que el sujeto de derecho logra sustraerse del cumplimiento de una regla obligatoria por el empleo intencional de un medio eficaz que hace inatacable el resultado desde el punto de vista del derecho positivo”²⁵. El fraude implica, entonces, la existencia de una regla obligatoria que en principio sería aplicable y una intención fraudulenta de eludirla²⁶. Se señala también que el fraude supone tres elementos: la modificación de los supuestos contemplados por la ley, la aplicación, por consiguiente, de una ley diversa a la que normalmente sería competente, y un elemento intencional que consiste en que ello se hace con el sólo objetivo de escapar a la aplicación de la ley²⁷.

En este último punto se discute si se requiere tomar en cuenta la intención de los contratantes para determinar el fraude, o si se debe observar si la ley ha sido eludida objetivamente. Así se dice “En aquellos casos en que la ley no es de interpretación literal, su violación indirecta (la violación de su espíritu) debe ser asimilada a la violación de su letra”²⁸, pues no se puede obtener indirectamente aquello que no se puede obtener de manera directa.

²⁵ VIDAL, José. *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit Français*. París: Dalloz, 1957, p. 208.

²⁶ *Ibid.*, p. 110.

²⁷ CORNUT, Etienne. *Theorie critique de la fraude a la loi*. París: Defrenois, 2006, p. 40-42.

²⁸ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil. Les Obligations*. París: Puf, 1979, p. 135.

Así, existe una concepción objetiva y una concepción subjetiva del fraude a la ley²⁹. Ambas parten de la base de que el acto no infringe directamente la disposición legal, pero podría ser contraria a su espíritu.

La concepción objetiva parte de determinar si lo que busca la norma es impedir que se produzca un resultado, independientemente del procedimiento que se emplee, o si el legislador sólo busca prohibir el procedimiento. Lo anterior determinaría que en el primer caso habrá fraude a la ley, siempre que se logre el resultado que el legislador quería impedir; en tanto que en el segundo caso no.

Por el contrario, la concepción subjetiva parte de la base que la norma legal debe interpretarse estrictamente, y por ello si la norma no prohíbe expresamente un determinado resultado, no puede concluirse que la prohibición incluye aquellos casos que no prohibió el legislador, así se llegue al mismo resultado. A menos que exista una clara voluntad de sustraerse de la ley, pues en tal caso se está desconociendo la ley y es ello lo que el legislador no puede tolerar³⁰. Según la doctrina más reciente es esta concepción la que prevalece en la jurisprudencia y en las normas que la consagran en el ámbito del Derecho Internacional Privado³¹.

En todo caso advierte la doctrina que la teoría del fraude a la ley no debe aplicarse cuando se trata simplemente de la habilidad del sujeto a escapar a la aplicación de una norma imperativa. Como lo decía Josseland, citado por Ghestin³²: “no se debe cometer un fraude a la ley fiscal cuando transformamos nuestra fortuna, organizando nuestro patrimonio para aligerar, en cuanto ello sea posible, el peso de los impuestos”. Los particulares pueden, entonces, es-

²⁹ Sobre esta distinción: MORILLO, Umberto. *Frode alla Legge*. Milán: Giuffrè, 1969, p. 19 y ss. y CORNUT, op. cit., p. 28 y ss.

³⁰ Jacques Ghestin señala que la concepción objetiva podría tener cabida en Derecho Internacional Privado, pero que en los demás casos debe tomarse en cuenta la intención. GHESTIN, Jacques. *Traite de droit civil, introduction générale*. París: LGDJ, 1982, No. 750. La tesis de Audit minimiza el elemento intencional, al señalar que lo que hay que hacer es hacer respetar la ley que debería aplicarse por tener mayores vínculos, lo cual no significa que se niegue todo elemento subjetivo. AUDIT, op. cit., No. 144. En materia de Derecho Internacional Privado Mayer señala como uno de los elementos esenciales del fraude, la intención. Igualmente Cornut señala que la intención puede ser deducida de las circunstancias objetivas del negocio y que debe mirarse si el agente acepta las consecuencias más esenciales normalmente vinculadas al cambio. CORNUT, op. cit., p. 43.

³¹ CORNUT, op. cit., p. 141, 287 y ss.

³² GHESTIN, op. cit., p. 677.

coger de las diversas opciones posibles la que le es más conveniente. Señala la doctrina que una transferencia de sede social con el propósito de aligerar las cargas tributarias es perfectamente posible cuando la misma es real y sincera³⁵. Pero entonces en este caso cabe preguntarse cuándo se obra con fraude a la ley y cuándo con una habilidad lícita.

Para distinguir entre lo que constituye fraude a la ley y habilidad, la doctrina señala que el fraude consiste en maniobrar para eludir la aplicación de una regla a la cual se está sometido, pues sus condiciones de aplicación se encuentran reunidas. Por el contrario, es posible sustraerse a la aplicación de una regla evitando colocarse en las condiciones de hecho que da lugar a su aplicación³⁴. Sin embargo, tal criterio ha sido criticado porque no explica todos los casos. Así, por ejemplo, se calificaría de fraudulenta la modificación de la situación para sujetarse a otra disposición y ello no está prohibido por el ordenamiento. Por ello se señala que lo que realmente hay que tomar en cuenta es la moralidad del acto y por ello no habrá fraude cuando haya una modificación con un alcance real. Esto es que la nueva situación sea realmente diferente de la anterior y que la modificación tenga vínculos reales, pues en caso contrario, si se permanece en la misma situación de hecho, la autoridad de la ley es menospreciada y debe operar la teoría del fraude a la ley³⁵. En un sentido semejante se señala que en el fraude el acto que se realiza es real en sentido objetivo, pero no en sentido subjetivo, pues el acto no ha sido querido por sí mismo, sino sólo por el efecto perseguido. Por el contrario, cuando se trata de habilidad, el acto es real desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo. El sujeto asume todas las consecuencias del acto, aún si son sólo algunas las que motivan su decisión³⁶.

En este mismo sentido se señala que en materia de Derecho Internacional Privado para que exista fraude a la ley se requiere, por una parte, la utilización voluntaria de una regla de conflicto, y por otro lado que ello se haga con la intención de escapar a la aplicación de una regla imperativa³⁷. Lo primero implica

³⁵ VIDAL, op. cit., p. 190.

³⁴ Vidal en nota al fallo de la Corte de Colmar, citado por GHESTIN, op. cit., No. 754.

³⁵ *Ibid.*, No. 756.

³⁶ CORNUT, op. cit., p. 262.

³⁷ LOUSSUARN, op. cit., p. 363.

que se modifica intencionalmente un elemento de conexión que determina la ley aplicable para escapar a una regla imperativa³⁸. Pero no es suficiente tal hecho, sino que en todo caso debe demostrarse que los actos deben realizarse con la intención de escapar a una ley extranjera. En el caso del fraude a la ley se actúa sin aceptar las consecuencias que normalmente están vinculadas al cambio³⁹. Es el caso, por ejemplo, cuando se adquiere una nueva nacionalidad y nunca se reside en el país correspondiente.

Lo anterior es además concordante con la jurisprudencia de la Corte Europea⁴⁰ que se refiere al abuso en la aplicación de normas comunitarias⁴¹ —que la doctrina considera fraude a la ley— y para ello exige dos elementos: una serie de circunstancias de las cuales resulta que aún cuando se respetan formalmente las condiciones de las normas comunitarias, el objetivo perseguido por tales normas no se ha logrado, y un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener los beneficios de las normas comunitarias creando de manera artificial las condiciones requeridas.

En el mismo sentido, cuando la doctrina analiza la prueba del elemento subjetivo de la teoría del fraude a la ley, señala que ello implica la demostración de que el interesado conocía las reglas de conflicto y las reglas materiales aplicables, y por ello actuó, y al mismo tiempo no se actuó por un motivo legítimo, el cual implica aceptar el cambio realizado con todas sus consecuencias esenciales⁴².

Desde el punto de vista del derecho colombiano debe observarse que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, aprobada en Colombia por la ley 21 de 1981, dispone en su artículo 6° lo siguiente: “No se aplicará como derecho extranjero el derecho de un estado

³⁸ Un caso de fraude en la jurisprudencia francesa: una persona que tenía un inmueble en Francia lo vende a una sociedad que tiene sede en EEUU, en donde la ley no conoce las reservas a los herederos. La repartición del inmueble estaba sometida a la ley francesa, pero las acciones a la ley americana. La corte de casación aprobó a la corte de apelaciones que consideró que había fraude (sentencia del 20 de marzo de 1985).

³⁹ MAYER y HEUZÉ, op. cit., p. 190.

⁴⁰ CORNUT, op. cit., p. 76.

⁴¹ Cornut distingue entre el fraude a la ley que supone excluir la aplicación de una ley, por la aplicación de otra ley, del abuso cuando simplemente se provoca la aplicación de una ley que produce un efecto que no puede ser aceptado. CORNUT, op. cit., p. 276.

⁴² *Ibid.*, p. 293.

parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro estado parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.”

De este modo es claro que dicho instrumento, que forma parte del ordenamiento jurídico colombiano, adopta un criterio subjetivo para determinar la existencia del fraude a la ley⁴³.

Por otra parte, en derecho colombiano no existe jurisprudencia que haya aplicado la teoría del fraude a la ley en casos como el que se examina. Sin embargo, la jurisprudencia sí ha aplicado la teoría del levantamiento del velo corporativo, y para ello se ha referido al propósito de eludir la ley, e igualmente ha aplicado la teoría del fraude a derechos de terceros cuando se obra de mala fe. De esta manera, en ambos casos ha tomado en cuenta el propósito de eludir el cumplimiento de la ley.

En efecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aplicado la desestimación de la personalidad jurídica. Para ello ha señalado “que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación”, y por ello “cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella”. Por tal razón opera el levantamiento del velo corporativo “cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración a los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden”⁴⁴. De este modo es fundamental tener en cuenta que la sociedad se utiliza para un fin distinto de aquél para el cual se previó.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia en un caso de lesión enorme señaló que si el comprador que adquirió un bien a través de un contrato viciado por lesión enorme lo enajena, no podrá rescindir el contrato en virtud de lo dispuesto por el artículo 1951 del Código Civil; pero, si con el conocimiento de que ya fue demandada la rescisión:

⁴³ Debe advertirse que los Estados Unidos de Norteamérica no es parte de esta Convención.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1999. MP Ricardo Hoyos Duque, radicado 10641.

se apresura a vender antes de ser notificado del auto admisorio de la demanda, con el agravante que la enajena por el mismo precio por el cual la compró al demandante —como ocurrió en el caso de este proceso— efectúa, entonces, una maniobra fraudulenta conducente a privar al vendedor del derecho a que se rescinda el contrato, es decir, obra de mala fe con el efecto de que la enajenación efectuada no entorpece el ejercicio de la acción rescisoria. Nadie puede maliciosamente impedir el ejercicio de un legítimo derecho ajeno. *Fraus omnia corrumpit*.

En materia societaria las cortes de otros países que han sancionado el fraude advierten que la sede estatutaria no tiene consistencia y que se ha colocado esa sede en el extranjero con el objetivo de escapar a las leyes de orden público del lugar de constitución y funcionamiento⁴⁵.

Señala Audit⁴⁶ que en materia de sociedades hay fraude a la ley “cuando una sociedad constituida bajo el imperio de una ley extranjera más favorable, ejerce sus actividades principales en el ámbito del foro, reclamando el reconocimiento de la personalidad reconocida por la ley extranjera”. Expresa también la doctrina que el criterio para determinar cuándo la elección es seria consiste en establecer si la elección de la sede se realiza por razones económicas distintas de escapar a la ley del lugar donde se concentran los negocios sociales⁴⁷.

No obstante debe anotarse que en el ámbito del derecho comunitario europeo esta materia se ha vuelto muy discutida a raíz de la decisión de la Corte Europea de Justicia en el caso *Centros Ltd. versus Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, decisión del 3 de septiembre de 1999, en la cual se expresó que el hecho de que una compañía no tenga ningún negocio en el estado miembro en el cual tiene sus oficinas registradas y sólo desarrolle actividades en el estado miembro

⁴⁵ Así, por ejemplo, cuando se constituye una sociedad en Luxemburgo, pero cuya actividad se desarrolla a través de una sucursal en Lille que constituye el establecimiento principal. Citado por AUDIT, op. cit., No. 520.

⁴⁶ AUDIT, op. cit., No. 528.

⁴⁷ Sobre la crítica de esta decisión de la Corte Comunitaria y la demostración de por qué no estaba en juego el derecho comunitario, ver MAYER y HEUZÉ, op. cit., p. 723 y 724. Así mismo sobre el análisis de esta decisión y los casos en los que según la Corte habría abuso, ver CORNUT, op. cit., p. 76.

en el cual su sucursal se estableció, no es suficiente para probar la existencia de un abuso o una conducta fraudulenta que faculte al último estado miembro para denegar a la compañía el beneficio de las previsiones de las normas comunitarias sobre libertad de establecimiento.

De acuerdo con ello, la negativa del estado miembro de registrar la compañía formada de acuerdo con la ley de otro estado miembro en el cual tiene registrada una oficina, con el argumento de que la sucursal tiene por propósito facultar a la compañía para llevar toda su actividad en el estado anfitrión, con el resultado de que el establecimiento secundario escapa a las reglas nacionales que prevén el pago de un capital mínimo, es incompatible con los artículos 52 y 58 del tratado, en la medida en que impide el ejercicio del derecho de establecer libremente un establecimiento secundario, lo cual los artículos 52 y 58 buscan específicamente garantizar.

Esa interpretación, agregó la Corte, no impide a las autoridades prevenir o penalizar el fraude, en relación con acreedores públicos o privados establecidos en el territorio del estado miembro afectado. Sin embargo, esta decisión esta vinculada al principio de libertad de establecimiento, por lo cual la doctrina contenida en la misma no se aplica a otros casos. En efecto, la decisión de la Corte obedece al propósito de asegurar dicha libertad de establecimiento de una manera amplia en el ámbito europeo, por lo cual la solución que adopta no parece aplicable a otros ámbitos, como el derecho colombiano. Por otra parte, señala Vidal⁴⁸ que la Corte de Casación francesa ha dicho que la sede social es el lugar donde la empresa tiene su dirección jurídica, financiera y administrativa y no donde sólo tiene una explotación u órganos secundarios.

Igualmente se precisa que el hecho de que se escoja como sede un país donde la tributación es más favorable no constituye fraude, en la medida en que se pueda fundar en intereses serios. Sólo será, entonces, fraudulenta cuando no existe tal motivo serio, sino cuando es para eludir la ley⁴⁹, lo cual podría ocurrir cuando no hay vínculos efectivos con el lugar donde tiene su sede la sociedad. Pero si las actividades de una sociedad la vinculan a más de un estado, sus diri-

⁴⁸ VIDAL, op. cit., p. 189.

⁴⁹ LOUSSOUARN y VERDÍN, op. cit., No. 267.

gentes de buena fe pueden escoger o trasladar la sede social para escoger entre ellas la ley más favorable. Sin embargo, la doctrina advierte que en ciertos casos se ha sancionado el hecho de trasladar la sede de un lugar a otro para beneficiarse de un tratamiento tributario más favorable, cuando ello no está acompañado de ningún cambio real en el funcionamiento de la sociedad⁵⁰.

Por otra parte, la doctrina reciente en materia de negociación de sociedades señala respecto a los casos en los que se utiliza una filial para la adquisición de una sociedad, que cuando se internacionaliza una operación a través de la creación de una filial, si ello tiene por propósito violar una reglamentación, es natural privar a la sociedad de los beneficios que provee dicha internacionalización⁵¹. Obviamente lo anterior supone demostrar tal propósito.

En síntesis, habrá fraude a la ley cuando la selección de la sede social corresponde a la intención de escapar a la ley normalmente aplicable, lo cual se demuestra a través del hecho de que realmente la sede social no es el lugar donde se desarrollan los principales negocios de la sociedad, ni donde están sus órganos principales.

3. Conclusión

Como se puede apreciar, si bien en principio el ordenamiento reconoce la sede que las partes escogen para la persona jurídica que crean, dicha libertad no es absoluta, pues la sede debe ser real, por lo cual en los casos en que ello no es así puede haber una recalificación de la sede social, o simplemente el ordenamiento puede reaccionar vinculando a la persona jurídica que tiene relaciones significativas con el mismo. En todo caso, siempre está el límite del fraude a la ley, por lo cual cuando se demuestre que lo que existe es una maniobra diseñada para escapar a la ley normalmente aplicable, deberá excluirse la ley seleccionada para acudir a aquella ley.

⁵⁰ AUDIT, op. cit., No. 521.

⁵¹ BOUCOBZA, Xavier. *L'acquisition internationale de société*. París: LGDJ, 1998, p. 204.

La responsabilidad subsidiaria de la matriz

Andrés Gaitán Rozo*

1. Preliminares

Una de las posibilidades que ofrece el derecho colombiano para obtener el levantamiento del velo corporativo es la acción que permite hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz en los casos de concurso de la subordinada. Tal responsabilidad tiene fundamento en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995¹ y en el artículo 61 de la ley 1116 del 2006².

La primera norma se seguirá aplicando en los casos de liquidación obligatoria y la segunda para la liquidación judicial, según lo dispone la ley 1116 de 2006, vigente a partir del 27 de junio del 2007.

* Abogado y especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Es coautor de los libros *Sociedades de familia en Colombia* y *Causas de la liquidación obligatoria de sociedades: estrategias para prevenir la crisis*. Es profesor de posgrado de las universidades del Rosario, Externado de Colombia, Sabana y Sergio Arboleda. Se ha desempeñado como Director de la oficina de Conglomerados y asesor del Secretario General en la Superintendencia de Sociedades.

¹ Este precepto establece: “Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz, o controlante, en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz responderá en forma subsidiaria de las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.

² La disposición señala: “De los controlantes. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas, y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante, o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente. El juez del concurso conocerá a solicitud de parte de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años”.

2. Autonomía

En primer lugar, conviene señalar que a pesar de que se trata de un párrafo, la disposición establecida en el artículo 148 constituye en realidad una norma autónoma. En efecto, al analizar el contenido del artículo al cual pertenece, es fácil advertir que no existe una relación entre ellos y que el tema de la responsabilidad regulada en el párrafo es independiente de la acumulación procesal de la que trata la norma³. Precisamente, en la ley 1116 de 2006, la presunción que se estudia está consagrada en el artículo 61 como una disposición autónoma.

3. Sujeto demandado

Tanto la ley 222 de 1995 como la ley 1116 de 2006 se refieren a la “sociedad matriz” como sujeto demandado, lo cual suscita varias reflexiones. Por una parte, esa matriz puede ser accionista titular de más del 50% del capital social, de acuerdo con la primera presunción de control del artículo 261 del Código de Comercio. Igualmente, puede ser una persona que a pesar de no tener la calidad de socio o accionista, tiene control en virtud del acto o negocio, según lo indica la tercera presunción de la misma disposición⁴. Este punto se constituye como una importante diferencia frente a otros mecanismos de levantamiento del velo corporativo, en particular, el consagrado en el artículo 207 de la ley 222 de 1995, en donde necesariamente los sujetos demandados deben ser los socios.

³ “Estima esta superintendencia que la regla prevista en el párrafo opera de manera autónoma, sin que se requiera como presupuesto abrir el proceso concursal de la matriz, máxime cuando en ocasiones dicho trámite no puede iniciarse por cuanto, en ciertos casos, la matriz se encuentra domiciliada en el exterior...” (Superintendencia de Sociedades, auto 420-5107, 11 de octubre de 1996).

⁴ “Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente, o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad”.

También debe tenerse presente que esa matriz puede ser singular o plural. En efecto, según el estatuto mercantil puede existir una pluralidad de sujetos controlantes, lo que se denomina control conjunto, evento en el cual las demandadas serán esas varias personas. Este es uno de los aspectos novedosos del régimen de matrices y subordinadas de la ley 222 de 1995, pues anteriormente sólo se hacía referencia a “una sociedad matriz”, según el esquema tradicional en el cual los grupos son controlados por “un holding”. La consagración de esta modalidad de control conjunto es uno de los grandes avances del derecho mercantil, puesto que, en realidad, muchos conglomerados se encuentran estructurados de esta manera, como lo demuestran las numerosas declaratorias de grupos empresariales y situaciones de control que ha realizado la Superintendencia de Sociedades⁵.

La norma transcrita se refiere a “sociedad matriz”, lo que genera el interrogante de si tal responsabilidad puede ser aplicada a matrices que no tengan la calidad de sociedades. Es claro que según el artículo 260 del Código de Comercio, cualquier persona puede tener la calidad de matriz o controlante, incluso las personas naturales. No obstante, y para efectos de la responsabilidad, tanto el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 como el artículo 61 de la ley 1116 del 2006 sólo mencionan a la “sociedad matriz”.

Sobre este problema Isaza Upegui y Londoño Restrepo sostienen:

En consecuencia, es preciso advertir que el artículo 61 de la ley 1116 del 2006 no puede ser aplicado en todas las situaciones de control. En efecto, esta norma exige que se esté en presencia de actos efectuados por ‘la sociedad matriz o controlante’; por lo tanto, no se puede aplicar la presunción prevista en la norma cuando se trate de matrices o controlantes que no tengan la calidad de sociedades —este sería el caso del controlante persona natural, empresa unipersonal, corporación o fundación—. En estos supuestos, no se puede aplicar la institución prevista en el artículo 61 de la ley 1116 del 2006, no sólo porque se estaría desconociendo su tenor literal, sino también porque una

⁵ Superintendencia de Sociedades. Grupos empresariales y situaciones de control inscritos en las cámaras de comercio a 31 de diciembre de 2005. Diciembre de 2006.

interpretación de tipo extensivo resulta inaceptable en materia de normas de tipo sancionatorio⁶.

Tal interpretación no puede ser compartida, pues el problema es el mismo que genera el artículo 30 de la ley 222 de 1995 al establecer que en los casos de situaciones de control y de grupo empresarial la “sociedad matriz” será la obligada a solicitar a las cámaras de comercio la inscripción del control o grupo. Al respecto, tanto la Superintendencia de Sociedades como el Tribunal Administrativo de Cundinamarca han sostenido que cualquier persona que sea matriz de una sociedad se encuentra inmersa en tal obligación, puesto que el parágrafo 1° del artículo 261 del Código de Comercio⁷ hace extensivos todos los efectos legales derivados del control a las personas naturales. Entre ellos, precisa, principalmente se encuentran la publicidad en el registro mercantil y la responsabilidad subsidiaria⁸.

Podría sostenerse que la ley 1116 de 2006 es posterior a la norma transcrita. Sin embargo, no se trata de un conflicto de leyes, sino de analizar el régimen de matrices y subordinadas en donde la propia ley ha hecho extensivos a las personas naturales controlantes todos los efectos legales correspondientes. Además, carecería de sentido la ampliación que hizo el artículo 260 del Código de Comercio en cuanto a que cualquier persona puede ser considerada matriz o controlante cuando se presenten los presupuestos de control.

4. Naturaleza de la presunción

Sobre la presunción que existe en contra de la matriz, la Corte Constitucional hizo el siguiente análisis:

⁶ ISAZA UPEGUI, Álvaro y LONDOÑO RESTREPO, Álvaro. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial*. Bogotá: Legis, 2007, p. 319.

⁷ “Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales estas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital, o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones, o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad”.

⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, 1 de julio de 2004. MP William Giraldo Giraldo.

La responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto. Luego, no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad. Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y, en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que estos resulten defraudados. El objeto de la presunción no es la responsabilidad en sí misma sino la situación concursal que da lugar a ella, es decir, la vinculación entre las decisiones de la matriz y el efecto patrimonial causado a la sociedad subordinada. Se trata, entonces, de una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos⁹.

Con base en esta presunción se da una inversión en la carga de la prueba, de tal forma que es a la matriz a quien le corresponde probar que la situación concursal no se produjo como consecuencia de actuaciones derivadas del control. Es este otro aspecto en el que también se aprecia una gran diferencia con la responsabilidad de los socios, en donde tal carga la tienen los demandantes, salvo la excepción consagrada en el artículo 82 de la ley 1116 de 2006, al señalar: “En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente”.

Al comentar el párrafo en estudio, Reyes Villamizar manifiesta:

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-510/97. MP José Gregorio Hernández.

Por lo demás, la disposición en comento configura, para estos efectos, una verdadera presunción del nexo causal entre el control y la situación crítica de la sociedad subordinada. En verdad, la ley 222 invierte la carga de la prueba, al establecer que se presume que la compañía controlada debió llegar al concurso, por causa o con ocasión de las maniobras derivadas del control. Así mismo, no es necesario que dichas maniobras se hayan cumplido en interés de la controlante, sino que es factible también que se hayan orientado a beneficiar a cualquiera de las otras subordinadas. Basta, por tanto, que el beneficio obtenido por la matriz o sus subordinadas haya repercutido, correlativamente, en perjuicio de los intereses de la sociedad concursada. Se trata, por supuesto, de una presunción de hecho que puede ser desvirtuada mediante la comprobación de que, a pesar de ser clara la hipótesis de subordinación, las causas de la iliquidez o insolvencia fueron ajenas a la actividad controladora de la matriz¹⁰.

5. Procedimiento

Mientras que la ley 222 de 1995 no especifica cuál es la clase de procedimiento por el cual se puede hacer efectiva la citada responsabilidad, la ley 1116 de 2006 determina que la acción se tramitará mediante el proceso abreviado.

6. Caducidad

El artículo 61 señala que esta acción tiene una caducidad de cuatro (4) años, sin precisar a partir de qué momento se cuenta este término. Sobre este particular, la doctrina ha expresado:

Tratándose de caducidad en asuntos de responsabilidad, la doctrina y la jurisprudencia se orientan porque el cómputo de dicho plazo comience desde el momento en que el daño se hace evidente. Por lo tanto, en este caso, consideramos que el término de caducidad empieza a correr desde el momento en que termina el proceso de liquidación judicial y se conoce, con absoluta certeza, cuáles créditos resultaron insatisfechos y en qué cuantía¹¹.

¹⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2002, p. 555.

¹¹ ISAZA UPEGUI y LONDOÑO RESTREPO, op. cit., p. 325.

7. La realidad del control

El levantamiento del velo corporativo enfrenta en la práctica un gran obstáculo: la proliferación de las denominadas sociedades *off shore*. La ley puede establecer con claridad unos supuestos para hacer responsables a las matrices, consagrar una presunción a favor de los acreedores, indicar unos procedimientos, entre otros muchos aspectos. Pero resulta interesante analizar lo que puede ocurrir cuando el acreedor con todos esos elementos decide hacer efectiva la responsabilidad de la matriz y se encuentra con que el accionista titular de más del 50% del capital es una sociedad constituida, por ejemplo, en las Islas Vírgenes o en Panamá.

¿Cuál es el respaldo patrimonial de dicho accionista? ¿Qué tipo de colaboración se puede esperar de tales países? ¿Realmente resultaría útil un levantamiento del velo corporativo? En la práctica se trata de sociedades que simplemente tienen un registro en tales países, pero que generalmente no tienen un patrimonio para responder. Dichos Estados se caracterizan porque garantizan a los constituyentes de tales sociedades absoluta reserva y respecto de ellas resultaría inútil un levantamiento del velo.

Las principales características de las sociedades *off shore* son las siguientes¹²:

1. Completo anonimato del nombre de los accionistas. En ese sentido tales sociedades pueden pertenecer a personas honorables, serias y responsables, pero también sus dueños pueden ser delincuentes.
2. El capital puede expresarse en acciones con o sin valor nominal, nominativas o al portador.
3. Los libros contables pueden estar en cualquier lugar del mundo.
4. No existe obligación de presentar un informe de las actividades sociales ni balance del ejercicio social.
5. No existe obligación de realizar anualmente asamblea de accionistas.
6. Se constituyen en países reconocidos como paraísos fiscales.

¹² Disponible en: www.bufetecandanedo.com/pdfs/121e.pdf.

Son pocos los países que han adoptado normas para regular concretamente la participación de las sociedades *off shore* en la actividad mercantil. En esta materia sobresale Argentina en donde la Inspección General de Justicia ha adoptado importantes determinaciones en los últimos años¹³.

En Colombia no existe prohibición para que sociedades *off shore* participen como socias de cualquier tipo de sociedades y en la práctica se ha desarrollado una verdadera “ingeniería societaria” para la estructuración de los grupos, de tal manera que no es extraño encontrar sociedades en donde la gran mayoría del capital lo poseen tales sociedades. Si bien puede hacerse de buena fe, incluso con la intención de proteger patrimonios familiares, para los acreedores que pretendan el levantamiento del velo sí es una verdadera barrera. No obstante, en este punto es del caso resaltar la importante labor de la Superintendencia de Sociedades adelantando investigaciones orientadas a identificar a los reales controlantes de las sociedades. Así por ejemplo, mediante resolución 125-001620 del 17 de septiembre de 2001 fue declarado un grupo empresarial en el cual la matriz resultó ser una sociedad que no era el mayor accionista ni tenía contrato con la subordinada, pero las pruebas indicaron que

¹³ “En octubre del 2003 entró en vigencia la controvertida Resolución General 7/2003 que dispuso que la IGJ no inscribiría los instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en las que hubieren participado, ejerciendo el derecho de voto, sociedades constituidas en el extranjero no inscritas en los fines del artículo 123 de la ley 19550, cualquiera que haya sido la cuantía de dicha participación, siempre que los votos emitidos, por sí o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social.

Sin embargo, las SAFI uruguayas hicieron caso omiso y no se presentaron a regularizar su situación. Dicha omisión fue entendida por la IGJ como una presunción adversa y entendió que se trataba de sociedades simuladas. En ese sentido sostuvo que “la titularidad del 99% de las acciones de una sociedad local y el lapso ininterrumpido en que se verificó tal omisión, no puede sino acarrear presunción adversa a la legitimidad del accionar de las sociedades extranjeras en las sucesivas adquisiciones accionarias, llevando incluso a presumir que han carecido de real condición de socias del ente societario nacional, toda vez que, en un orden normal de conductas esperables, ellas han debido ser las principales interesadas en cumplir con la ley.

A esta presunción sobre el carácter simulado de dichas sociedades le sumó otros indicios, como:

- La inexistencia de sede social, establecimiento o hacienda.
- El funcionamiento de las asambleas o reuniones de directorio en el domicilio real de su controlante.
- Las discrepancias entre los libros sociales sobre las verdaderas titularidades accionarias en la sociedad filial”.

Disponible en: <http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/24148-La-IGJ-intensifica-el-control-sobre-las-sociedades-off-shore.html?cookie>.

era quien en la realidad imponía sus decisiones. En este caso la subordinada tenía como mayor accionista una sociedad *off shore*, pero esto no impidió llegar a identificar al real controlante. Esta decisión fue impugnada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual confirmó las decisiones adoptadas por la Superintendencia¹⁴.

El problema de las sociedades *off shore* plantea un verdadero reto para el derecho de sociedades incluso en el ámbito internacional. Deben establecerse unas condiciones para la inversión a través de ellas y exigir en determinados casos la revelación del controlante real.

8. Declaratorias de grupos empresariales y situaciones de control que involucran sociedades en liquidación obligatoria

En las investigaciones que ha adelantado la Superintendencia de Sociedades para determinar si se configuran situaciones de control o de grupo empresarial ha surgido el siguiente problema: ¿Se puede afirmar que una sociedad se encuentra subordinada de la persona titular de más del 50% del capital, cuando es claro que tanto el liquidador como la junta asesora son designados por el Superintendente y la capacidad del accionista mayoritario se encuentra sustancialmente disminuida? La respuesta del Consejo de Estado en el caso Daewoo Corporation fue enfática al señalar que la liquidación no es una circunstancia que permita desvirtuar el presupuesto de control y, en consecuencia, ordenó a la Superintendencia de Sociedades declarar a Daewoo Corporation como matriz de Navco S.A. Daewoo Andino en Liquidación Obligatoria¹⁵. La posición de la Superintendencia era que sí procedía involucrar a sociedades en liquidación obligatoria en la declaratoria de situaciones de control o de grupo empresarial, pero que el período que se debía evaluar era el comprendido entre la entrada en vigencia de la ley 222 de 1995 y la apertura del trámite liquidatorio.

El artículo 50, numeral 2º de la ley 1116 de 2006 establece que la apertura del proceso de liquidación judicial produce la cesación de funciones de

¹⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expediente 02-0546, 26 de agosto de 2004. MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, 25 de febrero de 2000. MP Olga Inés Navarrete Barrero.

los órganos sociales. Esta disposición genera de nuevo el mismo interrogante, pero ahora con la certeza de que el mayor accionista no tiene posibilidad de imponer decisiones pues sencillamente la asamblea o junta de socios cesa en su actividad. La solución debe ser la misma que planteó la Superintendencia en el sentido de tener como límite temporal la iniciación de la liquidación judicial.

9. Autoridad competente

Con ocasión del proceso para hacer efectiva la responsabilidad de la Federación Nacional de Cafeteros como matriz de la compañía de inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, se discutió ampliamente lo relacionado con la autoridad competente para conocer de dicha actuación. Inicialmente el Consejo Superior de la Judicatura consideró que era competencia de la Superintendencia de Sociedades, pero finalmente la Corte Constitucional resolvió el problema señalando que es competencia de la justicia ordinaria.¹⁶

Con la ley 1116 de 2006 la competencia la tiene la Superintendencia de Sociedades como juez del concurso para los casos de liquidación judicial de sociedades.

10. El caso Hullera

Sin duda que el caso de Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria contiene muchos aspectos fundamentales en relación con la responsabilidad de las matrices. Esta empresa entró en liquidación obligatoria mediante auto 410-610-7777 del 4 de noviembre de 1997 proferido por la Superintendencia de Sociedades. Desde esa época dejó de cancelar las mesadas pensionales a más de trescientos pensionados.

En 1998 dicha Superintendencia inició de oficio una investigación para establecer si se configuraba alguna situación de control o de grupo empresarial. El Grupo de Conglomerados estableció que Cementos El Cairo S.A, Coltejer S.A, Fabricato S.A. y su subordinada tenían el 96.76% de las acciones de la citada sociedad en liquidación obligatoria, y que, además, venían comprando conjuntamente más del 98% de su producción en los últimos años.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-402, 25 de mayo de 2006.

Teniendo en cuenta que de las cuatro sociedades involucradas en la investigación, dos estaban sometidas al control de la Superintendencia de Valores, fue asumido el caso de manera conjunta por las dos superintendencias. El 24 de septiembre de 1999 fue expedida la resolución 661-1333, mediante la cual declararon a las tres empresas matrices, en los términos de la ley 222 de 1995, de la sociedad Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria, durante el período comprendido entre el 20 de junio de 1996 y el 4 de noviembre de 1997. Esta declaratoria tiene varias novedades: la declaratoria de varias matrices de una sola sociedad, la actuación conjunta de las dos entidades de supervisión y la limitación temporal de dicha situación de control. Por medio de la resolución 1961-892 del 21 de diciembre de 1999 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra dicha resolución, la cual fue confirmada.

Esta resolución fue demandada ante el Consejo de Estado argumentando la imposibilidad de declarar un control conjunto, puesto que la matriz debe ser una sola; también se cuestionaba la actuación conjunta de las dos superintendencias. Después de varios años, el 27 de marzo de 2003 el máximo tribunal de lo contencioso administrativo denegó las pretensiones de la demanda y confirmó la declaratoria de control, reconociendo la posibilidad de declarar situaciones de control o de grupo empresarial bajo la modalidad del control conjunto. Contra esta decisión fue interpuesto el recurso de súplica. Tres años después, el 5 de junio de 2006 la sala transitoria de decisión 1c del Consejo de Estado decidió que no prosperaba dicho recurso.

El 31 de julio de 2003 mediante la sentencia SU-636 se pronunció la Corte Constitucional dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Segundo Promiscuo Municipal de Amagá, Veintinueve Penal Civil del Circuito de Medellín, en el trámite de las acciones de tutela por varios pensionados contra Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria y sus matrices. Se trata de un trascendental fallo en el cual fue concedida la tutela de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, la salud y el mínimo vital de todos los titulares del derecho a pensión de jubilación a cargo de la referida sociedad en liquidación, como mecanismo definitivo contra Industrial Hullera S.A, y como mecanismo transitorio contra Coltejer S.A, Fabricato S.A.

y Cementos El Cairo S.A. En el artículo sexto de la parte resolutive el máximo tribunal constitucional dispuso:

Sexto. Ordenar a las sociedades matrices, esto es, Coltejer S.A, Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A. que, en la medida en que el liquidador de la sociedad subordinada Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria no cuente con los recursos económicos suficientes para pagar las mesadas pensionales de jubilación a cargo de dicha sociedad, dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del plazo señalado en el numeral anterior, pongan a disposición de aquel, a prorrata de su participación accionaria en Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria, los dineros suficientes a efecto de que el mismo liquide pague las mesadas adeudadas a todos los pensionados a cargo de esta última.

Igualmente, pondrán a disposición del liquidador de forma oportuna, en la proporción señalada, los dineros suficientes para que éste liquide y cancele hacia el futuro las mesadas pensionales que se causen a favor de todos los pensionados de Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria, y descuente y pague las cotizaciones por concepto de seguridad social en salud, en la medida en que dicha sociedad no pueda hacerlo.

Estas órdenes tienen carácter transitorio y no implican pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad patrimonial subsidiaria que pueda corresponder a Coltejer S.A, Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A. en la calidad de matrices en relación con las obligaciones a cargo de Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, por ser este un asunto de competencia de los jueces ordinarios.

Las mismas órdenes tendrán vigencia hasta la culminación de los procesos que ya cursan ante la jurisdicción ordinaria, orientados a establecer la responsabilidad de las sociedades Coltejer S.A, Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A., que fueron citados en las motivaciones de esta sentencia, o hasta la culminación de los procesos adicionales que con la misma finalidad ins-

tauren los pensionados de Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8° del decreto 2591 de 1991.

En cumplimiento de esta sentencia las matrices han tenido que realizar pagos por más de once mil millones de pesos. En la práctica, en este caso se ha producido un verdadero levantamiento del velo corporativo, pues tres de los accionistas reconocidos como matrices han tenido que asumir el pasivo pensional de la citada sociedad en liquidación obligatoria. Aunque la Corte enfatiza que no hace pronunciamiento sobre la responsabilidad, lo cierto es que las matrices han tenido que pagar y tendrán que hacerlo hasta la culminación de los procesos ordinarios en los que se resuelva el tema de la responsabilidad subsidiaria de que trata el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995.

Teniendo en cuenta la posición fijada por la sentencia de la Corte Constitucional, dos trabajadores de Industrial Hullera S.A. interpusieron acción de tutela solicitando la misma protección que había sido otorgada a los pensionados. Indican los demandantes que aunque las sentencias son “interpartes”, por ser un caso común para los trabajadores de la empresa Industrial Hullera S.A, que por su estado de liquidación tienden a desaparecer, la decisión debe cobijar al resto de los trabajadores que no están recibiendo salario, ya que en la mencionada sentencia se define claramente como debe resolverse, por tratarse de un caso idéntico y sólo cambia el tipo de personas, pues unos son jubilados y otros trabajadores activos. Mediante providencia del 29 de diciembre de 2003 el Juzgado Treinta y dos Penal Municipal de Medellín, denegó la tutela. En segunda instancia el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Medellín, revocó el fallo del *a quo* y concedió la tutela, al considerar que se trata de dos obreros del sector minero, uno con 47 años de edad y otro con 50 años, con una asignación legal que apenas sobrepasa el mínimo legal, con obligaciones familiares y deudas adquiridas por la situación económica en las que los dejó la empresa demandada, y que para proveer el sustento han tenido que acudir a la solidaridad de sus familiares. Según el juez, a los accionantes se les afectó el mínimo vital por el incumplimiento del patrón en sus obligaciones laborales. Manifiesta que es evidente que los supuestos fácticos de la mencionada sentencia son similares

a los del caso en estudio, porque de la subregla deducida de la sentencia se tienen elementos comunes como los siguientes: una sociedad en liquidación obligatoria, obligaciones laborales no satisfechas, personas a las que se les ha vulnerado un derecho fundamental y la relación dominante de una sociedad respecto a la que está en liquidación.

La Corte Constitucional por medio de la sentencia T-627 de 2004 al revisar este último fallo precisó que es procedente la acción de tutela para ordenar el pago de salarios de ex trabajadores de una empresa en trámite concursal, sea concordato o concurso liquidatorio, en los casos en que se demuestre que sí existe el vínculo entre el incumplimiento de la obligación y la afectación del mínimo vital. Para el caso de revisión encontró la Corte que no se aportaron pruebas que indiquen que los demandantes se encuentran afectados en su mínimo vital y no cuentan con otro medio para subsistir, ya que cuando Industrial Hullera S.A. fue sometida por parte de la Superintendencia de Sociedades a liquidación, contaban con capacidad laboral, porque no son personas de la tercera edad a quienes se les imposibilite obtener ingresos para sus sustento y el de sus familias. Si bien para los tutelantes pudo haber existido un daño real o menoscabo de sus derechos, éste no puede ser calificado como grave, pues existe evidencia de la postergación de la tutela, pues pasados 6 años después del cese de actividades pretenden por este medio el amparo de sus derechos, que pueden ser dirimidos en otra esfera como es la vía ordinaria laboral. En consecuencia, la Corte revocó la sentencia.

Ahora bien, paralelamente a estos trámites de tutela se adelantaba el proceso ordinario para establecer si las matrices fueron responsables de la liquidación obligatoria de Industrial Hullera S.A. el juez sexto civil del circuito de Medellín en sentencia del 8 de junio de 2004 declaró que las tres matrices eran responsables con sus actuaciones del estado de liquidación obligatoria de Industrial Hullera S.A. Entre otros argumentos, el juez señaló:

Del texto del artículo 148 se infiere, que la obligación de la matriz ante la demanda de responsabilidad, es probar que la liquidación se produjo por causas ajenas a su actuación en el control de la empresa afectada. Si logra desvirtuar esa presunción, se exonera de responsabilidad. De no desvirtuarse

esa presunción como aquí ocurre, se entiende entonces que se produjo la liquidación por causas atribuibles a aquella y en su beneficio. Esto último no precisa la demostración de la actora, toda vez que del texto de la norma en aplicación al caso se desprende que debe ser objeto de prueba para la actora, es la calidad de matriz en la demandada, el estado de liquidación y la no posibilidad de pago de sus obligaciones, los demás elementos de la responsabilidad se presumen. A la matriz le corresponde la carga probatoria de desvirtuar la causa de la liquidación. Al no hacerlo, se entiende no sólo que sus actuaciones originó aquella, sino que lo hizo en su propio beneficio. Son dos elementos que van unidos en la presunción, conforme con la redacción normativa (...) la carga prestacional y pensional no es causa de la liquidación, lo es el mal manejo de la empresa, al no preverse y cumplirse con unas obligaciones que se causaban día a día y de las cuales se tenía certeza de que se presentarían en el tiempo. Obra en el expediente prueba clara y contundente mediante la cual se establece que la gerencia y la revisoría fiscal, alertaron con suficiente tiempo a los accionistas de la crisis que se veía llegar por la alta carga prestacional, y para lo cual planteaban posibles soluciones. A ello se prestó oídos sordos (...) El artículo 438 del Código de Comercio le imponía la obligación a la Junta Directiva, conformada por los mismos accionados, de tomar las determinaciones encaminadas a lograr el objeto social. Y si éste era la explotación y comercialización del carbón mineral, ¿por qué razón se descuidó esa Junta y la Asamblea General, integrada por los mismas empresas demandadas, en exigir cumplimiento a sus compradores, ellos mismos, en los pagos?

Esta sentencia fue apelada ante el Tribunal Superior de Medellín. El Tribunal, en sentencia del 13 de octubre de 2004, decidió revocarla teniendo en cuenta que la demandante Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria no estaba legitimada en la causa para pedir la declaración judicial de responsabilidad subsidiaria, pues la legitimación la tienen los acreedores.

Contra el fallo del tribunal se interpuso recurso de súplica ante la Corte Suprema de Justicia, la cual el 3 de agosto de 2006 decidió no casar la sentencia y reitera que el liquidador no tiene legitimación en la causa.

11. La constitucionalización del derecho de sociedades

Las sentencias SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003 han generado análisis serios en relación con la constitucionalización del derecho de sociedades. El problema fundamental abordado en dichos fallos supone el conflicto entre:

- (a) el principio que reconoce y protege la autonomía de la voluntad, la libertad de empresa, la capacidad para diseñar organizaciones societarias a fin de participar activamente en una economía de mercado y, en particular, el derecho de los accionistas de sociedades anónimas a la conservación de su situación de incomunicación patrimonial, y
- (b) el principio que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo y a la especial protección de los pensionados, de manera conjunta con el principio que protege los derechos de los terceros que se relacionan con una sociedad anónima que emplea la separación patrimonial como medio para defraudarlos¹⁷.

Así:

La constitucionalización del Derecho Privado y, en particular, la constitucionalización del derecho mercantil, es un fenómeno que ha ido adquiriendo importancia teórica y práctica si se tiene en cuenta que su concreción

- (i) promueve nuevas formas de litigio civil,
- (ii) impone el nacimiento de riesgos cuya evaluación puede ser relevante por parte de los agentes económicos,
- (iii) reta algunas convicciones importantes acerca de la imagen que se tiene de la estructura y funcionamiento del derecho privado y
- (iv) exige una reflexión profunda que debe transitar los niveles descriptivo, analítico y normativo de la dogmática del derecho privado y, al mismo tiempo, del derecho constitucional.¹⁸

¹⁷ CALDERÓN VILLEGAS, Juan. *Constitucionalización del derecho comercial desde la dogmática de los márgenes de acción*. Disponible en: <http://www.dspace.icesi.edu.co>.

¹⁸ CALDERÓN VILLEGAS, Juan. "Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia". En: *Universitas*, no. 113, enero-junio, 2007, p. 113.

Resulta significativo que al analizar los principales casos de levantamiento del velo corporativo las referencias fundamentales sean las sentencias de la Corte Constitucional y no de la justicia ordinaria. También llama la atención que las órdenes a las matrices hayan sido impartidas por vía de tutela. Esto obedece a que con la liquidación de las sociedades se ha llegado a afectar gravemente la situación de muchas personas que han visto comprometido su mínimo vital, sin que durante muchos años hayan encontrado respuesta satisfactoria por parte de ninguno de los protagonistas de la crisis empresarial.

En la medida en la que los procedimientos permitan que los acreedores obtengan una respuesta justa y oportuna a sus pretensiones sobre responsabilidad de matrices, socios y administradores, se reducirán significativamente las posibilidades de fallos por vía de tutela en esta materia. Así mismo, la protección que brinda el derecho a los accionistas, no debe entenderse como una justificación para la indiferencia frente a la crisis de la sociedad. El accionista no es un simple inversionista, es parte fundamental del máximo órgano social en donde se delibera y decide sobre la situación de la empresa.

Los cambios introducidos por la ley 1116 de 2006, en particular el precisar la autoridad competente (Superintendencia de Sociedades) y consagrar un proceso abreviado representan un cambio positivo tanto para los acreedores como para las propias matrices, puesto que se podrán tramitar con mucha mayor agilidad estos procesos de responsabilidad.

El levantamiento del velo corporativo: ¿equidad o seguridad jurídica?

María Luisa Mesa Zuleta*

“Es perjudicial permitir con tanta facilidad la limitación de la responsabilidad; la moral comercial no ha ganado nada con esa creación legal.”¹

Dentro del marco de la investigación adelantada² sobre el levantamiento del velo corporativo, decidí limitar el tratamiento del tema al régimen de la empresa y de la sociedad unipersonal, principalmente por la reciente incorporación del concepto en la legislación colombiana por la ley 1258 de 2008, después de la corta y lánguida existencia de la ley 1014 y de su decreto reglamentario y porque ante la falta de antecedentes jurisprudenciales, resulta interesante explorar las diferentes posiciones que han acogido otros países sobre el tema.

Para mayor claridad en la exposición, partiré del concepto de sociedad unipersonal, de su evolución y características en diferentes legislaciones en general, y de la colombiana en particular, para ubicar algunas notas comunes. Posteriormente, analizaré el concepto de personalidad jurídica aplicable a esta especie societaria, sus lineamientos y excepciones y dentro de éstas específicamente, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo por vía de norma legal expresa y por vía de la aplicación de algunos principios generales del Derecho Privado.

* Abogada del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesora titular de la cátedra de Sociedades Comerciales.

¹ RIPERT, Georges, *Traite elementaire de droit comercial*. París: “Librarie generale de droit et jurisprudence”, 1951 cita por GABINO, PINZÓN, José, En: *Revista Jurisconsulta*. No. 1.

² Colaboración en la consecución de material bibliográfico de Tomás Holguín Mora, profesor auxiliar de la materia y Alberto Arango, estudiante y monitor académico.

1. Empresa y sociedad unipersonal: evolución del concepto

Muchos son los planteamientos teóricos que se han discutido alrededor del tema de unipersonalidad societaria, básicamente porque el origen contractual de la sociedad, heredado de los sistemas del derecho romano, ha dificultado su introducción al derecho societario, que desde sus inicios, partió del concepto de la pluralidad como requisito de la esencia de la sociedad y sustrato de la persona jurídica.

Así, la primera evolución sobre el tema se encuentra en el concepto de empresario unipersonal, y es paralela al concepto de empresa con patrimonio propio y autónomo. Su origen inicial consuetudinario en Alemania fue recogido en 1926 por la legislación del principado de Liechtenstein bajo el nombre de *Das personem und gesellschaftsrecht*, a través de la figura *Ansault*³, que podía ser creada por una sola persona que quisiera afectar un patrimonio a la realización de una empresa. De allí, la teoría se dividió “al considerar si debía existir un ente dotado con personalidad jurídica o, mejor, debía mantenerse la idea de una empresa con un patrimonio exclusivo”⁴.

Las diversas legislaciones europeas y la de los Estados Unidos de América fueron acogiendo la figura básicamente por dos razones. La primera, para reconocer que era necesario regular fenómenos de la realidad societaria que condujo a que las personas, con el fin de acogerse al beneficio de la separación patrimonial que lleva implícito el concepto de sociedad persona jurídica, acudieran a la “sociedad de favor” en la cual la verdadera intención de asociarse la tenía un único socio que, para cumplir con el requisito de la pluralidad, acudía a un testaferro y que implicaba, entonces, para algunos una verdadera simulación societaria. La segunda, porque en aras de proteger la empresa, se buscó una salida aceptable ante el hecho de que una sociedad pluripersonal deviniera en una de un socio por la concentración de todas las cuotas o acciones en una sola cabeza, porque no tenía sentido que se procediera a la liquidación inmediata del ente social. Así, por consagración legal expresa y por vía de doctrina y de jurisprudencia, esta figura se fue abriendo paso.

³ GALINDO VACHA, Juan Carlos. *Derecho europeo de sociedades*, 2002.

⁴ *Ibíd.*, p. 515.

Por su origen legal, algunos países fueron pioneros en el desarrollo del tema al aceptar en su normatividad la sociedad unipersonal sobrevenida, y algunos más atrevidos reconocieron también la posibilidad creadora de sociedades verdaderamente unipersonales por manifestación voluntaria del empresario socio. En el primer grupo cabe mencionar la legislación suiza de 1937, la italiana de 1942 y la española, inicialmente por vía de interpretación tanto en 1945 como en 1957⁵, legislaciones que expresamente excluían como causal de disolución la desaparición de la pluralidad e, indirectamente, aceptaban la unipersonalidad.

Por la vía de la costumbre, en Alemania también se aceptó la concentración de las acciones de la sociedad anónima en un sólo titular y “el reconocimiento de las sociedades unipersonales era considerado parte del derecho consuetudinario alemán, y la separación patrimonial entre la sociedad y sus accionista único aceptada incluso en el derecho tributario”⁶.

Por el camino de desarrollos jurisprudenciales, en Inglaterra su origen fue un fallo de la Cámara de los Lores de 1897 que dio paso a la teoría de que una sociedad constituida con el número mínimo de socios conservaba su personalidad jurídica, aún cuando de hecho estuviere integrada por un sólo socio y los demás fueren prestanombres, “... esta regla sentada a raíz del caso Salomón, fue atenuada con la teoría del allanamiento de la personería para contrarrestar los abusos que determinó una rígida aplicación”⁷.

La teoría posteriormente se recogió en la Company Act de 1948 con un régimen especial de responsabilidad ilimitada del socio frente a terceros, después de transcurridos seis meses de la situación de unipersonalidad.

Este mismo fallo dio origen a la *one man company* en los Estados Unidos, inicialmente como una excepción a la regla general adoptada en la mayoría de los estados de exigir por lo menos tres personas para constituir una sociedad.⁸ En ese país, el capital en manos de un sólo socio no se constituyó un

⁵ Interpretación de la resolución de la Dirección General de Registros del 22 de noviembre de 1957 que reitera la de 1947, citada por Santos Zuluaga, op. cit. P. 61.

⁶ SANTOS ZULUAGA, op. cit. p. 60.

⁷ BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. “De la utilidad de la empresa unipersonal de responsabilidad limitada”. En: *Revista Jurisconsulta*. No. 1, p. 110.

⁸ Con excepción de Michigan y Iowa.

factor para ampliar la responsabilidad a ese único socio, por lo menos desde el conocido caso *Salomon and Salomon*, salvo que existiera verdadera confusión de patrimonios, eventos en los cuales los tribunales pueden levantar el velo de la sociedad.

Dentro de las legislaciones más modernas, que podríamos decir son posteriores a 1980, tanto la Comunidad Económica Europea en su directiva No.12, como la legislación española de 1995 y la ley francesa del año 1985 expresamente aceptan las sociedades unipersonales por constitución, incluso en algunos de ellas bajo la forma de sociedades por acciones, dentro de un concepto más avanzado que el de la simple empresa dotada de personalidad jurídica reconocida en la ley italiana de 1942.

Resulta importante el antecedente comunitario toda vez que la directiva 12 de 1989 con criterio unificador, tuvo dentro de las consideraciones para adoptar la norma, la “creación de un instrumento jurídico que implicara limitación de responsabilidad del empresario individual en toda la comunidad”⁹.

De una parte, la directiva en sus artículos 1 y 6 admite tanto la creación de la sociedad unipersonal como sociedad de responsabilidad limitada y la existencia de sociedades anónimas unipersonales y, además, expresamente acepta su origen tanto desde el momento de la constitución como devenida por concentración.

La ley 2 española de 1995 en sus artículos 125 y 311 reconoce tanto las sociedades de responsabilidad limitada como las sociedades anónimas unipersonales, con un severo régimen de protección a terceros y acepta tanto la constitución unilateral como la sociedad que ha pasado a ser de un socio porque las participaciones se han concentrado en un sólo titular.

En Francia, en el artículo L223 de la ley 11 de 1985 se evolucionó frente a la ley de 1966 que únicamente reconocía la unipersonalidad sobrevenida y se aceptó la constitución por un sólo socio, pero solamente bajo la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada, con un capital mínimo de 50.000 francos y un régimen estricto de publicidad. La ley de 1994 introdujo las denominadas *Societe anonyme simplifie*, pero el concepto de unipersonalidad

⁹ GALINDO VACHA, op. cit., p. 520.

originaria solamente se introduce a partir de la reforma del año 1999 para las denominadas SASU (*Societe anonyme simplifie unipersonnelle*).

Finalmente, en Alemania la ley de 1980 acepta la sociedad de fundación unipersonal y la ley italiana de 1994 incluyó la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal con origen en un acto unilateral de voluntad.

Inglaterra reconoce la sociedad unipersonal por constitución en la sección 13 A de Companies Act “una persona podrá para un propósito legítimo formar una sociedad haciendo constar su nombre en la escritura de constitución y cumpliendo las prescripciones de esta ley en cuanto a las formalidades de registro” y exige publicidad especial para la sobrevenida mediante el registro de esta nueva condición societaria. Sin embargo, la ley contempla sanciones pecuniarias si se omite el cumplimiento de esta obligación.

En Panamá desde el año 1937 se aceptan las sociedades unipersonales en la legislación, pero la facilidad de incorporar sociedades anónimas en ese país, sin necesidad de que los propios accionistas otorguen el pacto de constitución y la posibilidad de las acciones al portador, no han requerido de la utilización de este tipo de sociedad y al decir de los propios abogados de ese país, es utilizada solamente por los barberos y los sastres.

En Latinoamérica, en los años 1914, 1929 y 1940 autores argentinos han propendido por incluir la regulación de este tipo societario porque “es un hecho comprobado que existe en nuestro país y lo mismo ocurre en el exterior, numerosas sociedades de responsabilidad limitada, sin hablar de las anónimas, que no tiene sino el nombre. En su mayor parte, estas sociedades no pertenecen sino a un socio, las cuotas están concentradas en una sola mano y la palabra sociedad no es más que una mera ficción”¹⁰, pero todos los intentos de reforma se han frustrado por la marcada influencia del origen contractual de la sociedad que ha sido definida por la Ley General de Sociedades 1995 que no la acepta. En sus artículos 1 y 94 consagra como causal de disolución la reducción de socios a uno solo y extiende la responsabilidad solidaria e ilimitada por las

¹⁰ Comunicación de la Cámara de Buenos Aires a la Cámara de Diputados de la nación, citado por Darío Henao Restrepo.

obligaciones contraídas por el socio dentro de los tres meses que le confiere la ley para restablecer la pluralidad.

Similar situación ocurre en Venezuela, Paraguay y Perú donde se mantiene el criterio contractual de la sociedad y la necesidad de la presencia de dos socios.

Quizá la primera conclusión que surge del análisis conjunto de las legislaciones citadas y de su desarrollo a través de los tiempos, es que sea cual fuere la teoría que se adopte en cuanto al origen de la sociedad unipersonal, bien se incline por la afectación de un patrimonio o por la creación de un ente verdaderamente societario, se admite en todo caso que la empresa o la sociedad unipersonal, una vez constituidas de acuerdo con el régimen legal aplicable, forman una persona jurídica diferente de su socio individualmente considerado, de tal forma que es un vehículo para limitar el riesgo del socio al monto de su aporte o al valor de la empresa que será la prenda general de los acreedores frente a terceros.

Esta aceptación común de la persona jurídica independiente es la causa, además, de que en todas las regulaciones sobre la materia el legislador se hubiere preocupado por establecer una serie de requisitos en cuanto a la publicidad, la constitución y la responsabilidad, para evitar que este mecanismo se convierta en un verdadero peligro para la seguridad de quienes contratan con este ente jurídico. En mayor o menor grado, si bien en todos los regímenes jurídicos se consagra como regla general la limitación de la responsabilidad del socio al monto de su aporte, se establecen mecanismos que buscan el equilibrio y la protección de los terceros y que van desde un régimen estricto de publicidad y regulación a los autocontratos (contratos celebrados entre el socio y la sociedad), hasta la extensión de la responsabilidad al socio único cuando ésta se utiliza en perjuicio de terceros.

La legislación francesa, por ejemplo, exige un monto mínimo de capital para la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, la obligación de llevar contabilidad y la presencia de un comisario de cuentas (revisor fiscal). La ley española, en desarrollo de la Directiva de la Comunidad Europea, dota de un estricto régimen de publicidad a la sociedad unipersonal tanto devenida como original; algunos países han limitado la figura a las pequeñas y medianas industrias.

Es importante resaltar que desde antes de las reformas de la década de los 80 en Europa, en los países en los cuales se aceptaba la sociedad unipersonal sobrevenida se exigía expresamente dotar de publicidad esta situación para conservar el privilegio de la limitación de la responsabilidad, y en países como Inglaterra la sección 24 de la Companies Act de 1985 disponía que si una sociedad se mantenía más de seis meses con un sólo socio, cualquier socio que ingresara después de esos seis meses podría resultar responsable personalmente. Con posterioridad a la directiva 12 esta extensión de responsabilidad fue abolida y reemplazada por una sanción pecuniaria.

El análisis anterior a título de introducción al tema, permite ahora el examen de la legislación colombiana en la materia.

2. La legislación colombiana

El artículo 98 del Código de Comercio consagra la teoría contractualista de la sociedad al definir que “por el contrato de sociedad, dos o más personas...” Así, desde la expedición del Código de Comercio de 1970, el concepto de pluripersonalidad como requisito de la esencia de la sociedad ha estado presente en nuestro régimen legal.

Al consagrar las causales de disolución de la sociedad el artículo 218 del Código de Comercio, en su numeral 3, establece dentro de ellas la disminución del número de socios a menos del requerido por la ley y, en concordancia, el artículo 220, por vía general para todas las sociedades, señala un plazo de seis meses para enervar la causal, de tal forma que la unipersonalidad sobrevenida y temporal se admitió en Colombia desde la expedición del Código de Comercio, si bien no expresamente, sí por vía de interpretación; pero en la medida en que no fue expreso su reconocimiento, tampoco se consagró un régimen especial ni de responsabilidad ni de publicidad durante esta situación anormal.

Con carácter verdaderamente innovador en Latinoamérica, la ley 222 de 1995 incluyó dentro del régimen del derecho comercial el concepto de empresa unipersonal en los siguientes términos: “Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias

actividades de carácter mercantil. La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica”¹¹.

La innovación de nuestra ley consiste en superar el simple criterio originalmente previsto en el anteproyecto de ley, de afectación de una parte del patrimonio para destinarlo a una actividad. Se consagra entonces, la verdadera separación entre el patrimonio del empresario y el patrimonio de la empresa unipersonal con la consecuente limitación del riesgo del empresario al monto de su aporte.

A diferencia del régimen establecido en la mayoría de las legislaciones europeas que regulan el tema, porque las latinoamericanas han sido reacias a admitir la figura, la legislación colombiana no sólo contempla la empresa unipersonal sino que define como regla general la limitación de la responsabilidad, de manera similar a la que asume el socio en una sociedad de responsabilidad limitada.

Si bien el régimen legal incorporado en la ley 222 de 1995 se refiere a la empresa unipersonal, quizá para no aceptar abiertamente el criterio de la sociedad unipersonal, en su desarrollo y en su contenido, la regulación la asimila realmente a una sociedad como tal, al permitir por ejemplo, que su capital se divida en cuotas y al aplicarle por vía de remisión expresa las normas de la sociedad de responsabilidad limitada.

El profesor Francisco Reyes, uno de los autores de la ley, señala que existen entre la empresa unipersonal y la sociedad en general, diferencias regulatorias importantes porque fue la intención del legislador introducir figuras innovadoras en el régimen societario colombiano. Sin embargo, una revisión detallada de estas innovaciones permite concluir que más que realmente marcar diferencias de fondo entre las empresas unipersonales y las pluripersonales, lo que contempla la ley adoptada en 1995 es una serie de excepciones frente al régimen original de constitución de la sociedad.

En efecto, la ley 222 de 1995 incorpora tres excepciones principales al régimen societario de 1970. En primer lugar, la posibilidad de que la empresa unipersonal se constituya por documento privado inscrito en la Cámara de Comercio del domicilio social, requisito *sine qua non* para adquirir la perso-

¹¹ Ley 222 de 1995, artículo 71.

nalidad jurídica, mientras que el Código de Comercio exige el otorgamiento de escritura pública para la constitución regular de la sociedad. En segundo lugar, la posibilidad de que el objeto de la empresa unipersonal sea ilimitado, es decir se extienda a la realización de cualquier actividad lícita, cuando el numeral 4 del artículo 110 del Código de Comercio exige un objeto social determinado con la enunciación clara y completa de las actividades que se van a realizar y sanciona con ineficacia el objeto indeterminado. Finalmente, admite también a diferencia de lo previsto en el artículo 110 en su numeral 9, que la empresa tenga una duración indefinida, avances que en alguna medida ya había introducido la ley 142 para las sociedades de servicios públicos.

Como se observa, estas excepciones bien habrían podido consagrarse dentro del régimen general de las sociedades y no exclusivamente para la empresa unipersonal, y no es su consagración la que marca la diferencia específica entre la empresa unipersonal propiamente dicha y la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada. Por el contrario, la remisión expresa de la ley al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada, permite concluir que al dotar la ley 222 de 1995 a la empresa unipersonal de personalidad jurídica, abandonando la teoría original de la afectación de una parte del patrimonio del constituyente, pero sin separación o limitación de responsabilidad, consagrada en los anteproyectos de la ley, se concluye que realmente desde 1995 se permite en Colombia la sociedad unipersonal propiamente dicha, aún cuando en su denominación se hubiere utilizado el concepto de empresa con un régimen híbrido en mi opinión.

Desde los albores del derecho societario francés e italiano, los autores han distinguido los conceptos de sociedad y de empresa, y varias son las teorías que sobre el particular se han desarrollado. El profesor Gaviria Gutiérrez¹² al estudiar el régimen de la empresa como tal en nuestra legislación, incluso con anterioridad a la ley 222 de 1995, había señalado las cuatro corrientes o teorías sobre el concepto mismo de empresa, para concluir que no existe universalmente aceptado un criterio único, lo que lleva a afirmar, además, que Colombia quizá por temor a aceptar de frente la unipersonalidad en el derecho societario,

¹² GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique, et ál. *Nuevas orientaciones del derecho comercial*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike, 1994.

tomó la figura original del principado de Liechestein de 1927, recogido por la ley portuguesa, de la empresa con personalidad jurídica y simultáneamente introdujo algunas modificaciones al régimen original de la sociedad comercial vigente desde 1970. No obstante la citada ambigüedad o impropiedad, más en su denominación que en su régimen legal propio, la figura de la empresa unipersonal está vigente y ha demostrado sus beneficios desde 1995.

La discusión doctrinaria sobre el tema ha perdido cualquier importancia ya que en el año 2006 el Congreso de la República al aprobar el artículo 22 de la ley 1014 consagra expresamente la verdadera sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, ya no exclusivamente para dotar a la empresa de personalidad jurídica, sino para permitir cualquier tipo de sociedad unipersonal, incluida la sociedad anónima.

La norma era del siguiente tenor:

Las nuevas sociedades que se constituyan a partir de la vigencia de esta ley, cualquiera que fuere su especie o tipo, que de conformidad a lo establecido en el artículo 2° de la ley 905 de 2004, tengan una planta de personal no superior a diez (10) trabajadores o activos totales por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, se constituirán con observancia de las normas propias de la empresa unipersonal, de acuerdo con lo establecido en el capítulo VIII de la ley 222 de 1995.

Y en el decreto reglamentario 4463 expedido en el año 2006 se establecía:

Podrán constituirse sociedades comerciales unipersonales de cualquier tipo o especie, excepto comanditarias; o, sociedades comerciales pluripersonales de cualquier tipo o especie, siempre que al momento de su constitución cuenten con diez (10) o menos trabajadores o con activos totales, excluida la vivienda, por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dichas sociedades podrán constituirse por documento privado.

La Corte Constitucional en sentencia C 392 proferida el 7 de mayo de 2007, declaró exequible el artículo 22 de la ley 1014 bajo “el entendido que esta remisión normativa hace referencia exclusivamente a los requisitos de constitu-

ción de la empresa unipersonal” y a partir de esa sentencia, la norma perdió toda su vigencia, básicamente por las controversias que suscitó el alcance de la sentencia.

Sin embargo, en el año 2007 se presentó y tramitó el proyecto de ley número 039, redactado y concebido casi íntegramente por Francisco Reyes, proyecto que en un trámite muy ágil se convirtió en la ley 1258 de 2008 mediante la cual se introducen al régimen legal las denominadas Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), inspiradas en la legislación francesa, en cuyo artículo primero expresamente se dispone que “La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus aportes”

Con la introducción de esta figura, se supera cualquier discusión teórica, sobre todo si se tiene en cuenta, en primer lugar, que la nueva ley expresamente reconoce que la SAS podrá tener uno o varios socios y por cuanto, además, la nueva ley a diferencia de la ley 1014 es amplia en reconocer que este tipo de sociedades puede ser constituido por cualquier sujeto y no la limita a un sujeto calificado por activos o por número de empleados.

La ley anterior remitía expresamente a los requisitos de la ley 222 de 1995 para la constitución de las sociedades unipersonales y del análisis comparativo de las dos normas en cuanto al contenido del acto de constitución, se concluía que el régimen de la empresa unipersonal es básicamente idéntico al de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada.

El análisis conjunto de las normas y la interpretación armónica de las disposiciones de la ley 222, de la ley 1014 y su decreto reglamentario y la ley 1258 permiten extraer las siguientes características en cuanto a la regulación del tema en Colombia:

1. Se aceptan las empresas unipersonales constituidas por un empresario único, que puede ser una persona natural o una persona jurídica. De esta forma, se reconoce desde 1995 la posibilidad de empresas unipersonales controladas en su totalidad por un sólo sujeto, lo que de por sí, como se verá adelante, implica que a la luz del artículo 262 del Código de Comercio se establezca allí una relación de control y subordinación.

Con mayor claridad existirá este control después de la ley 1258 frente a las propias sociedades por acciones simplificadas.

2. A partir del año 2006 se pretendió reconocer la existencia de verdaderas sociedades unipersonales constituidas bajo cualquier tipo social, excluida la sociedad en comandita, que por su propia esencia requiere la pluralidad por la necesaria doble categoría de los socios que marca su diferencia con otros tipos sociales y restringidas a las denominadas PYME.
3. La ley 1258 de 2008 reconoce las sociedades unipersonales constituidas bajo la forma de SAS exclusivamente.
4. La ley colombiana inicialmente optó por aceptar la unipersonalidad conceptual, pero restringida a unos sujetos calificados por la propia ley, de tal forma que si bien se incorporaron a la legislación, su ámbito de aplicación era bien reducido. La diferencia con el régimen adoptado en 1995 era que la unipersonalidad se aplicaba para cualquier empresario sin calificación alguna y no para la sociedad propiamente dicha, y a partir del 2006 se aceptó para las sociedades, pero sólo como vehículo de la pequeña y mediana industria. En realidad, nos habíamos quedado a mitad de camino frente a la Comunidad Europea.
5. La ley 1258 recoge todos los requisitos innovadores ya establecidos para la empresa unipersonal, no solamente al permitir la constitución mediante un documento privado reconocido ante notario, sino en cuanto al objeto indeterminado y el término de duración indefinido.
6. Se acepta la unipersonalidad sobrevenida por reducción de socios a uno solo, en dos supuestos legales diferentes que no surgen de los textos legales sino de su interpretación: de una parte, se mantiene el régimen general de la unipersonalidad sobrevenida para sociedades que no son sociedades por acciones simplificadas y en este supuesto, se mantiene la obligación de enervar la causal de disolución dentro de un plazo determinado, so pena de proceder a la liquidación, de tal suerte que efectivamente las nuevas leyes no regularon expresamente la figura ni la reconocieron en forma general para las sociedades y es por ello que la ley no establece ningún régimen especial de publicidad o responsabilidad ni siquiera temporal mientras se subsana la situación. De

otra parte, la unipersonalidad sobrevenida atemporal sólo se aceptaría cuando una sociedad pluripersonal reúna los requisitos para ser una SAS y en consecuencia puede voluntariamente convertirse en unipersonal.

Curiosamente la ley 222 en cambio, consagra la posibilidad de que la empresa unipersonal devenga en pluripersonal y allí sí se establecen unos requisitos y un plazo para adecuarse a su nueva forma social y la ley 1258 claramente permite la transformación de cualquier tipo de sociedad a SAS o viceversa, siempre que la decisión se adopte por unanimidad de los socios.

Adicionalmente, quizá la mayor diferencia entre el régimen legal de la sociedad unipersonal adoptado en el año 2006 y el régimen de las SAS, es que en éste a diferencia lo que sucedía al amparo de la ley 1014, se regulan expresamente aquellos aspectos propios de la sociedad que por su naturaleza de unipersonal requieren una regulación expresa y no se limitan a una remisión al régimen general de las sociedades.

La nueva ley en concreto, regula específicamente aspectos tales como la composición y funcionamiento de los órganos sociales unipersonales eliminando el requisito de la pluralidad, por ejemplo. La consecuencia inevitable de estas regulaciones, independientemente de que se comparta su contenido ha sido y será de aquí en adelante que claramente, y no sólo por vía de interpretación, se han determinado las normas que son compatibles con la situación fáctica de unipersonalidad, dificultad que será más que evidente en las sociedades anónimas. Así por ejemplo, claramente se determina la no obligatoriedad de junta directiva en las SAS sin necesidad de acudir a las normas generales de la sociedad anónima. En esto la aproximación de la ley 1258 es muy cercana a la de las legislaciones foráneas en materia de sociedad unipersonales. Por vía de ejemplo, la ley española y la Directiva 12 de la Comunidad Europea así como las leyes Inglesas del estado de Delaware, expresamente regulan aspectos tales como el funcionamiento de la junta de socio y la necesidad de asentar en actas las decisiones adoptadas, no por razones formalistas simplemente, sino para representar que, aún tratándose de sociedades unipersonales, la presencia del denominado *affectio societatis* o *animus societatis* debe reflejarse en el seno de la propia persona jurídica, preci-

samente para justificar su existencia como sujeto de derechos distinto del socio. Este principio se acoge en la ley 1258.

3. Prerrogativas de la personalidad jurídica. Atributos de la persona jurídica. Separación de patrimonio y responsabilidad del socio

Ya se mencionó como característica común de las sociedades unipersonales, su condición de persona jurídica con todos los atributos propios que la ley reconoce a este tipo de entes. Así, las sociedades unipersonales tienen una denominación social, una capital conformado por el aporte de único socio, una actividad propia determinada o de carácter general y un régimen de órganos sociales, caracterizado porque si bien cada órgano conserva funcionalmente sus atribuciones, la naturaleza de unipersonal impide el proceso deliberativo del máximo órgano social, presente en las sociedades pluripersonales.

También se señaló que la regla general en las legislaciones modernas, y a ella no es ajena Colombia, es el principio de la limitación de la responsabilidad del socio único al monto de su aporte y una verdadera separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios. Al decir de Girón Tena en su obra *Derecho de sociedades anónimas* “la tenencia de un patrimonio como característica esencial, propia de la especial naturaleza de la persona jurídica es la que justifica la irresponsabilidad del socio por las deudas sociales; estas son deudas de una persona jurídica con su propio patrimonio personal”¹⁵.

No es objeto de este artículo el análisis de las diversas teorías sobre la personalidad jurídica de la sociedad, suficientemente desarrolladas principalmente por la doctrina italiana y alemana durante el siglo XIX. Es una realidad aceptada hoy que las sociedades están dotadas de personalidad jurídica y que dicha realidad constituye un privilegio otorgado por la propia ley.

Es allí, entonces, donde tiene cabida la teoría del levantamiento del velo corporativo de la sociedad, que se va abriendo paso por vía jurisprudencial en países del sistema anglosajón y posteriormente en otros países cuando se debilita la teoría de la persona jurídica y se pone al descubierto la posibilidad de que

¹⁵ GIRÓN TENA, José. *Derecho de sociedades anónimas*. Valladolid, 1952, p. 10.

los socios se escondan para eludir el cumplimiento de leyes o para defraudar a terceros. Nada más apropiado para explicar el origen de esta teoría que la cita de Polo en su prólogo a la traducción de la obra de Serick, tal vez el autor que con mayor cuidado estudió el tema desde sus inicios: la muralla levantada entre la

persona jurídica y los individuos que la componen, entre los bienes de aquella y los que son propios había llegado a crearse una barrera infranqueable. En el respeto ciego de este dogma residía, sin duda, una de las virtudes más destacadas de esta figura conceptual. Sin embargo por ella y a través de ella habían de comenzar a manifestarse los primeros síntomas de crisis. La grandeza de la persona jurídica llevaba en germen su propia servidumbre¹⁴.

Así, el primer antecedente a la aplicación de la teoría lo encontramos en un fallo de la jurisprudencia norteamericana dentro de la teoría del *disregard of legal entity* según la cual los “jueces pueden prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y a los bienes que se amparan bajo su cobertura”¹⁵.

Dentro de las múltiples y complejas descripciones del concepto de descorrimiento del velo corporativo, tal vez la siguiente contiene, en mi opinión, todos sus elementos:

Los supuestos típicos correspondientes a la doctrina norteamericana del *lifting* o *piercing the corporate veil* se refiere a supuestos de extensión a la responsabilidad desde la personalidad societaria a las personas de sus componentes físicos. Sin embargo bien miradas las cosas tal efecto no es el resultado de levantar o traspasar un hipotético muro entre la persona y sus miembros, privados de esta suerte de privilegios de la limitación de la responsabilidad, sino que a la responsabilidad de la persona jurídica se adiciona la de sus miembros sometidos de esta suerte a la acción directa de los acreedores sociales¹⁶.

¹⁴ BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Thomson, 2006, p. 40.

¹⁵ *Ibid.*, p. 44.

¹⁶ DE EIZAGUIRRE, José María. *Derecho de sociedades*. Civitas, 2001 p. 92.

Si bien el concepto de persona jurídica en materia societaria en el sistema anglosajón difiere del dogmático del sistema continental, la mencionada teoría empezó a impregnar autores de otros países, principalmente en Alemania, y fue Serick quien por medio de su obra *Rechtform and realitat juristischen personen* se ocupó a fondo del tema.

El autor sostiene que no se trata de negar la personalidad jurídica en abstracto sino de negarla en algunos casos concretos cuando no se adecue a la realidad y, por ello, intenta reconocer que tres son los supuestos en los cuales con mayor frecuencia se presenta “el abuso cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a un tercero”¹⁷.

Quizá conviene resumir a continuación el aporte de Serick a la teoría, pues éste se verá reflejado nítidamente en los posteriores desarrollos legales, doctrinarios y jurisprudenciales:

1. La teoría se aplica, como en su origen en la jurisprudencia norteamericana, por vía de excepción.
2. Reconoce que los fallos sobre el tema están basados solamente en la equidad, y por ello, trata de elaborar las reglas comunes que permitan su aplicación, en aras de la seguridad jurídica.
3. Concluye que la personalidad jurídica es relativa y que en circunstancias excepcionales se puede penetrar a través de ella.

La circunstancia especial de que la obra de este autor alemán se hubiere traducido al español fue causa de que se hubiere recibido en ese país por la doctrina y la jurisprudencia, y se hubiere desarrollado dentro del derecho continental.

El tema, como bien lo ha descrito la jurisprudencia española, hay que situarlo entonces en “la admisión de un conflicto entre dos valores: justicia y seguridad jurídica”, conflicto que debe superarse “realizando la justicia sin sacrificar la seguridad jurídica. Los casos en que la separación de ámbitos entre

¹⁷ BOLDÓ, op. cit., p. 43.

la persona jurídica y sus componentes individuales tenga que ceder en aras de la justicia, deben ser predecibles con la mayor exactitud posible”¹⁸.

Así, el punto de partida en España, porque según autores de ese país es la aplicación concreta de la teoría del levantamiento del velo corporativo, es el fallo del Tribunal Superior proferido el 28 de mayo de 1984¹⁹ que resume en cuatro principios fundamentales su aplicación:

1. Conflicto entre seguridad jurídica y justicia.
2. Aplicación por vía de equidad y con acogimiento al principio de la buena fe.
3. Fraude de ley y perjuicio de intereses.
4. Abuso del derecho y ejercicio antisocial del mismo²⁰.

En Argentina la ley No. 19.550 de sociedades comerciales con la modificación introducida por la ley No. 22.093 de 1983, introdujo la doctrina del *disregard of legal entity*, en la ley sobre sociedades comerciales del año 1972, ya que se agregó el apartado tercero al artículo 54, el cual dispone:

la actuación de la sociedad que involucra la consecución de fines extrasocietarios, o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente

¹⁸ DE EIZAGUIRRE, op. cit., p. 89.

¹⁹ El fallo del Tribunal dice “que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, (...) se ha decidido prudencialmente, y según los casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, (...) la tesis y práctica de penetrar el “*sustratum*” personal de las entidades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esta ficción o forma legal (...) se puedan perjudicar intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como camino al fraude admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de estas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o los “derechos de los demás” (...)o bien contra los intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un “ejercicio antisocial” de su derecho (...) porque como lo ha dicho la doctrina extranjera ‘quien maneja internamente, de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes’, y menos ‘cuando el control social efectivo esta en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad’”.

²⁰ BOLDÓ, op. cit., p 193.

a los socios o a los controlantes que lo hicieron posible, quienes responden solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

La importancia de resaltar estos lineamientos consiste en que recoge tanto los principios originales de la teoría del *disregard* basada en la equidad, como los aportes del derecho continental básicamente en cuanto los desarrollos alemanes, le adicionaron la necesidad de proteger también la seguridad jurídica y por ello, el carácter excepcional.

4. La teoría del levantamiento del velo en la sociedad unipersonal

Posiblemente una de las razones por las cuales la doctrina y algunas legislaciones han sido reacias a reconocer la sociedad unipersonal, adicionales a los teóricos ya planteados, es por la generalmente aceptada idea de que éstas constituyen una figura de verdadero peligro, al considerarla una forma de organización propensa a defraudar a los acreedores. “Donde la cuestión del abuso de la persona jurídica se ha manifestado con mayor evidencia es sin duda en lo relativo a la utilización de la figura de la sociedad anónima para aprovechar las ventajas del privilegio de la limitación de la responsabilidad. Y el tema se centra aún más en un tipo determinado de sociedad, la unipersonal”²¹.

En términos generales, las legislaciones pertenecientes al sistema anglosajón y al sistema continental han pretendido establecer mecanismos legales de protección a terceros que permitan claramente delimitar la esfera de acción de la sociedad unipersonal de la de su único accionista y en parte, entre otras, mediante la incorporación en mayor o menor grado de la teoría del levantamiento del velo corporativo.

La doctrina alemana por ejemplo diferencia dos supuestos:

la imposibilidad de distinguir exteriormente la separación existente entre la persona jurídica y la persona de los socios que trae como consecuencia el no poder reconocer si un determinado acto es imputable a la sociedad o a los

²¹ BOLDÓ RODA, op. cit., p. 42.

socios que la componen y la situación que se produce cuando el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios no pueden diferenciarse con claridad²².

Y afirma la autora más adelante, para concluir este aparte, que:

tanto la confusión de esferas como la de patrimonios se configuran datos fácticos que puedan llevar a constatar que la persona jurídica separada de la sociedad se está utilizando para fines para los que no ha sido concebida, como puede ser el de eludir la responsabilidad frente a un tercero. Existen varias situaciones societarias más propicias que otras para que se produzcan dichos fenómenos; cuanto mayor sea el grado de dominación o de influencia del socio en la sociedad, con mayor facilidad pueden darse los casos de confusión de esferas o de patrimonios. Dentro de estas situaciones societarias destaca, por supuesto, la de la sociedad formada por un solo socio²³.

De las anteriores precisiones resulta evidente el interés en el estudio de esta teoría aplicado a las sociedades unipersonales y su desarrollo en Colombia.

5. El régimen colombiano en general y las sociedades unipersonales en particular

El tema puede dividirse en tres diferentes aspectos. La incorporación legislativa del levantamiento del velo corporativo en general dentro del régimen de las sociedades. Los supuestos legales en los cuales se extiende la responsabilidad a los socios en la ley colombiana y finalmente, el régimen especial previsto para la sociedad unipersonal.

También fue el legislador de 1995 el que introdujo normativamente la teoría del descorrimiento del velo corporativo en el régimen de las sociedades colombianas, en el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995²⁴.

²² *Ibid.*, p. 272.

²³ *Ibid.*, p. 273.

²⁴ Aunque expresamente los artículos 44 de la ley 190 de 1995 y 37 de la ley 142 de 1994 se refieren a levantar el velo corporativo para identificar a los beneficiarios reales.

Los supuestos de hecho para la aplicación de esta norma son los siguientes:

1. Una situación de control derivada de la calidad matriz subsidiaria.
2. La situación de insolvencia de la subsidiaria.
3. La presunción legal de que la situación de insolvencia ocurrió por causas imputables a la matriz y por ello es responsable.
4. La posibilidad de desvirtuar esa presunción mediante la prueba de la matriz de que la situación de insolvencia ocurrió por causas diferentes, es decir, romper el vínculo causal entre la situación de insolvencia y los actos de la matriz.
5. La subsidiaridad de la responsabilidad, por cuanto se requiere que la subsidiaria definitivamente no pueda atender sus obligaciones, según interpretación acertada de la Superintendencia de Sociedades.
6. La necesidad de que por vía judicial se declare la responsabilidad de la matriz, es decir que la norma no se aplica automáticamente.

Si bien es claro el espíritu de la norma en el sentido de que la intención de legislador era consagrar esta responsabilidad por vía de una verdadera excepción, son diversas las interpretaciones que han dado lugar a abrir una puerta muy amplia en materia de la responsabilidad limitada del socio de una sociedad de capitales.

En efecto, esta norma ha sido ya objeto de varias interpretaciones por vía jurisprudencial, interpretaciones que evocan las críticas que se han formulado a la teoría del levantamiento del velo corporativo. La Corte Constitucional en desarrollo del mencionado precepto, interpretado dentro del marco de los derechos fundamentales regulados por la Constitución expedida en 1991, optó definitivamente por la prevalencia de criterios de equidad sobre la seguridad jurídica del inversionista y llegó incluso a sobrepasar los lineamientos generales de la responsabilidad en el sentido de que ésta debe ser previamente declarada, para concluir en el año 2001²⁵ que en aras de proteger el mínimo vital de los

²⁵ SU-1023 de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño.

pensionados, la matriz debía atender su pago, aún antes de que la justicia ordinaria hubiere declarado la responsabilidad derivada de su situación de control. Así, la Corte dijo en ese entonces que,

...en aplicación del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café.

Afortunadamente, en sentencia C-865 del 2004²⁶, la Corte, al declarar la exequibilidad de los artículos 252 y 373 del Código de Comercio, limitó los alcances de la jurisprudencia anterior, en la medida en que se dijo que:

es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido (...) Las disposiciones acusadas, en ningún momento, facultan a las sociedades, ni a los socios, para utilizar la limitación de riesgos con el propósito de defraudar los intereses de los trabajadores y pensionados.

La mención resulta importante dentro del tratamiento del tema, porque para mí no existe duda de que si en alguna situación de hecho es clara la relación de control entre matriz y subordinada es precisamente en el caso de la sociedad unipersonal, más aún si se tiene en cuenta que el artículo 262 del Código permite que la matriz sea una persona natural no societaria. Es decir, ya el socio único sea persona natural o jurídica, tiene la calidad de controlante de la sociedad unipersonal y por ende, en situación de insolvencia de aquella procederá la aplicación del artículo 148, en cuanto se cumplan los presupuestos legales, incluso para las sociedades anónimas unipersonales, pero dentro de

²⁶ C-865 del 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

los lineamientos señalados por la Corte Constitucional en su última sentencia sobre el tema.

Incluso, como se verá adelante, el párrafo bajo estudio será aplicable a los casos de insolvencia de sociedades por acciones simplificadas, aunque esta regulación contemple una norma especial sobre el tema, pues el artículo 42 de la ley 1258 regula la desestimación de la personalidad jurídica para situaciones de hecho relacionadas con el fraude o perjuicio a terceros, mientras que la ley 222 regula la situación de insolvencia sin necesidad de calificación alguna de actuación fraudulenta de la matriz.

6. Aplicación de las normas de la sociedad de responsabilidad limitada a las sociedades unipersonales

El profesor José Gabino Pinzón recién expedida la ley 222 de 1995, invocaba al autor Gierke para referirse a la desconfianza que genera la sociedad de responsabilidad limitada, calificada por el como “hija frívola de la sociedad anónima”, para concluir que la sociedad unipersonal es “nieta frívola de la sociedad anónima”²⁷. Con ello pretende el autor enfatizar en que la empresa unipersonal, en la forma como fue consagrada por nuestra ley, adolece de los mismos vicios y corre la misma suerte jurídica de la sociedad de responsabilidad limitada.

Por el contrario, la ley 222 de 1995 remite expresamente para la empresa unipersonal al régimen de la sociedad de responsabilidad limitada.

Cabe preguntarse, entonces, si aquella remisión expresa también se predica respecto a las normas de excepción que en varios casos extienden la responsabilidad al socio de la sociedad de responsabilidad limitada, asimilándola a la responsabilidad del socio colectivo. Sea lo primero indicar que de conformidad con el artículo 294 del Código de Comercio, la responsabilidad que asume el socio de la sociedad colectiva es a la vez solidaria y subsidiaria. Lo primero porque su patrimonio está afecto al cumplimiento de las obligaciones de la sociedad y lo segundo, porque esa solidaridad sólo se aplica cuando el obligado principal que es la sociedad, ha sido requerido en vano para el pago, luego en

²⁷ PINZÓN, José. “La empresa Unipersonal”. En: *Revista Jurisconsulta*, No. 1, p. 4.

todo caso, en cuanto la sociedad haya sido regularmente constituida y sea una persona jurídica, el socio responderá indirectamente con todo su patrimonio, característica típica de las sociedades de personas y por regla general ajena a la sociedad de capital.

Así, en diversas disposiciones legales dentro de la denominada sociedad de responsabilidad limitada, la ley asimila al socio a la condición de socio colectivo, básicamente con la intención de proteger a los terceros que contratan con ella.

El artículo 357 del Código de Comercio señala, por ejemplo, que la sociedad girará bajo una denominación o razón social seguida de la palabra limitada o LTDA. “que de no aparecer en los estatutos, hará responsables a los asociados solidaria e ilimitadamente frente a los terceros” y el artículo 71 de la ley 222 de 1995 dice que: “la empresa unipersonal deberá indicar la denominación o razón social seguida de la expresión empresa unipersonal o la sigla EU so pena de que el empresario responda ilimitadamente”.

A su vez, el artículo 354 señala que los socios responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie.

Las dos normas resultan aplicables a la empresa unipersonal, pues resulta evidente que la sanción establecida en el caso de la incorrecta denominación social tiene por finalidad la protección del tercero que contrata con ella. Y esa razón se justifica en el caso de la empresa unipersonal, por la omisión de anunciarse sin incluir las palabras EU. El valor atribuido a los aportes en especie también es norma establecida en interés de terceros. Y se predicaría en las SAS. cuando el socio único transfiere a la sociedad y ésta recibe a título de aporte un bien diferente del dinero por un valor superior al valor comercial del bien, pues esta sobrevaloración puede resultar en desmedro de los terceros.

No obstante, la aplicación de las normas en el caso del valor de los aportes se hará por vía de interpretación, toda vez que el régimen de la SAS no hace mención alguna a la sanción en estos eventos.

Cabe, eso sí, preguntarse ¿cuál será la aplicación que se dará en el caso de la sociedad por acciones simplificada al artículo 375 del Código de Comercio que hace solidariamente responsables a los administradores por omitir anunciarse con las palabras S.A. o sociedad anónima? En el caso preciso de

la sociedad anónima la sanción recae en los administradores, pues son ellos quienes tienen derecho al uso de la razón social y la responsabilidad no se extiende a los accionistas.

Si bien el numeral 2 del artículo 5 de la ley 1258 nada dice al respecto, la duda es sí cuando el accionista único es el propio administrador y a su vez es quien tiene el uso de la razón social, de tal forma que la consecuencia podría llegar a ser la misma; vale decir que resulte extendida al accionista administrador la responsabilidad por los perjuicios, aún tratándose de una sociedad de capital y no obstante la previsión del artículo 1 de la propia ley 1258. Tratándose de una norma de excepción, pensaría que no es aceptable aplicar la norma análogamente, pero el punto está aún por interpretar.

En materia tributaria el artículo 3 expresamente establece que la sociedad por acciones simplificada se registrará por las normas aplicables de la sociedad anónima y así reafirma la propia ley lo que en precisas palabras el profesor Mauricio Plazas explicó al referirse al tema y es que “la asimilación de la sujeción pasiva a las empresas de responsabilidad limitada solo tiene efectos hoy en lo que toca con la responsabilidad solidaria de los socios a que alude el artículo 794 del Estatuto Tributario, responsabilidad que a nuestro juicio sólo se configura en el caso de las sociedades limitadas...”²⁸.

Finalmente, en cuanto a la ley laboral, la posición de la jurisprudencia nacional en el sentido de asimilar a la sociedad de responsabilidad limitada a una sociedad de personas, y por ende aplicarle el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, también podría ser predicable a la empresa unipersonal. El profesor Guillermo López Guerra, quien hizo un amplio análisis de la sociedad unipersonal y del derecho del trabajo, infortunadamente no aborda el tema directamente, pero, en cambio, se ocupa de la posibilidad de utilizar la sociedad unipersonal como un vehículo propio para romper el vínculo laboral y concluye que “torcer de esta manera el sentido y uso de las nuevas empresas que autoriza la reforma del Código de Comercio es peligroso como lo será siempre el esguince a la ley. Previendo esas manipulaciones fraudulentas y habilidosas el

²⁸ PLAZAS VEGA, Mauricio. “Aspectos tributarios de la sociedad unipersonal”. En: *Revista Jurisconsulta*. No.1, p. 34.

Código Sustantivo del Trabajo desde su inicio en 1951, en el artículo 24 dispuso ‘se presume que toda relación de trabajo personal esta regida por un contrato de trabajo’²⁹. A mi modo de ver en esta situación no es necesaria una norma particular para proteger a terceros, porque ya explicaré adelante que este tipo de conductas encuadran típicamente dentro del propio supuesto normativo que se consagro en Colombia para levantar el velo corporativo en las sociedades unipersonales: el fraude.

En conclusión, son varios los supuestos en los cuales por vía de una norma legal, el socio de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada puede llegar a responder frente a terceros con su propio patrimonio y aún cuando expresamente no hubiere sido la intención del legislador consagrarlo así, los efectos son en la práctica los mismos que los derivados de la teoría del levantamiento del velo corporativo.

Con buen sentido la ley 1258 de 2008 expresamente en su artículo 1° inciso segundo dispuso “salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad” y con ello por lo menos literalmente intentó disipar cualquier duda sobre la responsabilidad de los accionistas en materia de obligaciones fiscales y laborales.

7. Aplicación de las normas del levantamiento del velo corporativo a las sociedades unipersonales

La ley colombiana para proteger a los acreedores y terceros que contratan con la sociedad, además de las disposiciones generales a las cuales ya me referí, se inclinó en la ley 222 de 1995 por prohibir los contratos celebrados entre el empresario y la empresa unipersonal. Además, acogió los conceptos de fraude y de perjuicio a terceros como fundamento de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo para las sociedades por acciones simplificadas.

²⁹ LÓPEZ GUERRA, Guillermo. “Las empresas unipersonales de responsabilidad limitada en el derecho laboral”. En: *Revista Jurisconsulta*. No. 1, p. 49.

En el inciso 2º del artículo 75, la ley 222 dispone que “el titular de la unipersonal no puede contratar con esta ni tampoco podrán hacerlo entre sí empresas unipersonales constituidas por un mismo empresario”.

No es clara cuál fue la intención del legislador al sancionar con ineficacia los contratos celebrados en prohibición de dicha disposición, pero lo que sí es clara es la consecuencia, que implica, además, una gran contradicción dentro de la propia ley. Si efectivamente la empresa unipersonal se quiso consagrar como una persona jurídica distinta del socio único, no se ve la razón por la cual no pueden contratar entre sí, si se trata de dos sujetos jurídicos e independientes de derecho. La sola aplicación de los principios generales en materia de deberes de los administradores consagrados en la ley 222 de 1995 y del régimen de responsabilidades, por ejemplo en materia de conflictos de interés, habría sido suficiente protección para la sociedad por cualquier acto realizado por el socio administrador sobreponiendo sus intereses personales a los del ente jurídico, porque lo que sí es claro es que el origen del posible perjuicio que se puede derivar de este tipo de relaciones sociedad-socio no puede surgir del acto *per se*, sino de las condiciones en las cuales se realice y por ello no se justifica la prohibición absoluta.

Esta provisión “conservadora” al decir de Francisco Reyes demuestra, una vez más, que la consagración de la figura en sus inicios fue bastante tímida y sobretodo carente de rigor conceptual si se tiene en cuenta que en la mayoría de los países en los cuales ya se acepta la verdadera sociedad unipersonal, en lugar de prohibir este tipo de contratos la ley busca dotarlos de publicidad y de formalidades dentro de la vida societaria. La ley 1258, por el contrario, no prohíbe la celebración de dichos contrato, pero tampoco consagra mecanismos especiales de transparencia que rodeen su celebración

Así, por ejemplo, la ley española en el artículo 128 de la ley de sociedades no solamente no prohíbe este tipo de contratos, sino que consagra un régimen especial. La norma dice:

Los contratos celebrados entre el socio único y la sociedad representada por él mismo deberán constar por escrito o en la forma documental que exige la ley de acuerdo con su naturaleza, y se transcribirán a un libro registro de la

sociedad que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades. En la memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a esos contratos con indicación de su naturaleza y condiciones.

Y con el fin de dar instrumentos para el cumplimiento de esa disposición, añade en sus numerales 2 y 3 que “en caso de insolvencia provisional o definitiva del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido inscritos al libro segundo y no se hallen refrendados en la memoria anual o lo hayan sido en memoria no depositada con arreglo a la ley” y “durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de celebración de los contratos a que se refiere el apartado uno, el socio único responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de esta como consecuencia de dichos contratos”.

En los Estados Unidos, por ejemplo, los contratos no se prohíben mientras la sociedad no tenga problemas de insolvencia. En cualquier caso, la tendencia de las regulaciones no es prohibirlos sino dotarlos de transparencia y, en algunos casos, disponer que en situaciones de quiebra las obligaciones contraídas por la sociedad con el socio se atenderán en último lugar³⁰.

Lo que sí es claro es que esta provisión, si bien está vigente, ha perdido importancia práctica toda vez que al no reproducirse la misma norma de las empresas unipersonales para las sociedades constituidas al amparo de la norma expedida en el 2008, la prohibición no puede interpretarse sino en forma restrictiva y por ello no es de alcance extensivo a las sociedades unipersonales.

El segundo supuesto, está regulado por el artículo 71 del capítulo VIII de la ley 222 de 1995 el cual dispone que

cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado participado o facilitado los actos defraudatorios respon-

³⁰ La ley 1116 de 2006 en su artículo 31: Para los efectos previstos en esta ley se consideran acreedores internos los socios o accionistas de las sociedades, el titular de las cuotas o acciones en la empresa unipersonal, y los titulares de participaciones en cualquier otro tipo de persona jurídica.

dieran solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

El profesor Néstor Humberto Martínez confirma que conceptualmente las citadas normas incorporan la teoría del descorrimiento del velo corporativo:

el constituyente puede llegar a ser responsable por operaciones que se hayan realizado por cuenta y en nombre de ese patrimonio, justamente cuando se desestima la personalidad por razones de orden público para proteger a terceros de hechos o actos defraudatorios. Vale decir que el constituyente responderá solidariamente por sus obligaciones nacidas de tales actos. ¿Por qué solidariamente? Porque hay pluralidad de deudor, el deudor primigenio de las obligaciones que es la persona jurídica propietaria o titular del patrimonio y, por otro lado el constituyente⁵¹.

Y el artículo 42 de la ley 1258 bajo el título desestimación de la personalidad jurídica reproduce el mismo concepto en los siguientes términos:

cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

Al consagrar la ley en Colombia como causal de levantamiento del velo corporativo —el criterio del fraude a la ley— resulta evidente la influencia de la legislación e interpretaciones del derecho continental europeo e incluso del derecho anglosajón. El fraude a la ley es un principio consagrado en el derecho que tiene por finalidad “combatir el formalismo jurídico, y por lo tanto sólo puede surgir cuando el derecho ha superado ese formalismo. Se configura la aplicación de este principio cuando hay unos actos que son “permitidos *prima facie* por una regla pero resultan, consideradas todas las circunstancias, prohibidos

⁵¹ MARTÍNEZ, Néstor. “El empresario unipersonal en Colombia”. En: *Revista Jurisconsulta*. No. 1, p. 81.

como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificado de la regla en cuestión”, en otras palabras, se actúa conforme a normas jurídicas pero “para lograr con ellas finalidades que no son las previstas por el derecho”³². Al estar la norma en cuestión dirigida a los jueces, el reto que tendrán que asumir será la interpretación y aplicación de las normas generales en materia de “fraude a la ley”, a las situaciones particulares de las sociedades y empresas unipersonales.

El otro concepto que incorpora la ley colombiana es el del perjuicio al tercero, que involucra el concepto de responsabilidad y que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia.

Si bien en Colombia expresamente no se hace mención a los demás supuestos acogidos por la jurisprudencia española o la ley argentina, como el abuso del derecho, por ejemplo, sí resulta evidente que estos criterios coinciden con los denominados principios generales del derecho incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Porque es clarísimo que los perjuicios que se pueden causar a los terceros pueden tener origen no solamente en la violación a una obligación contractual, sino en las denominadas reglas generales del derecho que incluyen el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley, entre otros.

¿Acaso no es claro que la personalidad jurídica es un privilegio del cual están dotados los sujetos de derecho y que ese privilegio sólo debe utilizarse dentro del marco de la ley y aquellos principios de equidad que la inspiran? Pues bien, cualquier situación que dé lugar a concluir que el titular del derecho se excedió en su ejercicio, obteniendo para sí un beneficio injustificado o causando un perjuicio a un tercero, dará aplicación a las normas que permiten desestimar la personalidad jurídica. En este sentido, la tarea consistirá en aplicar las normas propias de la responsabilidad a las situaciones en las cuales se compruebe que la sociedad unipersonal se constituyó o fue un vehículo para perjudicar a terceros.

Y en Colombia la transgresión de las normas generales en materia de sociedades, desde la ausencia del propio *affectio societatis* hasta la ilicitud del objeto y la causa, podrían dar origen a consecuencias similares frente al socio que hubiere incurrido en esas conductas. Constituir una sociedad unipersonal

³² ATIENZA, Manuel y RUIZ, Juan. *Ilícitos atípicos*. Madrid: Trotta, 2000.

con el propósito de evadir impuestos o eludir el cumplimiento de obligaciones, puede simultáneamente encuadrar dentro de los conceptos de ilicitud de la causa y del fraude a la ley, y en uno u otro evento, aún por vías diferentes, la consecuencia frente al socio sería la misma: su responsabilidad frente a terceros.⁵⁵

El estudio detallado de cada uno de los desarrollos jurisprudenciales y legales de la teoría del levantamiento del velo corporativo confluje, fundamentalmente, en mayor o menor grado, en el mismo punto: la convivencia del hermetismo de la personalidad jurídica y los derechos de los terceros. A ello no es ajena la sociedad unipersonal.

Conclusiones

En Colombia se incorporó el concepto de empresa unipersonal y posteriormente las verdaderas sociedades unipersonales dentro de la legislación, y en ambos supuestos los entes están dotados del privilegio de la personalidad jurídica. Sin embargo, la ley omitió reglamentar expresamente aspectos tan importantes como la unipersonalidad sobrevenida o temporal cuando las acciones o cuotas se radican en cabeza de un sólo socio y la eventual responsabilidad que asume el socio único cuando esta novedad no es dotada de publicidad o no es de conocimiento de los terceros.

Con el mismo criterio que ha inspirado a otras legislaciones, Colombia no fue ajena a la consideración sobre el peligro que puede revestir este tipo de personas jurídicas si son utilizadas como un vehículo en perjuicio de terceros. En consecuencia, tanto por vía legal como por desarrollos jurisprudenciales se han consagrado diferentes situaciones fácticas en las cuales el socio único puede ser responsable frente a terceros por las obligaciones de la sociedad. La teoría se encuentra incorporada tanto en las normas generales de sociedades, como en normas particulares a las sociedades unipersonales y en sentencias constitucionales que si bien no se refieren expresamente a las empresas unipersonales, sí le serán aplicables por su contenido.

⁵⁵ Artículo 105 del Código de Comercio. “Los asociados y quienes actúen como administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados”.

La aplicación de las normas generales de las sociedades comerciales que extienden responsabilidad a los socios permite concluir, en primer lugar, que a las empresas unipersonales se les aplican las normas que extienden la responsabilidad a los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, tanto por la aplicación de la propia ley comercial como en materia tributaria y laboral. Exclusivamente bajo la forma societaria de la típica sociedad anónima de capital y claramente frente al régimen de la SAS se puede afirmar que la limitación de la responsabilidad del único accionista será la regla general y sólo por vía de excepción en los supuesto de los artículos 148 y 207 de la ley 222 de 1995, y específicamente del artículo 42 de la ley 1258 de 1995 operará el levantamiento del velo corporativo.

Por su parte, la aplicación e interpretación de las normas propias de la sociedad por acciones simplificadas permiten concluir que las previsiones del artículo 42 también implican el levantamiento del velo corporativo como consecuencia del abuso de la personalidad jurídica en desmedro de los intereses de terceros. Corresponderá a cada uno de los tribunales o jueces aplicar en concreto las disposiciones y decidir si efectivamente se pudo comprobar que la sociedad unipersonal se utilizó en fraude de terceros.

Para evitar caer en improvisaciones que pueden resultar peligrosas en la materia, los criterios de interpretación a utilizar deberán ser no solamente los principios generales del derecho —que bien puede decirse contienen unos límites y alcances intrínsecos de las normas—, sino los múltiples criterios que ya se han desarrollado en legislaciones de la misma estirpe de la colombiana, básicamente los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios de países como España y la propia Comunidad Europea.

En conclusión, se trata de establecer un equilibrio entre dos derechos: la seguridad jurídica de quien limita su responsabilidad, y la equidad que inspira y debe lograr toda norma de derecho. Sólo en la medida en que la legislación y la jurisprudencia sean capaces de satisfacer ambos intereses jurídicos, se sabrá si Ripert conserva la razón muchos años después de afirmar que “es perjudicial permitir con tanta facilidad la limitación de la responsabilidad; la moral comercial no ha ganado nada con esa creación legal” o si por el contrario, la teoría del levantamiento del velo corporativo ha contribuido a formar la moral comercial.

En Colombia falta mucho trecho por recorrer antes de obtener una conclusión clara sobre el particular.

Finalmente, este artículo se limita a plantear una serie de inquietudes generales, pues no pretende abarcar ni el tema de las sociedades unipersonales en toda su extensión, ni menos aún todos los supuestos que rodean la aplicación de la teoría del desconocimiento de la personalidad jurídica o de los principios generales del derecho.

Responsabilidad patrimonial de los accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas

Edgar Iván León Robayo*

Yira López Castro**

1. Consideraciones previas¹

Durante los siglos XVII y XVIII, en los territorios que actualmente son conocidos como Inglaterra, Holanda y Francia, ciertas empresas obtuvieron permisos especiales de sus diferentes monarcas para constituir sociedades anónimas que tenían por objeto explotar las riquezas de Oriente y del Nuevo Mundo. Conocidas como las compañías de Indias², los socios que pertenecían a ellas recibieron el “privilegio”³ de que su responsabilidad fuera limitada, gracias a la autorización otorgada por el soberano⁴.

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de Derecho Civil y Comercial en pregrado y posgrado y coordinador de la Línea de Investigación en Derecho Comercial en la misma universidad. Ha sido profesor de las universidades de Los Andes y La Sabana. Tiene un posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España) y es especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Es candidato a magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Fue representante por Colombia ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

** Abogada y especialista en Derecho Comercial y Derecho Contractual de la Universidad del Rosario. Es profesora investigadora de Derecho Civil y Comercial en pregrado y posgrado en la misma universidad.

¹ Este artículo es resultado del proyecto de investigación *Posibilidades y efectos de la ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo* de la línea de investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Agradecimientos a Andrea Sánchez Narváez por sus comentarios y por la revisión de este escrito.

² Mientras la Compañía Británica de las Indias Orientales realizó operaciones con la India durante más de 100 años, la Compañía Holandesa de las Indias Orientales se mantuvo por casi dos siglos pagando a sus socios un dividendo anual del 18%. Por su parte, la Compañía Francesa de las Indias Orientales fue creada para competir contra las anteriores y tuvo una duración que superó el medio siglo.

³ El Rey o el parlamento, en ejercicio de sus potestades soberanas, concedían el monopolio del comercio en los nuevos territorios.

⁴ Tan solo los terratenientes y los propietarios de propiedad mobiliaria tenían ese privilegio, del cual carecía el empresario. Véase: GALGANO, Francesco. *Las instituciones de la economía capita-*

Esa idea de responsabilidad limitada de los accionistas tuvo como antecedente inmediato⁵ la figura de la *accomandita*, instrumento que sirvió para materializar la necesidad de cooperación económica con la aristocracia feudal, por cuanto las clases no mercantiles estaban imposibilitadas para participar en tales actividades, pues resultaba poco digno para la época⁶. Sin embargo, las corporaciones de mercaderes aprovecharon esta posibilidad⁷, por cuanto la financiación a través de los bancos se encontraba proscrita, pues en ese momento no era lícito desarrollar operaciones de crédito, dado que esto era considerado una forma de usura⁸. Fue, entonces, a través de la constitución de sociedades comanditarias como encontraron la financiación requerida para llevar a cabo sus empresas.

lista: sociedad anónima, estado y clases sociales. Barcelona: Ariel, 1990, p. 78. Con anterioridad se aplicaba la responsabilidad de la *societas* romana, en donde únicamente era responsable el socio que gestionaba el negocio y se relacionaba con terceros. SUÁREZ, Sergio. “Notas para una historia de las sociedades”. En: *Foro de Derecho Mercantil*. Bogotá: Legis, No. 15, 2007, p. 132-136.

⁵ Se trata de su antecedente próximo, pues otros autores como Pinzón consideran que el origen de la sociedad anónima se remonta a la *societas publicanorum* romana. PINZÓN, José. *Derecho comercial: sociedades, parte especial*. Bogotá: Temis, 1962, p. 195, volumen III. Sin embargo, la característica de la limitación de la responsabilidad propia de las sociedades anónimas se puede ubicar en las compañías de Indias del siglo XVII. Incluso antes, con el Banco de San Jorge de Génova, del año 1407. Véase: MALOWANY BUCHALTER, David. *Generalidades sobre sociedades anónimas*. Disponible en: http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catcomercial/2009-07-20-%20dere_8_sociedades_anonimas_uno.pdf. Consulta realizada el 15 de enero de 2010.

⁶ En Francia, por ejemplo, la sociedad en comandita fue utilizada para la inversión de capitales por la nobleza, a la que le era legalmente vedado el ejercicio del comercio, lo que trajo como resultado que su principal característica económica fuera la participación de no comerciantes en una empresa comercial. “... no se trata, todavía, de un beneficio de la clase mercantil”. BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*. Buenos Aires: Uteha, 1960, p. 708, tomo I.

⁷ La limitación del socio capitalista aparece en los estatutos de la Corte de los Mercaderes de Lucca de 1554. SUÁREZ, op. cit., p. 132.

⁸ Según relata Madriñán, el préstamo a interés se encontraba prohibido porque era contrario a los postulados de la iglesia. MADRIÑÁN DE LA TORRE, Ramón. *Principios de derecho comercial*. Bogotá: Temis, 2007, p. 7. Sin embargo, Narváez explica que existían tres excepciones a esta regla general: “a) Si el capital se entregaba a un socio, lo que contribuyó a la formación de sociedades, en especial, en comandita; b) Si se presentaba en condiciones que implicaban gran riesgo de perder, como ocurría en el comercio marítimo (préstamo a la gruesa ventura), y c) Cuando se presentaba un capital para que fuera devuelto en un lugar diferente de aquel en que la operación se realizaba, por cuanto se consideraba como un transporte de dinero, posición que al parecer originó la utilización de la letra de cambio” —NARVÁEZ, José Ignacio, *Introducción al derecho mercantil*. Bogotá: Legis, 10ª ed., 2008, p. 10—.

En este tipo de compañías, los nobles, como socios comanditarios, aportaban exclusivamente sus recursos y quedaban excluidos de las labores de dirección. A cambio de ello, obtenían una responsabilidad limitada. Así, la estructura de la sociedad comanditaria les permitía invertir en el tráfico mercantil con el único riesgo de perder el capital aportado y con la posibilidad de mantener su estatus, al evitar ser vistos como comerciantes⁹.

En su calidad de socios colectivos, los burgueses dirigían la empresa y por ello su responsabilidad por las deudas sociales era ilimitada y solidaria. En efecto, las obligaciones asumidas en nombre de la compañía por uno de ellos obligaban a los demás, incluso sin su conocimiento.

El interés que se protegía con la regla de la responsabilidad solidaria de todos los socios, era la multiplicación de los negocios. El crédito a los comerciantes en sociedad se veía incrementado, y el volumen de negocios también, cuando a los terceros se ofrecía, como garantía, una pluralidad de patrimonios: el patrimonio de cada uno de los socios¹⁰.

Como se observa, la sociedad comanditaria tenía la virtud de conciliar los intereses económicos de la burguesía, de la clase noble y de los terceros acreedores de la persona jurídica. Adicionalmente, en este punto de la historia se consolidó la existencia del principio de separación entre los patrimonios de los socios con el de la sociedad, el cual se extrajo del concepto de separación de bienes que se venía aplicando al comerciante individual. Según Galgano, esto tiene su explicación porque "... sobre los bienes asignados al comercio hay impresa una marca de destino que los acreedores personales del comerciante deben respetar y que impide a éste, aunque propietario de los bienes, desviarlos de su objetivo"¹¹.

⁹ SUÁREZ, op. cit., p. 132.

¹⁰ GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Barcelona: Laia, 1987, p. 61.

¹¹ "El *ius mercatorum* coloca a los acreedores del comerciante en posiciones distintas, según sean acreedores por causa del comercio o por causa extracomercial; los primeros gozan de preferencia sobre los segundos con relación al patrimonio de la empresa, al tiempo que no se admite la compensación entre los créditos del comerciante por causa del comercio y sus deudas personales. Por consiguiente, el comerciante cuando contrae obligaciones extrañas al comercio, no puede ofrecer como garantía de las mismas el patrimonio de la empresa, que se establece de *iure*, para

Con esos antecedentes, apareció la sociedad por acciones como un comerciante distinto de los asociados que la componen, quienes gozan todos de una responsabilidad limitada, dejando de constituirse en un privilegio para convertirse en una característica ordinaria y propia del tipo social¹². Así las cosas, al surgir las sociedades anónimas para el desarrollo de la explotación de recursos en las colonias, la limitación de responsabilidad se explicaba como un incentivo para compensar la magnitud del riesgo: ante un eventual fracaso, el empresario sólo perdería lo que aportó al negocio. Nótese como la existencia de una clara división patrimonial se explica allí por la magnitud del riesgo de la empresa.

Con la expedición del Código de Comercio francés de 1807 ese beneficio excepcional de la responsabilidad limitada se hizo general para ciertos tipos societarios. “Acontecimientos semejantes sólo ocurren en Inglaterra a mediados de siglo con *Limited Liability Act* de 1855 (...) En los Estados Unidos la evolución fue más rápida. Aquí el principio de la *general incorporation*, es decir, la libre constitución de las sociedades por acciones fue introducida en el estado de Nueva York a finales de 1811”¹³.

En la actualidad, los tipos societarios cuya responsabilidad de los socios está limitada a su aporte, siguen siendo la forma empresarial más escogida para el desarrollo de los negocios por, dado el incentivo de reducción del riesgo empresarial¹⁴. Incluso, existe la tendencia a que la responsabilidad cada vez

garantizar a unos acreedores de naturaleza distinta: los titulares de los créditos relativos a la empresa”. *Ibíd.*, p. 58 y 59.

¹² SUÁREZ, op. cit., p. 134.

¹³ GALGANO, op. cit., p. 148.

¹⁴ Desde una perspectiva nacional, Bernal explica: “Así las cosas, y a partir de la imposibilidad de acceder, en términos generales, a la constitución de patrimonios por afectación o separados en nuestro medio resultó siempre imperioso acudir a la forma societaria para tratar de obtener tanto el beneficio de la limitación en el riesgo, como el amparo de la persona jurídica distinta a la de los constituyentes de la sociedad individualmente considerados. En este sentido, el empresario individual respondía con la totalidad de sus haberes por los negocios que en su condición de tal ejecutara”. BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. “De la utilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada”. En: *JurisConsulta*, No. 1, Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá: Colegio de Abogados Comercialistas, 1998, p. 114. Este principio es importante incluso desde el punto de vista económico. Al responder a la pregunta de por qué las sociedades anónimas son tan populares en las economías de mercado, Samuelson y Nordhaus señalan: “... los accionistas de las sociedades anónimas disfrutaban de responsabilidad limitada que los protege si la sociedad incurre en deudas o pérdidas superior a su aportación inicial”. SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. *Economía*. Madrid: Mc Graw Hill, 1993, p. 129 y 130.

sea reducida hasta su más mínima expresión¹⁵, con las correspondientes cor-tapisas que han sido impuestas en desarrollo de la protección de los derechos fundamentales y, especialmente, de los de trabajadores y pensionados¹⁶.

En Colombia, el Código de Comercio vigente —decreto-ley 410 de 1971—, en línea con los presupuestos establecidos por el Código Civil de Bello, les concedió responsabilidad limitada a los socios de la sociedad de responsabilidad limitada¹⁷, a los accionistas de la sociedad anónima¹⁸ y a los comanditarios de las sociedades en comandita¹⁹, figuras que se caracterizan por la limitación del riesgo del inversionista a través de su participación económica en personas jurídicas. Después la ley 222 de 1995 le concedió una limitación de responsabilidad al empresario unipersonal, a pesar de que esta figura no constituye un tipo societario²⁰.

¹⁵ SUÁREZ, op. cit., p. 136 y 137. Para un análisis sobre la responsabilidad extracontractual ilimitada de los accionistas, véase: HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier. “**Toward unlimited shareholder liability for corporate torts**”. En: *The Yale Law Journal*, Vol. 100, p. 1870-1934.

¹⁶ Es el caso de Colombia, en donde la Corte Constitucional aparentemente desconoció el principio de responsabilidad limitada de las sociedades por acciones, razón por la que algunos manifestaron que estas entidades dejaron de existir. REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Homenaje póstumo”. En: *Ambito Jurídico*. Bogotá: Legis, 2001, No. 93, p. 13. Evidentemente, esto no ocurrió. MARTÍNEZ NEIRA, Néstor. La sociedad anónima no ha muerto. En: *Ambito Jurídico*. Bogotá: Legis, 2002, No. 98, p. 21. Al respecto, véanse principalmente las sentencias SU-1023 de 2001, SU-636 de 2003 y C-865 de 2004, las cuales serán comentadas posteriormente.

¹⁷ “En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes. En los estatutos podrá estipularse para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias o garantías suplementarias, expresándose su naturaleza, cuantía, duración y modalidades” (Código de Comercio, artículo 353).

¹⁸ “La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables, y tendrá una denominación seguida de las palabras ‘Sociedad Anónima’ o de las letras ‘SA’ (Código de Comercio, artículo 373).

¹⁹ “La sociedad en comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominarán socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios” (Código de Comercio, artículo 323).

²⁰ En efecto, se trata de una empresa de un solo propietario a la que se le reconoce personalidad jurídica, para lo cual, paradójicamente, se deberán cumplir las normas sobre sociedades y, especialmente, las correspondientes a las compañías de responsabilidad limitada. Véanse: NEIRA ARCHILA, Luis, *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*. Bogotá: Temis, 2006, p. 19 y PINZÓN, J. Gabino. *La empresa unipersonal*; MARTÍNEZ NEIRA, Néstor. *El empresario unipersonal en Colombia*, y BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. “De la utilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada”. En: *Juris Consulta*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá – Colegio de Abogados Comercialistas, 1998, No. 1, p. 18, 72 y 116.

Por su parte, la ley 1258, del 5 de diciembre de 2008²¹, expedida recientemente, regula un nuevo modelo corporativo denominado “Sociedad por Acciones Simplificadas” —en adelante, SAS—. La flexibilidad y la facilidad que tiene para su constitución y organización, así como la posibilidad que tienen los asociados para estipular las cláusulas que regirán su negocio, apartándose de la rigidez de las disposiciones legales comunes en materia societaria, han dado lugar a que esta figura se haya convertido en una importante alternativa para quienes desean realizar operaciones económicas a través de una persona jurídica²².

Al igual que sucede con las diferentes sociedades de capital, este ente corporativo también se caracteriza por la restricción del riesgo de los accionistas al monto del capital aportado, posibilidad que surge con el otorgamiento de la personalidad jurídica que la ley le atribuye una vez se perfecciona su constitución²³. Según explica Reyes Villamizar: “Es evidente que al constituir una sociedad, los asociados ordinariamente limitan la responsabilidad al monto de lo invertido. Si tal monto es insuficiente para cubrir las obligaciones de la

²¹ Publicada en el Diario Oficial 47.194 del 5 de diciembre de 2008. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2008/ley_1258_2008.html. Consulta realizada el 5 de enero de 2010.

²² Las cifras así lo demuestran. Al 31 de octubre de 2009, es decir, 10 meses después de la entrada en vigencia de la ley 1258, un total de 10.288 SAS fueron constituidas en el país, según datos de la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio. Así mismo, existe un porcentaje de 90% de creación de SAS, frente al 10% de transformaciones de los tipos societarios tradicionales a este nuevo modelo corporativo. Adicionalmente, se prevé que en los próximos cinco años se crearán unas 100.000 sociedades de este tipo en Colombia, lo cual irá en detrimento de la formación de otras estructuras. Véanse: “La entrada triunfal de las SAS”. En: *Ámbito Jurídico*. Bogotá: Legis, 2009, No. 287, p. 16 y 17 y Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) continúan ganando terreno en el país. En: *Portafolio*. Disponible en: http://www.portafolio.com.co/economia/economiahoy/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-6817827.html. Consulta realizada el 7 de enero de 2010.

²³ Según Mousseron, citado por Reyes Villamizar, este es uno de los incentivos tenidos en cuenta para escoger una forma asociativa: “Entre los factores no fiscales, los más clásicos aluden a la responsabilidad en que incurrirán los participantes. En un mundo en donde la protección societaria está generalizada, numerosos empresarios son reticentes a optar por estructuras en las que su participación en las pérdidas sea indefinida (empresario individual, sociedad civil, sociedad de objeto civil) o aún peor, indefinida y solidaria como en la SNC o en la sociedad civil profesional. Ello explica en buena parte el éxito de formas sociales tales como la SRL y la SA”. MOUSSERON, Pierre. *Droit de Sociétés*. París: Montchrerstien, 2005, p. 79, citado por REYES VILLAMIZAR, Francisco. *SAS La sociedad por acciones simplificadas*. Bogotá: Legis, 2008, p. 54, nota 27.

empresa cuando éstas se hagan exigibles, algunos de los riesgos del negocio serán asumidos por otras personas...”²⁴.

Sin embargo, todo esfuerzo que conlleve a la creación y modernización de cualquier figura legal, así como los denominados “transplantes”²⁵, siempre tendrán detractores, quienes manifestarán su oposición a la implementación de los mismos sin considerar que posiblemente se hizo un trabajo serio e importante por parte de sus impulsores, para adaptar tales disposiciones a la realidad jurídica propia. Tales tendencias conservadoras han existido desde siempre. Así ocurrió con Ripert, quien en su momento señaló que la limitación de la responsabilidad resultaba nociva para el derecho comercial²⁶.

Justamente, este trabajo tiene por objeto analizar cómo opera y cuál es el alcance de la responsabilidad patrimonial que tienen los socios en el más reciente esquema societario colombiano. Para dilucidar el tema propuesto, el

²⁴ REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 56.

²⁵ Definidos por Watson como “... el paso de una norma o de un sistema jurídico de un país a otro o de un pueblo a otro”. WATSON, Alan. “Legal change: sources of law and legal culture”. *University of Pennsylvania Law Review*, n°. 5, vol. 131, 1983, p. 1121-1157. Según explica Iannello, en la literatura de habla inglesa esta figura es conocida como *borrowings* o *legal transplants*, término que en español se traduce como transferencias, transposos o préstamos. IANNELLO, Pablo. “Eficiencia y recepción de los transplantes legales: el caso del Cramdown Power”. *Revista de Análisis Institucional*, No. 2, Fundación Friedrich A. Von Hayek, 2008, p. 291. Disponible en: <http://hayek.org.ar/new/images/fotos/FundHayek-RAInII-Iannello.pdf>. Consulta realizada el 7 de enero de 2010. Para un análisis más profundo de la importancia de los transplantes teóricos, más que la simple transmutación de normas entre países, véase: LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes -Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 74-90.

²⁶ A juicio del tratadista: “Es perjudicial permitir con tanta facilidad la limitación de la responsabilidad; la moral comercial no ha ganado nada con esta creación legal; las quiebras se han multiplicado sin que sea posible afectar a nadie, puesto que es solamente la sociedad la que quiebra. Además, la sociedad de responsabilidad limitada carece de crédito, porque con frecuencia el gerente debe comprometerse personalmente ante los acreedores, con lo que pierde su condición de simple gerente, para asimilarse al socio gestor de la comanditaria” RIPERT, Georges. *Traité élémentaire de droit commercial*. París: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, No. 799. Otro ejemplo señalado por Pinzón tiene que ver con la desconfianza y las reservas que generó en la doctrina jurídica la sociedad de responsabilidad limitada, la cual fue denominada por Gierke como una “hija frívola de la sociedad anónima”. Incluso, él mismo cayó bajo la misma influencia al indicar, respecto de la empresa unipersonal, establecida en Colombia por el artículo 80 de la ley 222 de 1993, que “... suscita una seria duda sobre la necesidad de esta nueva o novedosa figura técnica en la legislación comercial”. GIERKE, Julius, *Derecho Comercial y de la Navegación*. Buenos Aires: Tipográfica Editora argentina, 1957, p. 603, tomo 1 y PINZÓN, op. cit., p. 19 y 20.

escrito se dividirá en dos partes: una primera, en la que se analizará el principio de limitación de riesgo en la SAS. La segunda tiene como propósito dilucidar si existen excepciones a ese principio, esto es, los posibles eventos en los que los accionistas responden con su patrimonio por las acreencias de la sociedad, así como la aplicación de la teoría del levantamiento corporativo, de conformidad con la teoría general y la normativa que regula este tipo societario.

2. Limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios de la sociedad por acciones simplificada

El artículo 1º de la ley 1258 de 2008 señala que los accionistas de la SAS sólo son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes²⁷. Sin embargo, señala una excepción a este principio, consistente en la desestimación de la personalidad jurídica, lo cual será analizado con posterioridad.

Este apartado tiene como propósito explicar cómo surge la separación de patrimonios entre la persona jurídica y los socios al perfeccionarse la constitución de la sociedad y, como consecuencia de lo anterior, precisar la limitación del riesgo de los accionistas hasta el monto de sus aportes.

2.1. El surgimiento de la personalidad jurídica en la SAS

Una SAS puede ser constituida por una o varias personas, naturales o jurídicas, según lo indica el artículo 1º de la ley 1258²⁸. Es decir, resulta factible la existencia de un accionista único o de un conjunto de accionistas ilimitado²⁹, pues la ley no establece un número mínimo o máximo de socios para que la sociedad continúe normalmente desarrollando su objeto³⁰. Al contrario de lo que sucede con las de-

²⁷ “La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes” (Ley 1258 de 2008, artículo 1º).

²⁸ Con esta disposición se supera el concepto de pluralidad al que alude el artículo 98 del Código de Comercio, de conformidad con el cual: “Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social...”. Véase: REYES VILLAMIZAR op. cit., p. 40-42.

²⁹ A pesar de lo anterior, y para efectos de simplificar el lenguaje, en este escrito se hará referencia a los accionistas en sentido general, dejando de lado la expresión accionista único.

³⁰ Con ello se evita incluir en la sociedad a quienes no van a realizar ninguna actividad o aporte, tan solo por garantizar el cumplimiento del requisito de número exigido por la ley para la

más personas jurídicas comerciales, la reducción o exceso de los asociados no trae como consecuencia una causal de disolución⁵¹, con lo cual se evitan las dificultades que deben sufrir quienes no desean terminar con las actividades sociales⁵².

Al inscribirse el documento de constitución de la SAS en el registro mercantil de la cámara de comercio del domicilio del lugar en que se establezca su domicilio principal surge una persona jurídica distinta de los accionistas. El contrato o el acto unilateral⁵³ deberá constar en documento privado⁵⁴, autenti-

existencia y funcionamiento de la persona jurídica. Además, resulta acorde con la ética empresarial y procura el favorecimiento de la verdad legal.

⁵¹ “La sociedad comercial se disolverá: (...)”

3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley; (...)” (Código de Comercio, artículo 218).

⁵² Tales como la necesidad de transformar o convertir la persona jurídica, lo que requiere del ejercicio legal pertinente.

⁵³ En el primer caso, cuando existen múltiples accionistas y, en el segundo, cuando se trata de un accionista único.

⁵⁴ La posibilidad de constituir una SAS a través de documento privado tiene como justificación evitar el pago de gastos notariales. Esto no es de agrado de los notarios, quienes ven disminuidos sus ingresos y por esa razón, argumentando un eventual peligro legal y fiscal para el país, han pedido su reglamentación o solicitado incluso que todos los tipos societarios que se registren en las cámaras de comercio se constituyan mediante instrumento público. Véase: Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) continúan ganando terreno en el país, op. cit. Para otros, los altos costos en la creación de empresas no corresponden a los gastos notariales: “... sin menospreciar el ahorro que la escritura pública genera para los empresarios, los más altos costos de constitución de una empresa se encuentran en las tarifas de registro mercantil, las cuales se cobran en proporción al capital social que se pacta inicialmente en la sociedad, lo que en última instancia, y en aras de fortalecer la cultura del emprendimiento empresarial, debería llevarnos a pensar en una reforma a las tarifas del sistema de registro mercantil”. GONZÁLEZ CORREA, Beatriz. “Las sociedades unipersonales en el derecho colombiano”, En: *Precedente Anuario Jurídico*. Cali: Universidad Icesi, 2007, p. 219. No obstante, esta afirmación resulta imprecisa, ya que las tarifas de matrícula y renovaciones para el año 2010 en la Cámara de Comercio de Bogotá, por ejemplo, oscilan entre 27.000 y 1.338.000 pesos, según el rango de activos, es decir, entre 13 y 678 dólares estadounidenses. http://camara.ccb.org.co/documentos/5322_tarifasregistrospublicos2010.pdf. Consulta realizada el 7 de enero de 2010. Lo que realmente incrementa de forma desproporcionada el costo de las inscripciones es el impuesto de registro, gravamen creado mediante la ley 223 de 1995, el cual afectó todos los actos, documentos o contratos que deben registrarse ante las cámaras de comercio. Este tributo está destinado a financiar exclusivamente a los departamentos y al Distrito Capital, y únicamente se recauda, cuando así lo dispone, mediante ordenanza, una asamblea departamental. En términos generales, cuando el acto es un documento con cuantía el impuesto corresponderá al 0,7% de su valor. Al respecto, véase: http://www.ccq.org.co/Servicios_empresariales/Registros_Publicos/Entidades_Sin_Animo_de_Lucro/impuesto_de_registro.php. Consulta realizada el 7 de enero de 2010.

cado ante notario por cada uno de los firmantes, a menos que los socios aporten bienes para cuya transferencia se requiera escritura pública, según lo establece el parágrafo 2° del artículo 5° de la ley 1258 de 2008⁵⁵.

Este registro tiene un carácter constitutivo, lo cual queda absolutamente claro en el artículo 2° de la misma normativa⁵⁶, pues la personalidad jurídica surge con la mencionada inscripción. Así, a diferencia de lo que ocurre en los demás tipos societarios, en donde ésta aparece con el otorgamiento de la escritura pública⁵⁷, en la SAS surge en el mismo momento en que es oponible a terceros.

Por ello resulta de fundamental importancia el control de legalidad que se realice sobre el acto o contrato, el cual está lejos de ser meramente formal, pues se trata de una revisión concreta y profunda de las estipulaciones del acto constitutivo para verificar su conformidad con la ley. Cumplidos los requisitos legales se procederá al registro y las consecuencias que se han mencionado y, en caso contrario, la sociedad será considerada como “de hecho”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la ley 1258⁵⁸.

Cabe destacar que, según esta norma, si son varios los accionistas y el documento no es inscrito la consecuencia es la mencionada. Pero si se trata de

⁵⁵ En estos eventos, la ley ordena que se realicen las inscripciones pertinentes en los registros correspondientes.

⁵⁶ “La sociedad por acciones simplificadas, una vez inscrita en el registro mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas” (Ley 1258 de 2008, artículo 2°).

⁵⁷ “La personalidad jurídica de la sociedad surge cuando es otorgada la escritura pública en la que consta su constitución y no con requisitos distintos. Por eso adolece de inexactitud la interpretación del inciso segundo del artículo 98 del código en el sentido de que la sociedad adquiere personalidad cuando se han cumplido todas las formalidad prescritas por la ley”. NARVAEZ GARCÍA, José. *Teoría general de las sociedades*. Bogotá: Legis, 2008, p. 132. En el mismo sentido, señala Reyes Villamizar: “La sociedad se considera legalmente constituida —y, por tanto, personificada—, en el momento en el que se otorga la escritura pública de constitución, a pesar de que esta no se hubiere inscrito en el registro mercantil. Si bien se trata de una conclusión debatible, la doctrina ha entendido por lo general, que esta personificación en general inoponible, tiene la virtualidad de crear para los asociados el beneficio de la limitación de la responsabilidad derivado del hermetismo patrimonial de las sociedades de capital”. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2006, p. 226, tomo I.

⁵⁸ La disposición establece: “Mientras no se efectúe la inscripción del documento privado o público de constitución en la cámara de comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho si fueren varios los asociados. Si se tratare de una sola persona, responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa” (Ley 1258 de 2008, artículo 7°).

un socio único no podría hacerse referencia a una sociedad de hecho, pues la propia normativa señala que este responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa. Es decir, sin importar que se trate de uno o de varios accionistas, si existe un documento de constitución sin registrar no surge la personalidad jurídica y, por ende, la responsabilidad será personal.

En definitiva, surgida una persona jurídica nueva diferente de los socios de una SAS, estos tendrán una responsabilidad limitada³⁹, cuyo alcance será analizado a continuación.

2.2. Limitación del riesgo como prerrogativa del accionista de la SAS

Como se indicó previamente, el monto de los respectivos aportes determina la responsabilidad de los accionistas de la SAS. Es decir, ésta se encuentra limitada al dinero, bienes o trabajo al cual se obligaron en el documento de constitución o en el momento de la adquisición de las acciones. Incluso, en los eventos de insolvencia de la sociedad, los socios tan solo perderán el monto de su inversión.

Cabe precisar en este punto que la limitación del riesgo a través de la creación de personas jurídicas es un aspecto que ya ha tenido respaldo por parte de la jurisprudencia colombiana. Así, al referirse a la responsabilidad de los socios de la sociedad anónima, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia que tiene este principio para la economía, el derecho y el Estado. Entre otras razones, por la generación de empleo, el incremento de las expectativas de recursos fiscales, la atracción de la inversión y el progreso general, como principio básico de la Carta Política⁴⁰.

³⁹ Es importante recordar que la responsabilidad limitada no está atada a la separación de patrimonios consecuencia de la persona jurídica diferente que surge de la sociedad legalmente constituida, pues en tipos societarios como la sociedad colectiva y en comandita —para los socios colectivos—, la responsabilidad es ilimitada.

⁴⁰ “Así las cosas, si las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos, pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-865, 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

En la misma línea, y siguiendo con la tendencia de incentivar el desarrollo de los negocios a través de esta figura, el legislador exoneró expresamente en la ley 1258 a los accionistas de la SAS por el cumplimiento de las obligaciones laborales y tributarias a cargo de la sociedad⁴¹. La necesidad de excluir abiertamente ese tipo de acreencias se explica por los antecedentes legales y jurisprudenciales que han restringido el alcance de la limitación de responsabilidad y que han tenido como justificación la protección especial a ciertos acreedores, como será estudiado a continuación.

2.2.1. Exclusión de responsabilidad directa de los accionistas por obligaciones laborales a cargo de la SAS

La legislación laboral establece que los miembros de las “sociedades de personas” responden solidariamente por todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo⁴². Así las cosas, con el objeto de evitar interpretaciones que cataloguen a la SAS como una sociedad *intuitus personarum*⁴³, el artículo 3º de la ley 1258 consagró expresamente que se trata de una sociedad de capitales⁴⁴.

Esta categorización tiene una finalidad trascendental, dado que en ciertos casos este nuevo modelo societario puede contener cláusulas que coinciden con

⁴¹ “Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad” (Ley 1258 de 2008, artículo 1º, inciso 2º).

⁴² “Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, y estos entre sí en relación con el objeto social, y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio y los condueños o comuneros de la misma empresa entre sí, mientras permanezcan en la indivisión” (Código Sustantivo del Trabajo, artículo 36). Para Sanín, se trata de un lenguaje societario lleno de falta de técnica. SANÍN BERNAL, Ignacio. “El decaimiento societario”. En: *Aspectos Prácticos de las Sociedades Mercantiles*. Medellín: Diké, 2005, p. 236.

⁴³ Ese ha sido el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, que a raíz de una fallo de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia fue catalogada como una sociedad de personas, con el objeto de que quedara incluida dentro del supuesto de hecho del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicado 53861, 26 de noviembre de 1992. MP Hugo Suescún Pujols.

⁴⁴ “Naturaleza. La sociedad por acciones simplificada es una sociedad de capitales cuya naturaleza será siempre comercial, independientemente de las actividades previstas en su objeto social...” (Ley 1258 de 2008, artículo 3º).

las características propias de aquellos que son clasificados como de personas⁴⁵. Así, por ejemplo, si los otorgantes del documento de constitución de la SAS estipulan cláusulas en las que se restringe⁴⁶ o somete a autorización previa la negociación de acciones⁴⁷, o en las que se establecen causales de exclusión de los socios⁴⁸ la sociedad se tornará cerrada a la entrada de sujetos extraños a los constituyentes, lo cual es una característica propia de una sociedad de personas.

Así mismo, la expresa prohibición de establecer responsabilidad por obligaciones laborales se explica por los antecedentes jurisprudenciales que, a través de sentencias de unificación de tutela, les han ordenado a los accionistas pagar el pasivo pensional de las subordinadas en procesos concursales. De esta manera, son famosos los fallos SU-1023 de 2001⁴⁹ y SU-636 de 2003⁵⁰.

En el primero de ellos se ordenó a la Federación Nacional de Cafeteros, propietaria del 80% de las acciones de la compañía de inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. en liquidación obligatoria, cancelar las

⁴⁵ Tradicionalmente se señala que las sociedades de personas implican la confianza recíproca entre los asociados. Por tal razón, los socios se encargan personalmente de administrar la sociedad. Existen restricciones para la entrada de nuevos asociados y las transferencias de las participaciones societarias requieren el consentimiento de los demás.

⁴⁶ “En los estatutos podrá estipularse la prohibición de negociar las acciones emitidas por la sociedad o alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del término de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este término sólo podrá ser prorrogado por periodos adicionales no mayores de (10) años, por voluntad unánime de la totalidad de los accionistas. Al dorso de los títulos deberá hacerse referencia expresa sobre la restricción a la que alude este artículo” (Ley 1258 de 2008, artículo 13).

⁴⁷ Una cláusula de esa naturaleza es permitida por la normativa: “Los estatutos podrán someter toda negociación de acciones o de alguna clase de ellas a la autorización previa de la asamblea” (Ley 1258 de 2008, artículo 14).

⁴⁸ La ley permite que puedan establecerse causales de exclusión de los accionistas, en cuyo caso procederá el reembolso de las participaciones societarias: “Los estatutos podrán prever causales de exclusión de accionistas, en cuyo caso deberá cumplirse el procedimiento de reembolso previsto en los artículos 14 a 16 de la ley 222 de 1995.

Si el reembolso implicare una reducción de capital deberá dársele cumplimiento, además, a lo previsto en el artículo 145 del Código de Comercio.

PARÁGRAFO. Salvo que se establezca un procedimiento diferente en los estatutos, la exclusión de accionistas requerirá aprobación de la asamblea, impartida con el voto favorable de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones presentes en la respectiva reunión, sin contar el voto del accionista o accionistas que fueren objeto de esta medida” (Ley 1258 de 2008, artículo 39).

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia SU-1023, 26 de septiembre de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia, SU-636, 31 de julio de 2003. MP Jaime Araujo Rentería.

acreencias laborales que no canceló esta última. En el segundo se reiteró la doctrina señalada por el alto tribunal y se hizo responsable a las sociedades anónimas Fabricato, Coltejer y Cementos El Cairo de las obligaciones laborales de Industrial Hullera S.A. en liquidación, en la que todas eran propietarias de participaciones en el capital⁵¹.

2.2.2. Exclusión de responsabilidad directa de los accionistas por obligaciones tributarias a cargo de la SAS

Los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados responderán solidariamente por las obligaciones tributarias de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica, de conformidad con lo señalado por el artículo 794 del Estatuto Tributario. Igualmente, esta norma precisa que tal responsabilidad no les será aplicable "... a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas"⁵².

Por su parte, la Ley 1258 excluyó expresamente la responsabilidad directa de los accionistas por obligaciones fiscales. En efecto, el artículo 3º indica: "Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas". Así las cosas, a la SAS le es

⁵¹ Según explica Sanín, no es de extrañarse que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia mediante su jurisprudencia extiendan esta responsabilidad a los socios de las compañías de responsabilidad limitada. Incluso, precisa que por remisión del artículo 341 del Código de Comercio pueda hacerse efectiva también a los socios comanditarios de la sociedad en comandita simple y al empresario unipersonal. Sin embargo, hace referencia a una decisión del Tribunal Superior de Cali, que a su juicio tiene un gran impacto desde el punto de vista del tope cuantitativo de la responsabilidad individual de cada uno de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada. Así, el tratadista indica: "... [se] reconoce que es el valor del aporte el tope integral y agregado (no individual), de la vulnerabilidad patrimonial de los socios, y dejando sin piso la tesis de que si bien los socios responderían hasta el monto de sus aportes, lo harían tantas veces cuantas se presentaran reclamaciones y demandas laborales". SANÍN BERNAL, op. cit., p. 238 y 239. Véase, además: Tribunal Superior de Cali, S. Laboral, auto 045, 26 de julio de 2004. MP Nubia Trujillo Trujillo.

⁵² "En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable (...). Lo dispuesto en este artículo no será aplicable (...) a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas" (Estatuto Tributario, artículo 794, inciso. 1º).

aplicable la exclusión que el mismo Estatuto Tributario hace en relación con la responsabilidad personal que por las acreencias tributarias tienen los asociados⁵³.

El trato dado por la ley en materia fiscal a las sociedades anónimas y las asimiladas a ellas fue respaldado plenamente por la Corte Constitucional. Al respecto, el alto tribunal indicó que la responsabilidad solidaria que impone el artículo 794 del Estatuto Tributario y que excluye a los accionistas de las sociedades anónimas o asimiladas

... se justifica como quiera que la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad, sólo es aplicable a determinados tipos de agrupaciones societarias, en donde la característica personal es un elemento relevante, como quiera que el vínculo *intuitu personae* es la característica esencial de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada e inclusive de las asociaciones de carácter colectivo, en las que es posible identificar una relación de gestión; evento que no ocurre con las sociedades anónimas o por acciones, en donde el factor *intuitu personae* se desdibuja, a tal punto que la gran mayoría de accionistas virtualmente se encuentran separados de la dirección o administración de la compañía, conforme a las propias reglas del Código de Comercio e inclusive de sus propios estatutos fundacionales⁵⁴.

3. Eventos de responsabilidad patrimonial de los accionistas de la SAS

Se ha afirmado que los socios de la SAS son responsables patrimonialmente por las acreencias a cargo de la sociedad hasta el monto de sus aportes. Sin embargo, tal privilegio no es absoluto, pues esa separación de patrimonios no es totalmente hermética. En efecto, en algunas situaciones los accionistas son obligados a responder con su propio patrimonio, incluso de forma solidaria.

Esa extensión de responsabilidad a los socios puede tener como fuente la ley, el acuerdo de voluntades o a través de la “desestimación de la personalidad jurídica”, lo cual será analizado a continuación.

⁵³ REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 59.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-210, 2 de marzo de 2000. MP Fabio Morón Díaz.

3.1. La ley como fuente de extensión de responsabilidad a los accionistas de la SAS

En este apartado se precisará la manera como el ordenamiento jurídico se integra para extender la responsabilidad civil a los accionistas de la SAS, en contraposición al principio establecido en el artículo 1° de la ley 1258. A continuación se estudiarán cuatro posibilidades para que esto sea posible: el objeto o causa ilícita en el acto o contrato, el avalúo de bienes en especie aportados a la sociedad, el control en los procesos de insolvencia o de liquidación judicial y la desmejora de la prenda común de los acreedores de la sociedad⁵⁵.

3.1.1. Objeto o causa ilícita en el acto o contrato

Las disposiciones que rigen a la sociedad anónima y las generales que contempla el Código de Comercio para las demás entidades corporativas le son aplicables a la SAS, según lo dispone el artículo 45 de la ley 1258⁵⁶. En consecuencia, los accionistas de este tipo societario serán responsables con su patrimonio en caso de que exista ilicitud de causa o de objeto en el contrato o acto constitutivo de la sociedad⁵⁷.

Tal responsabilidad se desprende del artículo 105 del Código de Comercio, cuyo inciso tercero dispone:

⁵⁵ Cabe precisar que los eventos que se mencionan solamente se refieren a aquellos en los que los accionistas asumen responsabilidad. Por ello, esta situación debe diferenciarse de los mencionados en el artículo 373 del Código de Comercio, en donde pueden surgir responsabilidades solidarias frente a las obligaciones asumidas por la sociedad anónima frente a terceros, es decir: a) si adopta como nombre una razón social, b) si la denominación social está estructurada de manera diferente a como lo señala la ley y c) si se inscribe o se anuncia sin especificar que se trata de una "sociedad anónima" o no contiene la expresión "SA". No obstante, en estos casos la responsabilidad no recae en los accionistas sino que se predica de los administradores del ente corporativo. SANÍN BERNAL, op. cit., p. 213 y 214.

⁵⁶ "En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificadas se regirá por las disposiciones contenidas en los estatutos sociales, por las normas legales que rigen a la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones generales que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio..." (Ley 1258 de 2008, artículo 45).

⁵⁷ Lo cual se desprende de lo dispuesto por el artículo 104 del Código de Comercio, de conformidad con el cual hay ilicitud del objeto cuando "... las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público" y causa ilícita si "... los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios".

En el caso de nulidad proveniente de objeto o causa ilícitos los asociados no podrán pedir la restitución de sus aportes, y los bienes aportados por ellos, así como los beneficios que puedan corresponderles, serán entregados a la junta departamental de beneficencia del lugar del domicilio social o, a falta de esta en dicho lugar, se entregarán a la junta que funcione en el lugar más próximo.

Y agrega: “Los asociados y quienes actúen como administradores responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo externo y por los perjuicios causados...”⁵⁸.

De esta forma, la normativa solamente permite el otorgamiento de la personalidad jurídica societaria en razón de la causa y fines lícitos de su constitución. Si tal licitud es inexistente o aparente será necesario privar a la SAS de tal privilegio, a través de la declaración de la nulidad absoluta del acto o contrato.

Esto traerá como consecuencia que los socios respondan no sólo por el pasivo externo sino también por los perjuicios ocasionados a terceros. Es decir, una vez eliminado el ente jurídico, los accionistas deberán responder por las acreencias del sujeto extinto.

Nótese como en este evento no se exige el conocimiento o el consentimiento expresado de alguna forma por parte de los asociados, de manera que la responsabilidad surgirá tan solo con la declaratoria de nulidad por la ilicitud en los móviles o en las prestaciones a las que se obligaron.

3.1.2. Responsabilidad por el avalúo de bienes en especie aportados a la SAS

Previamente se mencionó que por mandato del artículo 45 de la ley 1258, a las SAS le son aplicables las disposiciones “... que rigen la sociedad anónima y, en su defecto, en cuanto no resulten contradictorias, por las disposiciones que rigen a las sociedades previstas en el Código de Comercio”. Es así como la regulación del pago de aportes en especie debe remitirse al propio estatuto mercantil, ante el silencio de la preceptiva que creó este nuevo tipo societario en Colombia.

⁵⁸ A lo cual agrega una inhabilidad para ejercer el comercio por el término de 10 años, contados a partir de la declaratoria de la nulidad absoluta.

En líneas generales, del artículo 132 del Código de Comercio se desprende que los aportes de bienes en especie pueden ser efectuados en el momento de la constitución de la sociedad o con posterioridad. En el primer evento, los futuros socios deberán reunirse en junta preliminar que tendrá por objeto avaluar los bienes que serán entregados. En el segundo, el valor de los bienes será fijado por la asamblea de accionistas con el voto favorable del 70% o más de las acciones, previa deducción de las que correspondan a los aportantes. Estos últimos no podrán en ningún caso votar en la reunión⁵⁹.

Es claro que los accionistas son responsables solidariamente por el avalúo de los bienes que sean dados a la sociedad, lo cual tiene como fuente lo prescrito por el artículo 135⁶⁰ y el inciso 2° del artículo 354 del Código de Comercio⁶¹. El fundamento de estas dos disposiciones es asegurar que el valor de los bienes en especie que es asignado por los futuros socios sea debidamente precisado, de manera que el capital de la sociedad corresponda a la realidad.

En este caso no se elimina la personalidad jurídica. Lo que en realidad ocurre es la consagración legal de una obligación solidaria, fundamentada en la actuación de los accionistas al asignar a los bienes un valor diferente al real,

⁵⁹ “Aportes en especie posteriores a la constitución. Cuando se constituya una sociedad que deba obtener permiso de funcionamiento, los aportes en especie se avaluarán unánimemente por los interesados constituidos en junta preliminar, y el avalúo debidamente fundamentado se someterá a la aprobación de la Superintendencia de Sociedades.

El valor de los aportes en especie posteriores a la constitución, será fijado en asamblea o en junta de socios con el voto favorable del 60% o más de las acciones, cuotas o partes de interés social, previa deducción de las que correspondan a los aportantes, quienes no podrán votar en dicho acto. Estos avalúos debidamente fundamentados se someterán a la aprobación de la superintendencia.

Sin la previa aprobación por la superintendencia del avalúo de bienes en especie, no podrá otorgarse la correspondiente escritura. El Gobierno reglamentará el procedimiento que deba seguirse ante la Superintendencia de Sociedades para la aprobación de los avalúos a los que se refiere este artículo” (Código de Comercio, artículo 132).

⁶⁰ “Solidaridad por avalúo de aportes en especie. En las sociedades que no requieren el permiso de funcionamiento, los asociados responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie, a la fecha de la aportación, sea que se hayan efectuado al constituirse la sociedad o posteriormente” (Código de Comercio, artículo 135).

⁶¹ “... los asociados responderán solidariamente por el valor atribuido a los aportes en especie, a la fecha de la aportación, sea que se hayan efectuado al constituirse la sociedad o posteriormente” (Código de Comercio, artículo 354, inciso 2°).

cifra que se refleja en el patrimonio de la sociedad y que es la base sobre la cual los terceros optarán por realizar negocios con ella.

3.1.3. Responsabilidad del controlante en procesos de insolvencia o liquidación judicial

Cuando se configura una situación de control⁶² en la que la subordinada es una SAS que se encuentra en insolvencia o liquidación judicial, sus accionistas podrían responder de forma subsidiaria por las obligaciones de la sociedad, si se dan los supuestos contemplados en el artículo 61 de la ley 1116 del 2006⁶⁵. En efecto, en los casos en que esta situación ha sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que hayan realizado el o los accionistas que tengan la calidad de matriz o controlante, estos responderán en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella.

Lo anterior implica que solamente en el evento en que los accionistas hayan provocado la situación concursal, estos serán responsables por las acreencias de la SAS si el patrimonio de ésta no es suficiente para su pago. En tal caso, debe ignorarse la separación patrimonial propia creada con la persona jurídica, de manera que se les pueda imputar a los accionistas las acreencias que fueron contraídas por la sociedad.

⁶² “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” (Código de Comercio, artículo 260). Para un mayor entendimiento de las situaciones de control y de los grupos empresariales en Colombia, véase: LEÓN ROBAYO, Edgar y LÓPEZ CASTRO, Yira, “Aspectos generales de los grupos empresariales en Colombia”. En: *Los Grupos Societarios: dirección y coordinación de sociedades*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 309-345.

⁶⁵ “Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o en proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente. El juez del concurso conocerá a solicitud de parte de la presente acción, la cual se tramitará mediante el procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años” (Ley 1116 de 2006, artículo 61).

Quien tenga interés en atribuir el pago de tales obligaciones a los socios podrá iniciar la acción correspondiente, la cual será tramitada a través del procedimiento abreviado. El juez del concurso estudiará la actuación de la matriz y a esta le corresponderá probar que la insolvencia o liquidación fue ocasionada por otra causa, pues el artículo 61 de la ley 1116 consagra una presunción según la cual la SAS estaría en situación concursal por las actuaciones derivadas del control.

3.1.4. Responsabilidad por la desmejora de la prenda común de los acreedores en trámites de insolvencia

En materia de insolvencia empresarial, la ley 1116 de 2006⁶⁴, dentro de sus disposiciones comunes, establece en el artículo 82 una responsabilidad aplicable a los socios, administradores, revisores fiscales y empleados en relación con la prenda común de los acreedores⁶⁵. Para la doctrina especializada, se trata de una responsabilidad subsidiaria⁶⁶, de conformidad con la cual, si la garantía es desmejorada con ocasión de las conductas dolosas o culposas de

⁶⁴ “Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”. Disponible en: www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1116_2006.html. Consulta realizada el 13 de enero de 2010.

⁶⁵ “Responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.

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

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario” (Ley 1116 de 2006, artículo 82).

⁶⁶ ISAZA UPEGUI, Álvaro y LONDOÑO RESTREPO, Álvaro. *Comentarios al régimen de insolvencia empresarial: ley 1116 de 2006*. Bogotá: Legis, 2007, p. 335.

sus destinatarios estos responderán con su patrimonio por el pago del faltante del pasivo externo.

En tal medida, el último inciso de la norma señala que la responsabilidad de los socios se hará exigible “... sin consideración al tipo societario”. Por esta razón, y sin importar que la ley 1258 sea posterior, la disposición mencionada también le es aplicable a los accionistas de la SAS.

En estos eventos, el acreedor podrá promover la acción dentro del proceso de insolvencia o de liquidación judicial para hacer responsable a los accionistas, demanda que se tramitará a través del proceso abreviado ante el juez que conozca del concurso. Lo anterior, a menos que hayan desconocido “... la acción u omisión o votaron en contra, siempre y cuando no la ejecuten”⁶⁷.

En realidad, se trata de una acción de responsabilidad en la que el demandante deberá probar todos los elementos característicos de la misma; es decir, el daño —la desmejora de la prenda— así como la culpa o el dolo y la relación de causalidad. Este instrumento reviste la mayor importancia para los acreedores, a quienes no se les exige que prueben una intención maliciosa, pues los accionistas de la SAS podrán responder simplemente por una acción negligente.

Cabe precisar que la consagración de este supuesto legal no tiene como propósito eliminar la personalidad jurídica o desconocer el principio de limitación del riesgo. Se trata de una norma de orden público cuya razón de ser es endilgarle responsabilidad a todo aquel que con una actuación suya causa un daño, la cual no puede ser desconocida por los particulares en sus actos o contratos.

3.2. La autonomía contractual como fuente de responsabilidad directa

En ejercicio de su autonomía contractual, los accionistas pueden obligarse a responder personalmente junto con la SAS, a través de figuras como la codeu-

⁶⁷ “Sin embargo, vale la pena observar que resulta curioso que, además de la oposición del socio a la decisión, se le exija que no la ejecute. En los tipos societarios en los que la administración no corresponde por disposición legal a los socios, no son ellos los llamados a ejecutar las decisiones adoptadas por la asamblea, razón por la cual este requisito no estaría justificado”. *Ibíd.*

da, la fianza, la obligación solidaria, la cláusula penal y, en general, a través de cualquier garantía personal⁶⁸.

Es indudable que los futuros acreedores voluntarios de una SAS prefieren garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la persona jurídica societaria con el patrimonio personal de los socios. Se trata de una práctica mercantil común, quizá incentivada por la misma idea de la responsabilidad limitada que tienen los accionistas, lo cual, a juicio de Reyes Villamizar, resulta plenamente justificable⁶⁹. En efecto, tal posibilidad les permite a quienes consideran realizar negocios con una persona jurídica hacer que los socios que la componen asuman una responsabilidad adicional, a través de estipulaciones contractuales.

3.3. La desestimación de la personalidad jurídica de la ley 1258

También llamada “descorrimento del velo societario” o “levantamiento del velo corporativo”, entre otras acepciones, la “desestimación de la personalidad jurídica” es una figura que tiene por objeto desconocer el sistema de limitación de responsabilidad de los socios en las sociedades de capital⁷⁰. Lo anterior, con el propósito de sancionar a los socios por exceder el campo lícito de actuación que justifica que el Estado conceda personalidad a entes diferentes a los seres humanos, al aprovecharse de la separación patrimonial y eludir así el rigor de las normas imperativas o causar perjuicios a terceros.

⁶⁸ Una completa profundización acerca de las garantías personales se encuentra en: TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio et ál. *Estudios sobre garantías reales y personales en homenaje a Manuel Somarriva Undurraga*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

⁶⁹ “En el curso de las negociaciones que anteceden a la contratación mercantil, el riesgo que se suscita en la limitación de responsabilidad de la empresa debe ser evaluado por el tercero contratante. Así, no sólo exigirá una mayor compensación por la operación económica sino que, además, requerirá suficientes garantías, inclusive de naturaleza personal ante el constituyente, para protegerse contra la eventual falencia del negocio”. REYES VILLAMIZAR, op. cit. p. 55.

⁷⁰ No se trata de rechazar la existencia de la persona jurídica ni de terminar con sus atributos, como lo cree la doctrina en general, “... sino del desconocimiento del atributo de la limitación de responsabilidad de los socios”. Por esa razón, Reyes Villamizar explica que algunos tratadistas de habla inglesa se refieren a la figura utilizando la acepción *piercing the veil of limited liability*. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2006, p. 224, cit.48, tomo I. Un profundo análisis de la figura del levantamiento del velo corporativo se encuentra en: BOLDÓ RODA, Carme. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Elcano: Aranzadi, 2000.

El artículo 42 de la ley 1258⁷¹ incluyó esta herramienta, con el propósito de prevenir el fraude corporativo imputándoles una responsabilidad a los accionistas que hubieren realizado, participado o facilitado actos defraudatorios a través de la persona jurídica. A continuación se analizarán los supuestos para que opere esta figura respecto de las SAS, así como las consecuencias de su ocurrencia.

3.3.1. Fraude a la ley o perjuicio a terceros

Los accionistas de la SAS que se sirvan de la persona jurídica para evadir el cumplimiento de la ley o para dañar a terceros son obligados a responder personalmente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios que con ellos se causen. Esto ya tenía un antecedente legislativo, regulado por el artículo 71 de la ley 222 de 1995 en materia de empresas unipersonales⁷². En efecto, esta disposición fue analizada y respaldada previamente por la Corte Constitucional, respecto de la facultad que tiene el legislador para establecer excepciones a la limitación de responsabilidad de los asociados, con el fin de proteger la seguridad jurídica y el orden público.

Así, el alto tribunal indicó:

Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, en interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público, que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas

⁷¹ “Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario” (Ley 1258 de 2008, artículo 42).

⁷² “Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados” (Ley 222 de 1995, artículo 71). Véase: REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 74.

sociedades, en casos especiales y excepcionales, previamente tipificados en la ley, con el propósito de responsabilizarlos directamente con su propio patrimonio frente algunas obligaciones. Así mismo, le corresponde al Congreso fijar las medidas para preservar los atributos de la sociedad, pudiendo entonces levantar la limitación de riesgo, siempre y cuando se presenten circunstancias especiales y específicas que ameriten dicha determinación⁷³.

Esta tesis resulta plenamente aplicable a la SAS⁷⁴. De tal manera, los actos fraudulentos deberán ser concretados por los jueces, quienes determinarán en cada caso si los accionistas se aprovecharon de la persona societaria para su engaño. Dentro de estas hipótesis se pueden contar, entre otras: la constitución de la sociedad para distraer bienes de la sociedad conyugal, escaparse de obligaciones, esconder bienes de los acreedores, eludir el cumplimiento de un contrato, concretar el fraude pauliano y evadir el cumplimiento de normas de orden público⁷⁵ —como las tributarias, las que regulan la masa herencial, las de derecho de la competencia, etc—.

Así mismo, es claro que la ley 1258 no prohíbe que una SAS sea la única accionista de otra y que ésta, a su vez, sea socia única de otra. Si bien tal posibilidad resulta atractiva para la organización de grupos societarios⁷⁶, en algunos casos podría facilitar la comisión de fraudes. En esos eventos el juez deberá analizar con especial atención si la intención de constituir estas cadenas era la continuación extendida de la autolimitación de responsabilidad por parte del constituyente o constituyentes de la primera.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-865, 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

⁷⁴ La diferencia entre las dos figuras radica en las consecuencias de la desestimación de la personalidad jurídica de la SAS y las autoridades jurisdiccionales que pueden conocer del proceso. Respecto del primer caso, además de extenderse la responsabilidad, existe la posibilidad de solicitarse una indemnización de perjuicios. Frente al segundo evento, la acción podrá intentarse ante la Superintendencia de Sociedades. Estos dos aspectos serán analizados con posterioridad. Al respecto, véase: REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 75.

⁷⁵ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho civil: de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 1998, p. 83 y 84, tomo III.

⁷⁶ REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 40 y 41.

De la misma forma, la ley no prohibió la celebración de contratos entre el accionista único y la SAS. En caso de que esto ocurra se deberá analizar si tales negocios tienen como causa la intención de engañar a terceros.

3.3.2. Consecuencias

Una vez se demuestra la utilización de la SAS en fraude a la ley o en perjuicio de terceros se generan varias posibles consecuencias: el mantenimiento de la personalidad jurídica, la nulidad de los actos defraudatorios, la responsabilidad solidaria de los accionistas o la procedencia de una acción indemnizatoria, las cuales serán analizadas a continuación.

3.3.2.1. *La personalidad jurídica no se extingue*

Como se indicó previamente, la personalidad jurídica de la SAS permanece y lo que se desconoce es la responsabilidad limitada de los accionistas. De esta manera, la característica de la separación patrimonial propia de la sociedad se ignora frente aquellos accionistas que se aprovecharon ilegítimamente de ella, mientras que la persona jurídica continúa normalmente con el desarrollo de sus operaciones.

Es decir, la omisión de la persona jurídica tiene por objeto hacer directamente responsable a quienes fraudulentamente se sirvieron de ella, esto es, perseguir a quien causa el daño. Si el interesado pretende que la personalidad desaparezca deberá servirse de figuras tradicionales como la simulación del acto o contrato o, incluso, la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, la cual no se puede sanear.

3.3.2.2. *Nulidad de los actos defraudatorios*

La ley 1258 permite que los actos fraudulentos puedan ser declarados nulos a través de un procedimiento menos complejo que el ordinario. Según el artículo 42, la declaratoria de nulidad se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La competencia asignada por la ley a esta entidad para desaparecer ese acto, suprimiéndolo mediante la

nulidad, sigue la tendencia de las últimas modificaciones legislativas que les asignan funciones jurisdiccionales a las superintendencias⁷⁷.

Por otra parte, no deja de ser interesante la posibilidad de que el interesado pueda solicitar la nulidad mediante este proceso sumario, toda vez que de no existir esta acción el peticionario tendría que iniciar una simulación o de nulidad de los contratos celebrados por la SAS, asuntos que se deben tramitar a través del procedimiento ordinario ante los jueces civiles.

3.3.2.3. Responsabilidad solidaria de los accionistas por las obligaciones nacidas de actos defraudatorios

Los accionistas que hubiesen realizado o facilitado la práctica de actos defraudatorios deben responder de manera solidaria⁷⁸ por las obligaciones que de ellos surjan. Para deducir tal responsabilidad el juez tendrá que analizar en cada caso qué derechos les otorgan sus acciones y si ellos participan en la gestión de los negocios sociales.

Así, por ejemplo, los accionistas serán responsables en los eventos en los que se distribuyen utilidades sin haber enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital⁷⁹. Para tal efecto, deberá revisarse si la asamblea general de la SAS conserva la función de repartir los dividendos⁸⁰.

⁷⁷ A juicio de Reyes Villamizar, esta posibilidad de intentar el desconocimiento de la personalidad jurídica ante el organismo de vigilancia y control constituye una innovación muy significativa de la ley. *Ibid.*, p. 75.

⁷⁸ La definición legal de las obligaciones solidarias y la posibilidad de que la ley sea su fuente aparece en el Código Civil: “En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse cada uno de los deudores, o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley” (Código de Comercio, artículo 1568).

⁷⁹ “No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma. Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital...” (Código de Comercio, artículo 151).

⁸⁰ “En los estatutos de la sociedad por acciones simplificada se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento. A falta de estipulación

Si resulta que existen los recursos para pagar a los acreedores y tal pago no se efectúa se deberá examinar la actuación de los administradores, no de los accionistas, a menos que sean estos los que impidan el cumplimiento. Lo mismo ocurrirá si los administradores realizan operaciones ilícitas sin el conocimiento de los accionistas.

Probablemente, la responsabilidad recaerá en cabeza de aquellos que disponen de la mayoría accionaria con poder de decisión y participan en la gestión de los negocios sociales, sobre todo si las determinaciones son tomadas en beneficio personal y no en interés de la sociedad. En esos casos los acreedores podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones surgidas por las actuaciones fraudulentas de los accionistas, quienes deberán responder por el pago de manera solidaria.

3.3.2.4. Acción indemnizatoria

Además del cumplimiento de las obligaciones surgidas con ocasión de la utilización fraudulenta de la sociedad, si se generaron perjuicios los interesados podrán iniciar una acción indemnizatoria. La competencia para su estudio y trámite será, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados. A falta de estos, por los jueces civiles del circuito del domicilio del demandante, a través del proceso verbal sumario⁸¹.

El ejercicio de esta acción es independiente de la solicitud de nulidad del acto fraudulento. Esto porque en los casos en los que solamente se quiera buscar reparación, sin destruir el negocio jurídico engañoso, será posible incoar simplemente esta petición.

La acción indemnizatoria de la ley 1258 se constituye sin duda en un incentivo importante para lograr el pago de perjuicios. En efecto, evita que los afectados tengan que acudir a procedimientos ordinarios, lentos, costosos y dispendiosos por naturaleza, mediante el uso de acciones como la de simulación,

estatutaria, se entenderá que todas las funciones previstas en el artículo 420 del Código de Comercio serán ejercidas por la asamblea o el accionista único y que las de administración estarán a cargo del representante legal" (Ley 1258 de 2008, artículo 17).

⁸¹ REYES VILLAMIZAR, op. cit., p. 75.

responsabilidad por el hecho ilícito, pauliana o abuso en el ejercicio del derecho de limitación patrimonial⁸².

4. Consideraciones finales

Aunque la limitación del riesgo es un atractivo importante para la constitución de una SAS, en algunos eventos los accionistas responden con su patrimonio por las actuaciones de la persona jurídica. En realidad, esos casos son muy específicos y tienen como fuente la ley, el contrato o la utilización fraudulenta de la persona jurídica.

En ocasiones, la absoluta limitación de responsabilidad se convierte en un incentivo perverso para los acreedores profesionales que buscan mecanismos para hacer responsables a los accionistas, generalmente de manera solidaria con la persona jurídica. Así, probablemente los acreedores voluntarios evalúen el riesgo de la separación patrimonial y traten de eludirlo a través de otros instrumentos.

La posibilidad de eliminar los actos fraudulentos realizados por los accionistas que se aprovechan de la personalidad jurídica societaria, así como la acción de indemnización por los eventuales perjuicios, son dos de los más importantes avances legales que incentivan su acción por parte de quienes resultan afectados por tales conductas. Su configuración y elaboración les permite ser resueltas de manera pronta e inmediata por un experto en temas societarios que, en principio, es la Superintendencia de Sociedades, entidad a la que el legislador le sigue asignando competencias jurisdiccionales.

⁸² “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause” (Código de Comercio, artículo 830).

Capítulo IV
Aplicación de la teoría
en el mercado público de valores

El levantamiento del velo corporativo en el mercado público de valores

Carlos Fradique-Méndez*

Tomás Holguín Mora**

En este escrito se hará un breve análisis de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en la legislación colombiana y en particular en el mercado público de valores. Para tales efectos, en un primer momento se analizará el fundamento teórico del levantamiento del velo corporativo de conformidad con la justificación dada por la doctrina clásica francesa y los precedentes de la justicia norteamericana; posteriormente analizaremos brevemente las manifestaciones de esta teoría en el ordenamiento jurídico positivo colombiano. En tercer lugar, estudiaremos el tratamiento que la jurisprudencia constitucional colombiana le ha dado a este tema, para finalmente analizar el tratamiento de esta teoría en el mercado público de valores.

De manera preliminar, consideramos que la figura del levantamiento del velo corporativo es una teoría ideada para atacar la casi inexpugnable seguridad patrimonial que la sociedad anónima le ofrecía a sus accionistas. En este sentido, esta doctrina se presenta como una respuesta del sistema jurídico frente a los abusos presentados como consecuencia de una arbitrariedad de la figura societaria¹.

* Abogado de la Universidad del Rosario y abogado admitido en el Estado de Nueva York. Máster en Derecho Internacional Comercial de la Universidad de Ottawa y en Derecho Internacional Financiero de la Universidad de Boston. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Actualmente socio de la Firma Brigard & Urrutia. Ha sido Jefe Jurídico del Ministerio de Hacienda y abogado asociado en Shearman & Sterling en New York. Es miembro del Tribunal Disciplinario del Autorregulador del Mercado de Valores. Profesor y conferencista de varias universidades y en foros locales e internacionales.

** Tomás Holguín Mora es abogado y especialista en Derecho Financiero de la Universidad del Rosario. Fue Colegial Mayor del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Es abogado asociado de la firma Brigard & Urrutia.

¹ PINTO, Arthur y M.BRANSON Douglas. *Understanding Corporate Law*. Newark: LexisNexis, 2004, p. 39.

Según esta doctrina, si bien la separación patrimonial que se deriva de la personalidad jurídica de la sociedad se ha entendido como un derecho de los accionistas al suscribir el contrato social, en realidad este es un privilegio otorgado por la ley al ente social con el único fin de desarrollar una actividad concreta y lícita establecida previamente en sus estatutos. En esta medida, y en caso de que la sociedad se utilice para fines contrarios a la legislación —tales como cometer abusos y fraudes—², esta teoría sostiene que resulta válido privar de dicho privilegio a estas personas, prescindiendo de la forma externa de la persona jurídica “para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella”³.

Así, los accionistas que en principio sólo están obligados a responder por el monto de sus aportes frente a los pasivos externos de la sociedad, pueden ser obligados, por la vía judicial, a responder con la totalidad de su patrimonio (o el porcentaje que sea necesario) por dichas deudas, cuando se cumplen ciertos supuestos específicos.

Sin embargo, como se verá a continuación, esta teoría no responde únicamente a la idea de sancionar a los accionistas de una sociedad por los actos fraudulentos que pueda cometer ésta en perjuicio de terceras personas, sino que también puede responder a la necesidad de la legislación de dotar de una amplia publicidad a un acto jurídico, dados los efectos que pueda tener en un mercado determinado. Esto es particularmente relevante en el contexto de las operaciones en el mercado público de valores, dado el interés especial en cuanto a publicidad y transparencia.

² NARVÁEZ, José. *Teoría general de las sociedades*. Bogotá: Legis, 2002, p. 24: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 1999, MP Ricardo Hoyos Duque, radicación No. 10.641.

1. El levantamiento del velo societario y la teoría de la relatividad de los derechos

1.1. La teoría clásica francesa: de la relatividad de los derechos a la función social de la propiedad

Como consecuencia de la implantación del modelo liberal, la evidencia histórica demostró una inminente incapacidad del Estado de regular a la sociedad de manera equitativa, dado entre otros factores, a la primacía absoluta del individuo frente a la comunidad. Ante esta carencia, y como respuesta a la insuficiente autorregulación del mercado, autores como Josserand,⁴ y Duguit,⁵ cuestionaron, con fundamento en la teoría del abuso del derecho, la pasividad estatal frente a la evidencia de prácticas que atentaban contra el orden social, bajo el argumento del ejercicio de un derecho legal vigente⁶.

Josserand, seguido por otros autores menos iusnaturalistas, llegó a cuestionar, con base en la relatividad de los derechos, el carácter absoluto del derecho más representativo del modelo del estado liberal: la propiedad. Desde su teoría, que denominó *La relatividad de los derechos*, expuso que es posible abusar en el ejercicio de un derecho legalmente otorgado. En este sentido, sostuvo que el individuo no tiene la potestad legítima de utilizar una facultad legal para realizar “cualquier actividad”, sino que las posibilidades de ejercicio de dichas facultades deben verse limitadas por una idea más general de justicia, apelando particularmente a la moral como criterio para determinar la legitimidad de una determinada conducta⁷.

De conformidad con lo anterior, para Josserand los derechos se presentan como “productos sociales”, que:

⁴ JOSSERAND, Louis. *Relatividad de los derechos*. Bogotá: Temis, 1999.

⁵ DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

⁶ Para un análisis más profundo del tema, remitirse a la ponencia presentada en la Universidad de los Andes por Paula Torres Holguín y Nicolás Isaksson Palacios el 5 de mayo de 2003 titulada *La doctrina del levantamiento del velo corporativo: análisis de la función social del derecho societario*.

⁷ *Ibíd.*

derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos para la sociedad y no la sociedad para ellos; (...) son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo a su espíritu, o de lo contrario, seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya abusado verá comprometida su responsabilidad para con la víctima de esa desviación culpada⁸.

Como consecuencia Josserand definió, entonces, el abuso del derecho como “un acto cumplido de conformidad con determinado derecho subjetivo” que “puede estar en conflicto con el derecho en general, con el derecho objetivo, con la juridicidad”⁹.

Esta doctrina fue importada por la Corte Suprema de Justicia colombiana mediante varias sentencias¹⁰, reproducidas posteriormente por la Corte Constitucional¹¹, en las que sostuvo, entre otras cosas, que esta doctrina “...tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de estricta justicia,

⁸ JOSSERAND, op. cit., p. 4.

⁹ *Ibíd.*, p. 5.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia de la Sala de Casación Civil del 21 de febrero de 1938, MP Arturo Tapias Piloneta, t. XLVI; sentencia de la Sala de Casación Civil del 24 de marzo de 1939, MP Ricardo Hinestrosa Daza, t. XLVII; sentencia de la Sala de Casación Civil del 9 de abril de 1942, MP Ricardo Hinestrosa Daza, t. LIII.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-468 de 2003, MP Rodrigo Escobar Gil, en la que se sostiene que: “En esta medida, en aplicación de la teoría de la relatividad, es claro que la potestad o facultad conferida por la disposición señalada (es decir, la terminación unilateral de una relación bilateral), se encuentra limitada por la necesidad de ajustar su ejercicio al cumplimiento del fin o espíritu que de ella se deriva, obviamente, vinculado al logro y salvaguarda de los principios, valores, fundamentos y fines previstos en la Carta Fundamental.” En el mismo sentido en la sentencia C- 865 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil, se sostiene: “Sin embargo, a pesar de su innegable importancia para el desarrollo del sistema económico, la limitación de riesgos a favor de los socios de las sociedades anónimas no puede considerarse un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos personales o reales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Es precisamente en su relatividad intrínseca como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, con el interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público, que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas sociedades, en casos especiales y excepcionales, previamente tipificados en la ley, con el propósito de responsabilizarlos directamente con su propio patrimonio frente algunas obligaciones”.

o sea, sin traspasar los límites de la moral ...”¹², y que hay lugar a su aplicación “... cuando se ejerce [un derecho] con la única intención de causar un daño o sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente, lo que sucede en los actos propiamente abusivos, y cuando el derecho se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o fuera de sus límites adecuados”¹³.

Después, y en la misma línea, al preguntarse también por las limitaciones a los derechos, Duguit sostuvo que respecto de las colectividades, corporaciones, fundaciones y en general sociedades, la pregunta que debía hacerse no era tanto si éstas son sujetos de derecho, y en esta medida, si pueden ser titulares de derechos subjetivos, sino si bajo el manto de una ficción, las mismas: “¿persigue[n] un fin conforme a la solidaridad social, tal como ha sido comprendida en un momento dado en el país considerado, y por consiguiente, conforme al derecho objetivo de ese país?”¹⁴.

Duguit estableció que en caso de que la respuesta a la pregunta anterior sea afirmativa, todos los negocios y actos realizados bajo esa lógica debían ser protegidos y reconocidos jurídicamente; pero que en caso contrario, es decir que la respuesta a la pregunta fuese negativa, y la sociedad estuviera utilizando las facultades que la ley le otorga con el fin de realizar de un manera reiterada una actividad comercial para realizar actos contrarios a la ley, y en particular actos contrarios a la estabilidad social y a la convivencia, deja de tener una función social beneficiosa y el Estado debe limitar su ejercicio¹⁵.

¹² Corte Suprema de Justicia, sentencia de la Sala de Casación Civil del 6 de septiembre de 1935 t. XLIII.

¹³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de la Sala de Casación Civil del 24 de agosto de 1938, t. XLVII, MP Hernán Salamanca. El doctor Rafael Bernal Gutiérrez sostiene que con base en estas sentencias, la doctrina del levantamiento del velo corporativo no requiere de ninguna manifestación legislativa, en tanto que su base es el abuso del derecho. BERNAL, Rafael. “El allanamiento de la personalidad de las sociedades”. En: *Revista Cámara de Comercio de Bogotá*, No. 61, Sociedades Comerciales II, Bogotá, 1986.

¹⁴ DUGUIT, op. cit., p. 201.

¹⁵ TORRES e ISAKSSON, op. cit.

1.2. La justificación en el *common law*

La existencia de esta figura en el derecho norteamericano data de comienzos del siglo XIX, con el caso *Bank of the United States versus Deveaux*, doctrina que se perfeccionó con el fallo *Harris versus Youngston Bridge Co.* en 1898. Por su parte, en el derecho inglés la utilización de esta figura data igualmente de finales del siglo XIX, siglo en que se profirieron los casos *Solomon versus Solomon y Cía.*; *Adams versus. Cape Industries Plc* en 1910 y con posterioridad en 1916, el caso *Daimler Co. versus Continental Tyre y Rubbar Co.*

Dado que se trata de determinaciones judiciales adoptadas bajo el sistema del *equity*, que le permiten al juez hacer una valoración más amplia de los supuestos de hecho, que ordena en la mayor parte de los eventos indemnizaciones más cuantiosas por tener en cuenta factores como la equidad y la buena fe en el desarrollo de conductas¹⁶, resulta importante remarcar que el fundamento de estos precedentes judiciales es la primacía del principio de la equidad sobre el fraude¹⁷.

De manera general y de conformidad con la doctrina anglosajona, puede decirse que la jurisprudencia ha admitido el levantamiento del velo corporativo en cualquiera de los siguientes casos: (i) operaciones realizadas con el socio controlador o mayoritario, (ii) incumplimiento o violación de las formalidades legales y estatutarias, (iii) cuando se presente una confusión de patrimonios y negocios entre una sociedad matriz, y una subordinada, (iv) fraude a los socios o acreedores, (v) cuando a juicio del juez, pueda concluirse que la sociedad está infracapitalizada¹⁸.

Basta anotar que la aplicación de esta doctrina es supremamente amplia en los Estados Unidos. El profesor Shawn M. Flanagan¹⁹, después de realizar un estudio empírico concluyó que en el Estado de Carolina del Sur, en ocho de

¹⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en los Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2005, p. 151 y ss.

¹⁷ HARPER George. "La responsabilidad del accionista y del funcionario en las sociedades conforme a la jurisprudencia norteamericana". En: *La despersonificación societaria y el régimen de la responsabilidad*, Congreso Internacional. Bogotá: Universidad Javeriana, 2004, p. 19.

¹⁸ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Legis, 2002, p. 218 y ss.

¹⁹ FLANAGAN, Shawn. *Piercing the Corporate Veil in South Carolina*, publicado por la Barra de Abogados de Carolina del Sur. Disponible en: www.s sbar.org.

nueve decisiones de la Corte del estado se resolvió levantar el velo corporativo de sociedades que incurrieron en fraudes. Por su parte, el profesor Robert Thompson realizó un estudio en el ámbito federal de los Estados Unidos, en el que concluyó que cuando las cortes estatales encontraron elementos de distorsión por parte de la sociedad al celebrar contratos, levantaron el velo corporativo en 98 de 107 casos, es decir en un 91.6%²⁰, cifra que le permite concluir que la utilización de esta figura por parte de los jueces norteamericanos es supremamente amplia.

2. La legislación colombiana

Si bien es cierto que en la legislación mercantil colombiana no existe una definición legal de la expresión “levantar el velo corporativo”²¹, es posible encontrar varias manifestaciones de sus directrices dispersas en nuestro ordenamiento. Para tal efecto, basta corroborar lo dispuesto por los artículos 44 de la ley 190 de 1995²² y 37 de la ley 142 de 1994²³, así como verificar la distinción entre los diversos tipos societarios, en donde es igualmente posible encontrar en las sociedades de personas algunas manifestaciones de esta extensión de la responsabilidad²⁴.

²⁰ THOMPSON, Robert. “Piercing the Corporate Veil: an Empirical Study”, publicado en 76 *Cornell, L. Review* 1036 (1991), citado por PINTO y BRANSON, op. cit., p. 40.

²¹ Superintendencia de Sociedades, concepto 12.950 del 27 de marzo de 1998, transcrito por el concepto 220-51821 del 6 de octubre de 2004.

²² Establece este artículo: “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

²³ Dispone dicha norma: “Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley”.

²⁴ Para tales efectos, Código Sustantivo del Trabajo, artículo 36: “Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión”. En igual sentido, el Estatuto Tributario, artículo 794: “Los socios, copartícipes, asociados, cooperados y comuneros, responden solidariamente por los impuestos de la sociedad correspondientes a los años gravables 1987 y siguientes, a prorrata de sus aportes en

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional estableció que en nuestro ordenamiento hay figuras que cumplen la misma función que la teoría del levantamiento²⁵:

- (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil²⁶;
- (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio²⁷;
- (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995²⁸, y
- (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley²⁹.

la misma y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable. Se deja expresamente establecido que esta responsabilidad solidaria no involucra sanciones e intereses, ni actualizaciones por inflación. La solidaridad de que trata este artículo no se aplicará a las sociedades anónimas o asimiladas a las anónimas...”

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

²⁶ Dispone la norma en cita: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

²⁷ Determina la citada disposición: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

²⁸ Dispone dicha norma: “Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz, o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos de que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestre que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.

²⁹ Determina la disposición en cita: “Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad, la demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario. La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario”.

Estas normas le permitieron a la Corte concluir que “lejos de existir una omisión legislativa relativa, la separación patrimonial prevista en las disposiciones acusadas, permiten el logro de diversos fines constitucionales y salvaguardan la integridad del derecho de asociación”.

3. La jurisprudencia constitucional colombiana

La Corte Constitucional ha analizado en cuatro diferentes ocasiones la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ordenamiento jurídico colombiano. En un primer momento, mediante la sentencia de constitucionalidad C-510 de 1997 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del parágrafo del artículo 148 de la ley 222⁵⁰.

En esta ocasión, después de analizar las presunciones de subordinación establecidas en la legislación mercantil, la Corte concluyó que la subordinación “significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias”, situación que da lugar a que la legislación mercantil establezca una presunción *juris tantum* en contra de la matriz por las deudas insolutas de su subordinada, presunción que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante, o por sus vinculadas, demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos, posición que después con posterioridad fue modificada por la misma Corte.

En un segundo momento, mediante la sentencia SU-1023 de 2001⁵¹ la Corte declaró la responsabilidad subsidiaria y transitoria de la Federación Nacional de Cafeteros por las obligaciones laborales no pagadas por parte de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, en tanto que la primera era dueña del 80% del capital de la segunda.

Después de analizar la situación económica de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, la situación de indefensión de los pensionados de la misma y la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales, la Corte sostuvo que aún cuando

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-510 del 9 de octubre de 1997. MP José Gregorio Hernández Galindo.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.

no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, que la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que ellas no puedan ser asumidas por la subordinada (...) para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros.

Debe, hacia futuro la Federación Nacional de Cafeteros-Fondo Nacional del Café poner a disposición del liquidador periódicamente los recursos suficientes para que éste pague de manera oportuna, las mesadas que se vayan causando en la liquidación obligatoria a todos los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en cuanto sean exigibles y en la medida en que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana no tenga la liquidez para hacerlo.

Como era de esperarse, las críticas se hicieron sentir inmediatamente⁵²; varios profesores sostuvieron en foros y artículos que el pilar básico sobre el que se sustentaba el derecho corporativo colombiano había sido derrumbado por la Corte Constitucional. Se llegó a sostener incluso que “luego de la sentencia SU-1023 de 2001, será muy difícil restablecer el principio esencial de la limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital”⁵³.

Sin embargo y a pesar de las innumerables críticas, la Corte Constitucional dos años más tarde y con base en la misma argumentación, profirió la sentencia SU-636 de 2003. En este caso, los demandantes eran personas de la tercera edad, jubilados de la empresa Industrial Hullera S.A, quienes con base en el alcance *inter comunis* de la sentencia SU-1023 de 2001, pretendían que dada la similitud de fundamentos de hecho, se les reconociera el pago de sus mesadas pensionales no pagadas como consecuencia de la liquidación de la sociedad Industrial Hullera S.A.

⁵² Ignacio Sanín Bernal sostuvo que: “...deben los accionistas recibir el mensaje inequívoco de que su patrimonio puede ser atacado por acreedores de la sociedad en ejercicio de derechos de estos que tienen una mejor estirpe que los de los inversionistas de la sociedad”. SANÍN BERNAL, Ignacio. En: *Ambito Jurídico*. Bogotá: año v, No. 100, 2002, p. 21.

⁵³ REYES VILLAMIZAR, Francisco. “Homenaje Póstumo”. En: *Ambito Jurídico*. Bogotá: año IV, No. 93, 2001, p. 13.

La Corte sostuvo en este caso que si bien es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria decidir definitivamente sobre la responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante en relación con las obligaciones de la sociedad subordinada, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, es posible presumir transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, argumentando que la fuente del descorrimiento del velo corporativo

se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control.

De esta manera la Corte resolvió que al poseer el 96,76% del capital de la sociedad Industrial Hullera, las sociedades Coltejer S.A. (37,49%), Cementos El Cairo S.A. (37,48%) y Fabricato S.A. (11,23%) y su filial Textiles Panamericanos S.A. (10,56%) adquirieron la calidad de matrices, por lo cual han efectivamente controlado los órganos de administración y consecuentemente se les debe presumir la culpa en el estado de liquidación obligatoria de la sociedad anónima Industrial Hullera. En estas condiciones, la Corte concluyó que Industrial Hullera S.A. fue un instrumento para el desarrollo del objeto social de las sociedades controlantes, que obtuvieron todo el beneficio económico de las actividades desarrolladas por aquella, hasta cuando sus condiciones desfavorables determinaron la apertura de la liquidación obligatoria.

La discusión sobre el particular quedó saldada finalmente a través de la sentencia C-865 de 2004, sentencia mediante la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 252 y 373 del Código de Comercio⁵⁴. Los

⁵⁴ El artículo 252 del Código de Comercio dispone: "En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos

demandantes pretendían que la Corte modulara los términos de dichos artículos para incluir que entre la sociedad y los socios existiera, por mandato constitucional, una obligación solidaria para el pago de las obligaciones laborales en el caso de que estas obligaciones fueran incumplidas por parte de la sociedad.

La Corte, después de analizar ampliamente el contenido del derecho de asociación consagrado en la Constitución Política, sostuvo que

la hermenéutica más favorable al ejercicio del derecho de asociación, es aquella por virtud de la cual se entiende que si bien el legislador puede establecer límites al alcance del citado derecho, estos siempre deben corresponder a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, o de impedir su uso abusivo, o de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público.

Así las cosas, la Corte Constitucional manifestó que si bien las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, “la realidad igualmente demuestra que una visión absoluta de la separación patrimonial entre socios y sociedad, podría resultar lesiva para los intereses de los trabajadores y pensionados”. De esta manera, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social.

De esta manera, la Corte concluyó que la finalidad de esta herramienta consiste en desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportes “en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación”, dado que

por ellos”. Por su parte, el artículo 373 señala: “La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras ‘Sociedad Anónima’ o de las letras ‘SA’”.

...la limitación de riesgo de las sociedades de capital no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido.

4. Mercado Público de Valores

En el mercado público de valores, además de aplicarse las normas anteriormente analizadas sobre la responsabilidad excepcional de los socios de una sociedad por los pasivos de ésta³⁵, la aplicación del levantamiento del velo corporativo responde a un principio distinto al de imponer una sanción derivada de un abuso de la figura societaria.

En la legislación del mercado público³⁶, la transparencia es un principio estructural de la seguridad en el mercado y del correcto desempeño del mismo.

La Organización Internacional de Comisiones de Valores IOSCO³⁷, desde tiempo atrás consideró la transparencia como un principio fundamental, tanto para la libre determinación de los precios, como para la determinación de la composición de capital de los participantes para adquirir nuevas acciones en bolsa.

La transparencia puede ser definida como el grado al cual la información sobre las operaciones de intercambio —tanto para la información previa como para la posterior— se hacen públicas y quedan a disposición sobre una base de tiempo real. La información previa al intercambio corresponde a la publicación de subastas u ofertas en firme como una manera de que los inversionistas sepan, con algún grado de certeza, si pueden y a qué precios negociar. La información posterior se refiere a los precios y al volumen de

³⁵ De conformidad con lo establecido por Frank Easterbrook y Daniel Fischel, en los casos de la jurisprudencia norteamericana no se ha levantado el velo corporativo de las sociedades inscritas en bolsa (EASTERBROOK, Frank y FISCHEL, Daniel. *Foundations of Corporate Law*. New York: Oxford University Press, 1993). Lo anterior, según sostienen los autores, debido a la necesidad de preservar la confianza en el mercado público de valores. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en los Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2005, p. 157 y ss.

³⁶ Resolución 400 de 1995 proferida por la Superintendencia de Valores y sus modificaciones.

³⁷ International Organization of Securities Commission.

todas las transacciones individuales concluidas. La regulación debe asegurar los más altos niveles de transparencia.

La transparencia de mercado se mira generalmente como un papel central en la promoción de la imparcialidad y la eficacia de mercados. Este principio resulta importante no solamente para optimizar las oportunidades de intercambio sino también para mantener un equilibrio en los precios³⁸.

Es posible resaltar, entre otras, las siguientes manifestaciones de este principio desarrolladas en la legislación del mercado público de valores colombiana³⁹.

4.1. El concepto de beneficiario real

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1213 de la resolución 400 de 1995 proferida por la Superintendencia de Valores (la resolución), la noción de *beneficiario real* se encuentra ligada a la capacidad decisoria que pueda tener o llegar a tener una persona o grupo de personas respecto de una acción de una sociedad. Esto es, ostentar la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes, o de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción, ya sea directa o indirectamente, en virtud de un contrato, convenio o de cualquier otra manera, así como con ocasión del ejercicio del derecho proveniente de una garantía, de un pacto de recompra, de un negocio fiduciario o de cualquier otro pacto que produzca efectos similares, salvo que los mismos no confieran derechos políticos⁴⁰.

³⁸ Traducción libre del documento Transparency and Market Fragmentation, November, 2001: "Transparency may be defined as the degree to which information about trading (both for pre-trade and post-trade information) is made publicly available on real-time basis. Pre-trade information concerns the posting of firm bids and offers as a means to enable investors to know, with some degree of certainty, whether and at what prices they can deal. Post-trade information is related to the prices and the volume of all individual transactions actually concluded. Regulation should ensure the highest levels of transparency (...) Market transparency is generally regarded as playing a central role in promoting the fairness and the efficiency of markets (...) This is important not only to optimizing trading opportunity but also to the maintenance of efficient pricing".

³⁹ Resolución 400 de 1995 proferida por la Superintendencia de Valores y sus modificaciones.

⁴⁰ Resolución 400 de 1995, artículo 1213: "Cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener,

De esta manera, y a pesar de que la gran mayoría de las sociedades inscritas en bolsa son sociedades de capitales, la legislación, en aras de proteger al mercado de concentraciones no reveladas y de operaciones opacas estableció el concepto de beneficiario real, concepto que para su aplicación necesariamente tiene que trascender el velo corporativo de las sociedades, no para sancionar a sus accionistas en caso de constituirse tal situación, sino para determinar la participación de capital de un socio en una determinada sociedad o sociedades.

Así, la legislación estableció de manera objetiva, y para efectos de la transparencia y la publicidad del mercado, los elementos para determinar el beneficiario real.

4.1.1. El concepto de beneficiario real como límite a la adquisición de acciones

Es posible encontrar una limitante para la adquisición de acciones en el mercado público de valores, como en efecto lo constituyen las normas que regulan las ofertas públicas de adquisición (OPA) según las cuales, todo aquel que adquiera acciones que se encuentren en circulación en el mercado de valores, y que sobrepase los límites que se fijaron en las normas, deberá dar estricto cumplimiento al procedimiento establecido⁴¹.

Lo anterior, por cuanto las OPA han sido consideradas como:

...el medio más ventajoso para que todos (los accionistas) puedan participar en pie de igualdad y que, unido a la publicidad de las ofertas, les posibilite

por ser propietario de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes, o de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción. Para los efectos de la presente resolución, conforman un mismo beneficiario real los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, salvo que se demuestre que actúan con intereses económicos independientes, circunstancia que podrá ser declarada mediante la gravedad de juramento ante la Superintendencia de Valores con fines exclusivamente probatorios. Igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas”.

⁴¹ Superintendencia de Valores, Oficina Jurídica, concepto No. 20008 – 1609 del 27 de abril de 2000.

para aprovechar las circunstancias favorables que durante la vigencia se puedan presentar, con posibles mejoras de condiciones...⁴²

De esta suerte, es claro que para garantizar la efectividad del principio de libre concurrencia se necesitan mecanismos de publicidad que propendan porque los flujos de información relacionados con la oferta circulen en condiciones de igualdad para los inversionistas con expectativas de compra o de venta. Sin embargo, una de las condiciones para lanzar una OPA es cruzar el umbral de los límites fijados en las normas, umbral que se encuentra determinado por la noción de beneficiario real contemplado en la misma legislación.

Como consecuencia de dicho principio, el artículo 1256 de la resolución, modificado por el decreto 1941 de 2006, relativo a la obligatoriedad de adquirir acciones a través de una OPA, estableció que toda persona o grupo de personas que conformen un mismo beneficiario real, directamente o por interpuesta persona, sólo podrá convertirse en beneficiario real de una participación igual o superior al 25% del capital con derecho a voto de una sociedad cuyas acciones se encuentren inscritas en bolsa de valores, adquiriendo los valores con los cuales se llegue a dicho porcentaje a través de una OPA.

En lo atinente al procedimiento de las OPA, el artículo 1257 de la resolución establece que el proyecto de aviso de oferta, debe contener entre otros elementos "...el número de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones de los cuales es beneficiario real, así como el porcentaje que uno y oro representa respecto del total de acciones en circulación de la compañía".

Otra limitante impuesta por el decreto 1941 de 2006 estableció que toda persona o grupo de personas que sean beneficiarios reales de una participación igual o superior al 25% del capital con derecho a voto de una sociedad, sólo podrá incrementar dicha participación en un porcentaje superior 5%, mediante el mecanismo de la OPA.

Finalmente, la resolución, al desarrollar los principios de la oferta pública de valores en el mercado secundario, estableció algunas excepciones al procedimiento de la compraventa de acciones de una sociedad inscrita en bolsa,

⁴² Superintendencia de Valores, Despacho Superintendente de Valores, concepto No. 19992-762 de 18 de febrero de 1999.

con base en el mismo principio. Así, si bien el artículo 1253 estableció que toda compraventa de acciones inscritas en una bolsa de valores, que represente un valor igual o superior al equivalente en pesos de 66.000 UVR, debe realizarse obligatoriamente a través de sus módulos o sistemas transaccionales, incorporó una excepción relacionada con “...las compraventas de acciones entre un mismo beneficiario real...” ya que estas operaciones pueden llevarse a cabo por fuera de este sistema.

En igual sentido, el artículo 1254 establece que cuando se vayan a ceder acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones entre personas que constituyen un mismo beneficiario real no será necesario observar el procedimiento de la oferta de adquisición establecido en la resolución.

Así, es claro que el concepto del beneficiario real, estrechamente ligado al levantamiento del velo corporativo, se constituye como una limitante de carácter objetivo para el desarrollo de determinadas transacciones en el mercado público de valores.

4.1.2. El representante de los tenedores de bonos

Por otro lado, la resolución estableció una limitación relacionada con los representantes legales de los tenedores de bonos, sustentado en el concepto de beneficiario real.

Así, el artículo 1244 de la resolución establece que los bonos emitidos para su colocación o negociación en el mercado público de valores deberán contar con un representante de tenedores de los bonos, tenedor que no puede ser “beneficiario real de más del diez por ciento del capital social de la entidad emisora o que ésta sea beneficiaria real del diez por ciento (10%) o más de su capital”.

Al igual que en el caso anterior, en esta hipótesis el concepto de beneficiario real se convierte en una limitación para acceder a la posición de representante de los tenedores de bonos.

4.1.3. El concepto de beneficiario real en los martillos

La resolución 1200 de 1995 proferida por la Superintendencia de Valores a su vez impone ciertas restricciones para el desarrollo de los martillos con base en el concepto de beneficiario real. El artículo 32319 relacionado con las reglas

especiales que rigen el procedimiento del martillo para rematar acciones en el mercado primario, establece dos procedimientos alternativos para llevar a cabo esta clase de martillos, procedimientos que parten del supuesto que debe ofrecerse al público el 20% de las acciones objeto del martillo, bien en una etapa previa al martillo o bien en una etapa posterior al mismo.

En cualquier caso, la resolución establece que las acciones demandadas en cualquiera de estas etapas se adjudicarán a aquellos comitentes que individualmente presenten ofertas de compra inferiores a un número determinado de acciones, el cual en todo caso no puede ser superior al 5% del total de las acciones objeto del martillo, normas que a su vez, y para evitar que un mismo beneficiario real se presente por intermedio de varios comitentes, remiten al concepto de beneficiario real establecido en la resolución.

4.1.4. Fondos de valores y fondos de inversión

La resolución estableció que los fondos de valores y de inversión son mecanismos de captación y administración de recursos del público, mediante la constitución de carteras colectivas constituidas con el aporte de unos suscriptores.

En desarrollo de lo anterior, la resolución creó una limitante a la participación de los suscriptores de los fondos abiertos, al establecer que sin perjuicio de la posibilidad de incorporar unos límites más restrictivos por las sociedades administradoras de los fondos, ninguna sociedad administradora puede aceptar que cualquiera de los suscriptores posea directamente más del 10% de los derechos del fondo, excepto que se trate de su propia participación, como tampoco que un suscriptor posea más del 20% de los derechos del fondo en concurso con su cónyuge o con su compañero permanente, sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil o con sociedades de las cuales sea beneficiario real de más del 25% del capital social⁴⁵.

⁴⁵ Resolución 400 de 1995, artículo 24313 adicionado. Resolución 70 de 2001, artículo 1°.

4.1.5. Reglas de conducta de las sociedades comisionistas de valores

La resolución 1200 de 1995 contiene un capítulo entero relacionado con los deberes de conducta que deben observar los accionistas, los empleados y los administradores de las sociedades comisionistas de bolsa. En este capítulo se establece una prohibición relacionada con la posibilidad de que los administradores de las sociedades comisionistas de bolsa negocien por cuenta propia, directamente o por interpuesta persona acciones inscritas en bolsa, cuando ostenten la calidad de beneficiarios reales de las mismas. Lo anterior, por cuanto existiría un evidente conflicto de intereses entre la negociación de las acciones propias y las acciones de sus clientes.

4.2. Divulgación de información relevante al mercado

Finalmente, una de las manifestaciones más importantes del levantamiento del velo corporativo en el mercado de valores, se encuentra en el decreto 3139 de 2006 mediante el cual se dictaron normas relacionadas con la organización y funcionamiento del Sistema Integral de Información del Mercado de Valores.

En desarrollo del principio de transparencia, el decreto establece que todos los emisores deben divulgar, en forma veraz, clara, suficiente y oportuna al mercado, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, toda situación relacionada con él o con la emisión de valores que haya realizado que habría sido tomada en cuenta por un experto prudente y diligente al comprar, vender o conservar los valores del emisor o al momento de ejercer los derechos políticos inherentes a tales valores.

Así, el decreto 3139 de 2006 obliga a los emisores a revelar al mercado su situación jurídica respecto de:

...cambios en la composición accionaria, iguales o superiores al 5% de las acciones en circulación de la sociedad, ya sea directa o indirectamente, a través de personas naturales o jurídicas con las cuales se conforme un mismo beneficiario real (...) 10 Adquisiciones y enajenaciones de acciones por parte de los administradores, ya sea directa o indirectamente, a través de sociedades de familia, de cónyuges, de familiares hasta el cuarto grado de consangui-

nidad, segundo de afinidad o único civil o, en general, a través de personas naturales o jurídicas con las cuales configuren un mismo beneficiario real. En estos casos deberá informarse si la autorización respectiva fue otorgada por la junta directiva o la asamblea de accionistas, la mayoría con que dicha decisión fue tomada y las condiciones en que fue autorizada la respectiva adquisición o enajenación, de conformidad con lo previsto en el artículo 404 del Código de Comercio⁴⁴.

En este caso, es importante verificar que en aras de proteger el principio de transparencia y salvaguardar al mercado de operaciones y concentraciones opacas, la normatividad obliga a la publicación de determinada información relacionada con las participaciones y proporciones accionarias de sus socios.

De esta forma, una vez analizadas las normas relativas al mercado público de valores relacionadas con el concepto del beneficiario real, resulta importante anotar que las anteriores situaciones implican develar la participación accionaria de los agentes del mercado, conllevando necesariamente el levantamiento del velo corporativo para efectos de determinar quienes son los beneficiarios reales y de esta manera limitar o simplemente adecuar su comportamiento a determinadas reglas.

5. Conclusiones

- a) En el ámbito internacional, los diversos ordenamientos jurídicos han establecido mecanismos para evitar abusos por parte de las personas jurídicas. Tal es el caso de la doctrina denominada el levantamiento del velo corporativo, doctrina que tiene por objeto descorrer la ficción de la personalidad jurídica de una sociedad para atribuir responsabilidad a los socios por actos injustos cometidos por la sociedad.
- b) En Colombia, el principio de la separación patrimonial de los socios y los entes morales no es absoluto dado que en determinadas ocasiones, la legislación y la jurisprudencia constitucional han admitido que la responsabilidad de los

⁴⁴ Decreto 3139 de 2006, artículo 1.1.2.18.

socios se vea comprometida frente a terceras personas cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para el pago de los pasivos sociales.

- c) Por su parte, en el mercado público de valores el principio del levantamiento del velo corporativo responde a una justificación distinta. No se trata, como en el régimen general de responsabilidad, de atribuir una responsabilidad patrimonial a los socios de una determinada sociedad, sino de dotar de una amplia publicidad y transparencia a unos determinados actos que se desarrollan en el mercado público de valores.
- d) El concepto del beneficiario real establecido en la legislación del mercado público de valores se convierte en un claro ejemplo de la aplicación del levantamiento del velo corporativo, ya que implica necesariamente determinar quién o quiénes son las personas que detentan el control de una sociedad, determinación que conlleva determinadas consecuencias y restricciones en el momento de interactuar en el mercado público de valores.

Un caso de desestimación de la personalidad jurídica en el mercado de valores colombiano

Jeannette Forigua Rojas*

“Al lado del derecho escrito, vive y se desenvuelve todo un mundo de principios, direcciones o estándares”¹.

1. Aspectos generales

Manifestación del más alto grado de civilidad son los derechos de la persona y del ciudadano, derechos que tienen como deber correlativo el respeto por los ajenos y la prohibición de abusar de los propios.

Así, para saber si el ejercicio de un derecho rebasó los límites propios e irrespetó los ajenos, se hace necesario el análisis de la antijuridicidad del uso abusivo. Corresponde tal análisis a los jueces² y a las autoridades administrativas³ sometidas al imperio de la ley, quienes en el ejercicio de su actividad, cuentan con la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

La teoría del levantamiento del velo corporativo o del desconocimiento de la personalidad jurídica parte, entonces, del reconocimiento del abuso del derecho que pudiera producirse por parte de un asociado, al pretender a través de la asociación la creación de una nueva persona con el objeto de subsanar sus acciones o inhabilidades personales y hacer responsable por las mismas a la nueva persona jurídica creada. Esto podría causar daños a terceros bien sean cuantificables o no.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Catedrática de Mercado de Valores. Superintendente Delegada para emisores, portafolios de inversión y otros agentes de la Superintendencia Financiera de Colombia.

¹ JOSSERAND, Louis. *Del abuso de los derechos y otros ensayos*. Bogotá: Temis, 1999.

² Véase: artículo 95 de la *Constitución Política* y artículo 8° de la ley 153 de 1887.

³ Ver: artículo 31 de la ley 222 de 1995.

Ahora bien, la teoría del levantamiento del velo corporativo no pretende desconocer los principios que rodean el legítimo derecho de asociación con que el cuentan las personas naturales y jurídicas, y que tiene, entre otros objetivos, alcanzar metas comunes de una forma más eficiente y con un riesgo compartido. Todo lo contrario, la teoría empieza por reconocer la existencia de una personalidad jurídica compuesta por personas individuales las cuales, en determinados momentos y bajo específicas circunstancias, pueden llegar a ser consideradas como unidades independientes en aras de asignar responsabilidades ya sean o no patrimoniales.

En el ámbito del derecho comparado, Estados Unidos acoge la teoría y la aplica a la *Corporation* (sociedad anónima), sociedad que a diferencia de los *partnerships*, cuenta con una personalidad jurídica (*legal entity*), otorgada por el Estado, quien a su vez conserva el poder de revocarla. De acuerdo con la teoría de levantamiento del velo corporativo (*piercing [lifting] the corporate veil*), bajo el concepto de la *equity*, la ficción de la personalidad jurídica que le otorga el Estado a la *Corporation*, puede ser levantada de ser necesario y ser considerada como una sociedad de responsabilidad limitada; presenta como resultado que uno de los accionistas (*shareholder*) que componen la sociedad puede ser encontrado responsable por el total de sus deudas u obligaciones (*liabilities*).

De acuerdo con el profesor Markham⁴, este último aspecto hace que el levantamiento del velo corporativo sea un concepto jurídico sólo aplicable a las sociedades de carácter privado y no a las compañías listadas. Lo anterior en el caso de que exista la eventualidad de que un solo accionista pudiera llegar a ser encontrado responsable por la totalidad de las deudas de una sociedad, las posibilidades de encontrar potenciales inversionistas en los mercados se verían dramáticamente reducidas.

De otro lado, contemplar esta posibilidad deformaría también el concepto de sociedad anónima, en dónde, dependiendo del grado de control (dado por el número de acciones), un accionista es responsable también, en ese mismo

⁴ HAZEN, Thomas y MARKHAM, Jerry. *Corporations and other business enterprises*. Eagan: West Group 2003, p. 124-144.

grado, por la gestión y las directrices de la sociedad. Por el contrario, un accionista minoritario ajeno a dichas directrices, puede ser encontrado, por una decisión judicial, responsable por la totalidad de las obligaciones con acreedores e inversionistas por parte de la sociedad, ello en contravía de la protección de este tipo de accionistas que persigue la regulación de los mercados de valores y las buenas prácticas de gobierno corporativo.

En legislaciones como la argentina, la francesa y la española, se contempla el allanamiento del velo corporativo como un “remedio” para el abuso del derecho y por ende, parte la teoría de intenciones fraudulentas o engañosas que generan daño y que debe ser resarcido⁵.

En esta dirección, el tratadista colombiano Arrubla Paucar⁶ señala algunas de las situaciones que a la luz de la doctrina podrían ser consideradas como constitutivas de abuso de la personalidad jurídica: (i) cuando la sociedad es utilizada para adelantar actividades que le están prohibidas a una persona natural; (ii) cuando se utiliza la sociedad para eludir el régimen de inhabilidades o incompatibilidades que establece la ley de contratación con las entidades estatales; (iii) cuando la sociedad se utiliza para llevar a término acto en fraude a la ley o en perjuicio de terceros; (iv) cuando se emplea para confundir el patrimonio de los socios con el de la sociedad para distraer el mismo frente a terceros.

En Colombia, el origen del levantamiento del velo corporativo se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷, que ante el vacío normativo sobre el abuso del derecho por parte de la persona jurídica, aplicó la teoría foránea del abuso del derecho desarrollada por el jurista francés Josserand.

La aplicación de esta teoría en el derecho colombiano se extiende a varios campos, entre los cuales se encuentran: (i) el fiscal, a través de disposiciones contenidas en el Estatuto Tributario⁸; (ii) el de servicios públicos domiciliarios,

⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. *Contratos Mercantiles*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2005, tomo III.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de septiembre de 1935, MP Eleuterio Serna y sentencia del 21 de febrero de 1938, MP Arturo Tapias Piloneta.

⁸ Artículo 794, Inciso 1° del Estatuto Tributario: “En todos los casos los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica de la cual sean miembros, socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados, a prorrata

por medio del artículo 37 de la ley 142 de 1994⁹, (iii) el de erradicación de la corrupción administrativa, en el artículo 44 de la ley 190 de 1995¹⁰ y (iv) el societario o comercial contenido en el artículo 71 de la ley 222 de 1995¹¹.

A pesar de que las anteriores estipulaciones contemplan el concepto del levantamiento del velo corporativo como el fundamento sobre el cual fueron diseñadas, cada una de ellas lo interpreta y utiliza de forma diferente, lo que llama la atención en cuanto a la forma de entender el concepto y lleva a cuestionarse sobre si se está ante su uso desafortunado.

Así por ejemplo, cuando el Estatuto Tributario afirma que los socios, copartícipes, asociados, cooperados y comuneros, responden solidariamente por los impuestos de la sociedad o cuando la ley 222 de 1995 estipula la responsabilidad solidaria entre el titular de la cuotas de capital y los administradores de la empresa unipersonal, se está ante la figura no de la desestimación de la personalidad jurídica, sino ante la desestimación del tipo societario, que en últimas es la fuente de la limitación de su responsabilidad, ejemplo típico del abuso del derecho.

Como excepción, el artículo 794 del Estatuto Tributario establece que tal responsabilidad solidaria no se aplicará a los accionistas de sociedades anónimas inscritas en la Bolsa de Valores, a los miembros de los fondos de empleados,

de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable. (...) Lo dispuesto en este artículo no será aplicable (...) a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas”.

⁹ Dicha disposición señala: “Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, deben tenerse en cuenta quienes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley”.

¹⁰ La norma señala: “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

¹¹ Cuyo parágrafo señala: “Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

a los miembros de los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, y a los suscriptores de los fondos de inversión y de los fondos mutuos de inversión.

Por su parte, el artículo 44 la ley 190 de 1995 establece el levantamiento del velo corporativo como una figura preventiva no reaccionaria, que busca evitar que la limitación de la responsabilidad dada por la tipicidad de la sociedad y la separación patrimonial de los socios individualmente considerados, sean utilizados como un escudo para que estos no puedan ser tratados, investigados o requeridos como personas individuales y de hecho.

De esa forma, se plantea que en el evento en que se considere conveniente, la sociedad y las personas que la conforman serán consideradas una, de forma que la inhabilidad de ésta o aquellas, tenga efectos simultáneos en las dos partes. Figura que se replica en el ámbito de contratación estatal a través del artículo 8 ordinal 1º literal i) de la ley 80 de 1993¹².

2. Antecedentes jurisprudenciales en materia mercantil

La sentencia de constitucionalidad C-510 de 1997¹³, y las de unificación SU-1023 de 2001¹⁴ y SU-636 de 2003¹⁵, fijaron el precedente jurisprudencial colombiano de la presunción de control o dirección externo de las sociedades mercantiles cuando es ejercido de manera abusiva, como forma de levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personalidad jurídica.

Así, la sentencia C-510 de 1997 señaló los parámetros para analizar las relaciones originadas por los miembros de una sociedad anónima y los grupos empresariales reflejados en vínculos de carácter económico y jurídico con otras sociedades.

Por su parte las sentencias SU-1023 de 2001 y SU- 636 de 2003, tienen en común la condena a una sociedad a pagar a otra, por extensión de

¹² Así, según dicha disposición, son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: “Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria”.

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-510 del 9 de octubre de 1997, MP José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-1023 de 26 de septiembre de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-636 de 31 de julio de 2003, MP Jaime Araujo Rentería.

responsabilidad proveniente de la aplicación de varios supuestos de la desestimación de la persona jurídica.

En las citadas sentencias, la Corte Constitucional consideró que las matrices de las sociedades en liquidación no son deudoras de su controlada, ni existe un vínculo obligacional entre las mismas.

La responsabilidad que reconoció la Corte proviene de la interpretación de la ley que permite extender la responsabilidad por las obligaciones contraídas por la sociedad controlada, en los términos y condiciones que el juzgador considere pertinentes.

En conclusión, el levantamiento del velo corporativo empresarial hecho por la Corte Constitucional en relación con los grupos empresariales se justifica en que aparentemente las sociedades que celebran contratos con sus filiales disponen de activos, participan de su personal directivo, disponen del capital, realizan movimientos de personal, poseen mayoritariamente el capital de la subsidiaria etc., crean la apariencia de constituir personas jurídicas diferentes entre la matriz y sus filiales, pero la realidad prima para determinar que se trata de una sola empresa.

3. Sinopsis de los criterios de intervención del Estado en el mercado de valores

Puede definirse el mercado de valores como aquel segmento del mercado financiero que moviliza recursos estables desde el sector de los ahorradores hacia las actividades productivas mediante la compraventa de valores.

Bajo los criterios de intervención del Estado, las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores, deben sujetarse a los principios de eficiencia, confianza, equidad, transparencia, disciplina e integridad, además se protegen los derechos de los inversionistas, por medio de regulación, previniendo potenciales fuentes de riesgo o daño.

El artículo 15 de la Constitución Política dispone:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar, y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo,

tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y en archivos de entidades públicas y privadas (...) Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

A su turno, el artículo 20 de la ley 57 de 1985¹⁶ faculta a las autoridades administrativas para recavar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones, sin que la persona natural o jurídica pueda oponer a dicha labor el carácter reservado de un documento o información.

De conformidad con lo anterior resulta claro que la Superintendencia Financiera de Colombia, como autoridad de vigilancia y control, por mandato constitucional y legal está plenamente facultada para solicitar a los vigilados, y controlados cualquier información que resulte relevante para el cumplimiento de sus funciones sin que de dicha circunstancia pueda derivarse violación a ningún derecho de los administrados.

La resolución 400 de 1995 en el numeral 2 del artículo 11312¹⁷ faculta a la Superintendencia Financiera de Colombia como autoridad administrativa para solicitar los documentos y la información que resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, pues autoriza a entidades no vigiladas por esta superintendencia para el ejercicio de actividades de intermediación de valores.

¹⁶ Dicha norma señala: "El carácter reservado de un documento no será oponible a las autoridades que lo soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo".

¹⁷ La mencionada disposición señala: "La inscripción de los intermediarios de valores que no se encuentren sometidos a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera de Colombia se sujetarán al régimen de autorización general o individual, de acuerdo con las siguientes disposiciones. Se entenderá autorizada de manera general la inscripción cuando el representante legal y el revisor fiscal de la entidad o la persona natural que actúe como intermediario certifiquen el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 11310 de la presente resolución y, adicionalmente, cumpla los siguientes requisitos de carácter particular (...)

2. Acreditar que se reúnen las siguientes condiciones:

- Solvencia moral
- Capacidad económica, técnica y administrativa
- Prestar las garantías que establezca la Superintendencia Financiera de Colombia".

Así las cosas, si bien es cierto que parte de la información solicitada a las sociedades citadas tiene el carácter de reservada, dicha reserva no puede ser oponible a la Superintendencia Financiera como autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones de supervisión.

Entonces, puede sostenerse que el requerimiento de la citada información es un caso de levantamiento del velo corporativo o de la desestimación de la personalidad jurídica social.

El artículo 265 del Código de Comercio subrogado por el artículo 31 de la ley 222 de 1995¹⁸ concede a los organismos de inspección, vigilancia y control, Superintendencia de Valores y Superintendencia de Sociedades, la facultad de levantar el velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica en sus respectivos campos de acción, al consagrar la facultad de “comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados”.

Respecto de la norma en mención el Consejo de Estado señaló:

Esta disposición tiene como objeto evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo (*lifting the corporate veil*) y se descubrirá el beneficio oculto¹⁹.

Las facultades para la evaluación de los requisitos previstos en el numeral 2 del artículo 11312 de la resolución mencionada, son de carácter eminentemente preventivo y, en consecuencia, su ejercicio no está condicionado

¹⁸ Señala dicha disposición: “Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la realidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo considera necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes”.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 1999, MP Ricardo Hoyos Duque, radicación 10641.

al acaecimiento de hechos de los cuales se desprenda perjuicio al mercado de valores o cualquier otro bien jurídico tutelado por el Estado. Sin embargo, se requiere necesariamente para impartir la autorización, que se encuentre determinado de manera clara y concreta los beneficiarios reales del respectivo intermediario pues no de otra forma se podría conocer cabalmente a la entidad.

Es por esto, que la labor de verificación de la Superintendencia sobre las calidades de las personas naturales que participan del ente social, tiene como finalidad la protección de una actividad de interés público, la cual tiene por objeto fomentar el bienestar público y la confianza en el mercado, garantizando que quienes participan en él ofrezcan absoluta certeza sobre su idoneidad, responsabilidad y carácter.

Lo anterior, determinando la existencia de los siguientes aspectos: i) la inexistencia de circunstancias personales que afecten la solvencia moral de la sociedad; ii) la idoneidad, carácter y responsabilidad de las personas que desarrollaran la actividad autorizada y que participan en la toma de decisiones del ente social, así como la existencia de órganos de administración debidamente conformados, a efectos de determinar la capacidad administrativa de la misma y iii) la existencia y procedencia de los recursos económicos con los que se pretende desarrollar la actividad para la cual se solicita la respectiva autorización.

En ese orden, la labor de la Superintendencia Financiera, se enmarca dentro de la facultad otorgada por el artículo 31 de la ley 222 de 1995, el cual, según lo señalado por el Consejo de Estado tiene como finalidad:

...evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo²⁰.

²⁰ *Ibíd.*

De acuerdo con lo anterior, la información recavada por el supervisor resulta necesaria para establecer que el ejercicio de la actividad de intermediación que pretende desarrollar una sociedad con las características de la citada en el ejemplo, se realizará con los más altos estándares de profesionalismo y acorde con las normas que rigen el mercado de valores, para lo cual la evaluación de las calidades personales, profesionales y económicas de las personas que participan en la misma resulta necesaria para tal fin.

En conclusión, en el mercado de valores tiene aplicación la figura del levantamiento del velo corporativo cuando se abusa del derecho que tiene toda persona a su intimidad personal para engañar al Estado. Así entonces, en ejercicio de facultades de inspección y vigilancia, el Estado a través de la Superintendencia Financiera de Colombia exige acreditar para la inscripción en el Registro Nacional de Agentes del Mercado el cumplimiento de las condiciones de solvencia moral, capacidad económica, técnica y administrativa, y prestar las garantías para inscribir a los intermediarios de valores que no se encuentren de manera permanente sometidos a la vigilancia de tal superintendencia.

Capítulo V

Otras perspectivas temáticas

El tratamiento jurídico penal de los delitos cometidos a través de las personas jurídicas

Carlos Guillermo Castro Cuenca*

El levantamiento del velo de la sociedad consiste en aquellos “medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó”¹ con el objeto de “prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden”,² lo cual no solamente puede presentarse en el ámbito del Derecho Privado sino también en el Derecho Penal, cuando una persona jurídica es utilizada para la comisión de delitos. El objeto del presente estudio es precisamente analizar los instrumentos que se han creado en el derecho penal para sancionar aquellos eventos en los cuales la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, tales como la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la teoría del actuar por otro, las consecuencias accesorias y la atribución de responsabilidad penal en el ámbito de la propia empresa.

I. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. Los sistemas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas

En el derecho penal romano carecían de capacidad penal aquellos sujetos jurídicos a los cuales no era aplicable el concepto de la moralidad, como los

* Abogado egresado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Doctor *cum laude* en Derecho de la Universidad de Salamanca. Especialista en Derecho Penal y Ciencias criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de carrera académica de la Universidad del Rosario, donde es director del Grupo de Investigación de Derecho Penal y del Posgrado en Derecho Médico-Sanitario.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 10641, 19 de agosto de 1999. MP Ricardo Hoyos Duque.

² *Ibíd.*

entes colectivos,⁵ por lo cual, se predicaba el principio *societas delinquere non potest*,⁴ el cual fue posteriormente aplicado durante la Edad Media⁵ y retomado en la ilustración por autores como Feuerbach⁶.

En el derecho penal moderno se han conformado dos grandes posturas frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: los ordenamientos jurídicos que la aceptan, como sucede en Francia,⁷ Canadá,⁸ Holanda,⁹ Noruega,¹⁰

⁵ MOMMSEN, Theodor. *El derecho penal romano*. Madrid: La España moderna, 1905, p. 81.

⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. PG. Barcelona: Reppertor, 2005, p. 197.

⁵ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil. Berlín: Duncker & Humbolt, 1996, p. 227.

⁶ FEUERBACH, Paul Johan Anselm. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 127: “En un crimen que hubiesen cometido todos o la mayor parte de los miembros de una colectividad, la pena no puede alcanzar a la colectividad como tal, sino limitarse únicamente a los individuos culpables”.

⁷ Artículo 121-2 del Código penal de Francia: “Las personas jurídicas, con excepción del Estado, serán penalmente responsables de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes, conforme a los artículos 121-4 a 121-7, y en los casos previstos por la ley o el reglamento.

Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”.

⁸ Artículo 22.1 del Código penal Federal de Canadá: “In respect of an offence that requires the prosecution to prove negligence, an organization is a party to the offence if:

- (a) acting within the scope of their authority (i) one of its representatives is a party to the offence, or (ii) two or more of its representatives engage in conduct, whether by act or omission, such that, if it had been the conduct of only one representative, that representative would have been a party to the offence; and
- (b) the senior officer who is responsible for the aspect of the organization’s activities that is relevant to the offence departs—or the senior officers, collectively, depart—markedly from the standard of care that, in the circumstances, could reasonably be expected to prevent a representative of the organization from being a party to the offence”.

⁹ El artículo 51 del Código penal de Holanda y el parágrafo 15 del Código de derecho penal económico del mismo país recogen la actuación de personas físicas en el ámbito de las personas jurídicas que podrá general la imposición de una pena para estas últimas siempre y cuando la acción en el contexto social se califique como una acción de las personas jurídicas”. DOELDER, Hans. “La punibilidad de las personas jurídicas en Colombia”, En: *Hacia un derecho penal económico europeo*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, págs. 497 y 498.

¹⁰ Artículo 48A del Código penal de Noruega: “Cuando un precepto penal es violado por una persona que actúa en nombre de una empresa, la empresa puede estar sujeta a una pena. Lo anterior es aplicable incluso si ninguna persona física puede ser castigada por la infracción. Se entiende por empresa cualquier compañía, sociedad u otra asociación, empresa unipersonal, fundación, conjunto

Inglaterra¹¹ y Los Estados Unidos¹² y aquellos que la niegan por desconocer el concepto jurídico penal de acción y el principio de culpabilidad como ocurre en algunos países de Europa Continental¹³ (Alemania, Italia, España) y en Latinoamérica.

El principal escollo que ha surgido para aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas es su incompatibilidad con el concepto jurídico penal de acción: para el causalismo clásico la misma era un movimiento corporal¹⁴; para el neocausalismo implicaba la indicación de conducta humana¹⁵; o la conducta humana regida por la voluntad orientada a un determinado resultado¹⁶; para el finalismo, la acción humana final entendida como el obrar conscientemente desde un fin¹⁷; para Jescheck el comportamiento humano con trascendencia

inmobiliario o entidad pública. La pena consistirá en una multa. También será posible, tras un juicio, privar a la empresa de su derecho a continuar en su actividad, o prohibírsele su continuación bajo ciertas formas, según el artículo 29”.

¹¹ En Inglaterra la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue inicialmente admitida por la jurisprudencia en fallos como el *Affaire pharmaceutical society versus the London and Provincial Supply association lid* de 1880 y luego se fueron consagrando paulatinamente las disposiciones que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas como la Companies Act de 1948, la Companies Act de 1985 y la Financial Services Act de 1986.

¹² En la mayoría de estados de los Estados Unidos se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva de la *Criminal Corporate Liability* partiendo desde el caso *New York Cent. & Hudson R.R. Co., 212 U.S. 481, 495 (1909)* en el cual consideró que el sistema debe tener en cuenta los derechos de todos “corporaciones e individuos”, pero la ley no puede ser ciega a la situación de que muchas de las actividades económicas son realizadas por personas jurídicas, si se exceptuara a las personas jurídicas de cualquier pena se perdería el único instrumento disponible para controlar este sector de los abusos. hefendehl, roland. Corporate criminal liability: model penal code section 2.07 and the development in western legal systems. En: *Buffalo Criminal Law Review*, Vol. 4, No. 1, abril de 2000, p. 290.

¹³ *Ibíd.* p. 286 y ss.

¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 306.

¹⁵ MEZGER, Edmund. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, p. 93.

¹⁶ MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1992, p. 182.

¹⁷ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1976, p. 53.

social¹⁸, mientras que para Roxin la acción es todo aquello que pueda atribuirse al individuo como centro anímico espiritual de acción¹⁹.

Por su parte, también se señala la imposibilidad de aplicar el principio de culpabilidad porque las personas jurídicas y las asociaciones de personas sólo tienen capacidad de actuar por medio de sus órganos, por lo que no pueden ser castigadas por sí mismas²⁰ o porque al actuar mediante una pluralidad de órganos es imposible determinar la identidad de la persona por medio de su conciencia²¹.

Sin embargo, dentro de los mismos países en los cuales la doctrina mayoritaria niega la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, algunos autores han realizado ingentes esfuerzos para señalar que las mismas sí pueden llegar a tener responsabilidad penal.

Los primeros esfuerzos retomaron la teoría de la realidad de Gierke, según la cual, las personas jurídicas producen en la práctica hechos que generan unas consecuencias físicas y jurídicas en la sociedad, y además son consideradas como sujetos de derecho que gozan de la protección legal de sus intereses y fines, y por tanto se les reconoce como titulares de una capacidad autónoma de obrar²². En este sentido, afirma Liszt que:

quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios”, posición posteriormente seguida por Mayer, Hafter, Busch²³ y

¹⁸ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlín: Duncker & Humboldt, 1996, p. 226.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Munich: Beck, 2006, p. 262 - 264, T. I

²⁰ JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlín: Duncker & Humboldt, 1996, p. 226 J; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de derecho penal: parte general*. Madrid: Universitas, 2002, p. 290.

²¹ JAKOBS, Gunther. “¿Punibilidad de las personas jurídicas?”, En: *El funcionalismo en derecho penal: libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 341 y ss.

²² PALIERO, Carlo Enrico. “Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho penal italiano”, En: HURTADO POZO, José, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 116.

²³ MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona, Ariel, 1992, p. 179.

El tratamiento jurídico penal de los delitos cometidos a través de las personas jurídicas

Merkel²⁴ que expresaba que “no es ‘doctrinalmente imposible’ que la voluntad colectiva que se manifiesta en la conducta de una corporación se exteriorice ejecutando algún acto peligroso o dañoso para los intereses protegidos por el derecho, y prohibido en lo tanto por éste.

Recientemente se ha reconocido que la realidad criminológica moderna, organizada, transnacional, corporativa y socio-económica, nos muestra que la mayoría de delitos son cometidos por entes colectivos complejos colectivos frente a los cuales son insuficientes los mecanismos planteados por el sistema de responsabilidad penal individual²⁵. En este aspecto se hace especial énfasis en que con la punición de las personas jurídicas se busca la prevención mediante criterios de intimidación para las mismas²⁶, pues de lo contrario se perdería la eficacia preventiva de la norma²⁷. De esta manera, se busca la prevención mediante criterios de intimidación para las empresas²⁸.

Sin embargo, en lo que coincide la doctrina es que si se construye un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, el mismo no debe coincidir necesariamente con el aplicado a las personas naturales, por las particularidades que tendría, especialmente en relación con la acción, la culpabilidad y el dolo, optándose en algunos casos por propuestas que no difieren de la responsabilidad penal de menores e inimputables²⁹:

²⁴ MERKEL, Adolf. *Derecho penal*. Madrid: La España moderna, p. 75.

²⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 99. En sentido, HURTADO POZO, José. “Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano”. En: HURTADO POZO, José, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y SIMONS VALLEJO, Rafael, op. cit., p. 76 y ss, y 109 -112. SCHÜNEMANN. Bernd. “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”. En: *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 568 y ss.

²⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., p. 226; HURTADO POZO, José. “Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano”. En: HURTADO POZO, José, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. y SIMONS VALLEJO, Rafael, op. cit., p. 92; SCHÜNEMANN. Bernd. op. cit., p. 572.

²⁷ PALIERO, Carlo Enrico, op. cit., p. 120; SCHÜNEMANN. Bernd, op. cit., p. 572.

²⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., p. 226; HURTADO POZO, José, op. cit., p. 92; PALIERO, Carlo Enrico, op. cit., p. 120; SCHÜNEMANN. Bernd, op. cit., p. 572.

²⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., p. 221-225.

- En relación con la acción, se señala que si se entiende que el hecho penalmente relevante es el comportamiento de sujetos destinatarios del mandato de valoración y de determinación, por lo cual, siendo motivables por la norma no existe inconveniente para reconocer que pueden ser capaces de acción⁵⁰. En este sentido, todas las conductas de los socios o componentes de la organización que actúan para la empresa son imputables. No se trata entonces de una conducta personal, sino de un resultado antijurídico evitable e imputable a la empresa⁵¹.
- Se reconoce la capacidad de acción de las personas jurídicas como destinatarias de las normas jurídicas “en cuanto que pueden producir los efectos exigidos por dichas normas; de ello se deduce, al mismo tiempo, que pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar ‘acciones’ (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que ‘se expresan’ a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son —al mismo tiempo— ‘acciones de la persona jurídica’ (también el coautor y el autor mediato responden de su propio acto aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro)”⁵².
- El dolo y la culpa deben ser interpretados en clave organizacional como previsibilidad del resultado y cognoscibilidad del mismo que denote una mayor peligrosidad objetiva para el resultado, no intenciones⁵³.
- Por su parte, la culpabilidad se puede explicar a través de dos vías: como una actitud criminal de grupo o política que favorezca la comisión de delitos, o como un defecto de organización fundado en la *culpa in vigilando* y la *culpa in eligendo*⁵⁴. La teoría del defecto de organización ha sido expuesta especialmente por Tiedemann⁵⁵ y se configura cuando la empresa ha omitido las medidas de precaución tendentes a evitar la

⁵⁰ Ibid., p. 231.

⁵¹ Ibid., p. 234.

⁵² ZUGALDÍA ESPINAR, José. “La admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas”. En: *Estudios de derecho penal económico*. Caracas: Livrosca, 2002 p. 146

⁵³ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., p. 237.

⁵⁴ ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura, op. cit., p. 238 y 239.

⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht, einführg und allgemeiner teil mit wichtigen rechtstexten*. Munich: Carl Heymanns, 2007, p. 135 y ss.

comisión de delitos y ha infringido los deberes de vigilancia, de control y de organización, que son deberes propios de la persona jurídica³⁶. Un defecto de organización constituiría el hecho que fundamenta la culpabilidad de la persona jurídica, de modo estructuralmente similar a lo que sucede en los casos de la *actio libera in causa*.³⁷ En este sentido, se puede afirmar que existe culpabilidad en una persona jurídica cuando ésta, a través de su organización, distribución de funciones, instrucciones a colaboradores, medidas de control, etc., no ha omitido una infracción que hubiese podido ser evitada³⁸.

Sin embargo, esta postura no ha estado exenta de críticas, particularmente en relación con la culpabilidad por defecto de organización; Schünemann ha realizado tres interesantes objeciones: renunciar a realizar un reproche personal sobre el autor significa una atribución de la sociedad realizada desde fundamentos puramente político-criminales y que, por ello, degenera en una mera *petitio principii*; la interpolación de la culpa por la organización no puede cambiar nada del principio de que la persona jurídica no puede actuar por sí misma culpablemente; y para legitimar sanciones especiales no se debería debilitar y vaciar el concepto de culpabilidad penal en general, sino más bien buscar una legitimación especial para esta sanción especial³⁹.

Con base en las anteriores críticas, Schünemann postula un sistema de multas para los entes colectivos y señala que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Estado de Derecho no puede construirse sobre la culpabilidad, sino con base en un estado de necesidad del bien jurídico y con el *topos* de imputación de la actitud criminal del entidad, estructurada en torno a la idea de la lesión del deber de vigilancia⁴⁰.

³⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, José. op. cit., p. 146-147.

³⁷ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 550.

³⁸ ROSTAD, Helge. "Las multas a las personas jurídicas: breve esbozo del sistema noruego". En: *Hacia un derecho penal económico europeo*. Madrid: Boletín oficial del Estado, 1995, p. 520.

³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd, op. cit., p. 587 y 588.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 597.

A pesar de todas las anteriores propuestas, en países como Alemania, Italia, España o Colombia se sigue negando la responsabilidad penal de las personas jurídica con base en su presunta vulneración de los principios de capacidad de acción y culpabilidad⁴¹.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia

En Colombia, el principal antecedente de la implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue la ley por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones, dentro de la cual se señalaba que cuando:

el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multas, cancelación del registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra, actividad o cierre temporal o definitivo del establecimiento, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva. Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad de la persona jurídica⁴².

La Corte Constitucional, en ejercicio del control previo señaló la constitucionalidad de la norma salvo de la expresión, “Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsa-

⁴¹ BACIGALUPO, Silvina. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Estudios de derecho penal económico*. Caracas: Livrosca, 2002, p. 159.

⁴² Artículo 26 del proyecto de ley 235/96 Senado-154/96, Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico”.

bilidad de la persona jurídica”⁴³, al considerar que era una forma de consagrar la responsabilidad objetiva⁴⁴.

Lo más interesante de esa decisión es que dentro de la misma, la Corte Constitucional señala que la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas no vulnera las funciones de la pena y no encuentra un obstáculo en la Constitución⁴⁵ y que la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad⁴⁶.

⁴³ Artículo 26 del proyecto de ley 235/96 Senado-154/96, Cámara, “por el cual se establece el seguro ecológico”.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-320/98, MP Eduardo Cifuentes Muñoz: “Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión ‘objetiva’ que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la ‘responsabilidad objetiva’, la cual, en cambio, sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil”.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-320/98, MP Eduardo Cifuentes Muñoz: “Es evidente que las sanciones que van a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva (...) La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva. Es un asunto, por tanto, que se libra dentro del marco de la carta a la libertad de configuración normativa del legislador y, concretamente, a su política sancionatoria, la cual puede estimar necesario por lo menos en ciertos supuestos trascender el ámbito sancionatorio en donde reina exclusivamente la persona natural —muchas veces ejecutora ciega de designios corporativos provenientes de sus centros hegemónicos—, para ocuparse directamente de los focos de poder que se refugian en la autonomía reconocida por la ley y en los medios que ésta pone a su disposición para atentar de manera grave contra los más altos valores y bienes sociales”.

⁴⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-320/98, MP Eduardo Cifuentes Muñoz: “En el campo de ciertos delitos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado del

Meses más tarde la misma norma fue demandada ante la Corte Constitucional. Este organismo reiteró que la consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es en sí inconstitucional y resulta necesaria para salvaguardar los intereses de la comunidad⁴⁷. Sin embargo, la Corte señaló que la norma en concreto no determina concretamente la sanción ni sus límites⁴⁸, ni la

dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores, etc. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual. De otro lado, la realización de hechos punibles en el seno de las empresas (delincuencia económica y ecológica), puede en muchos casos corresponder a políticas no explícitas que se desarrollan a través de períodos largos de tiempo y, además, a esquemas de acción que abarcan de manera más o menos intensa a empleados que no sólo constantemente se renuevan, sino que apenas controlan procesos aislados de la compañía que, no obstante, se encuentra globalmente incurso en una actividad contraria a las normas penales y resulta ser beneficiaria real de sus resultados.

Los procesos de socialización que envuelve la condena penal tienen un significado inequívocamente educativo, tanto en fase preventiva, como sancionatoria. La sanción penal que se extiende a la persona jurídica la enfrenta a la censura social, puesto que ella lejos de aparecer como simple víctima del administrador que ilegítimamente hizo uso de su razón social, se muestra como autora y beneficiaria real de la infracción, por lo cual está llamada a responder. En realidad, la fraccionada reacción punitiva enderezada únicamente contra los administradores, cuando la actividad del ente se mueve en el terreno de la ilicitud, contribuye a relajar las instancias no estatales de control de los comportamientos potencialmente delictivos. De esta manera se le resta vigor a la asunción plena de los valores éticos por parte de todos los actores sociales”.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-843/99, MP Alejandro Martínez Caballero: “La Corte precisa que la declaración de inexecutable del artículo 26 de la ley 491 de 1999 no implica, de manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que éstas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional como el medio ambiente. Sin embargo, la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad, por lo cual deben aparecer claramente predeterminados las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas. La inconstitucionalidad de la disposición acusada deriva, entonces, de la indefinición de esos aspectos, pero no implica ninguna modificación de la doctrina constitucional desarrollada en esas sentencias, pues nada en la Constitución se opone a que la ley prevea, en ciertos casos, formas de responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

⁴⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-843/99, MP Alejandro Martínez Caballero: “En ningún momento la disposición señala cuándo debe el juez aplicar una u otra sanción, ni especifica sus límites, pues no establece cuál es el término máximo de la suspensión de la obra o actividad, o del cierre, ni el monto máximo o mínimo de la multa. Esa mera enunciación de sanciones penales, sin definir límites y elementos ciertos de aplicación de las distintas penas, viola del principio de legalidad, pues será el fallador, con criterios subjetivos, quien determine, con posterioridad a la

conducta punible como tal, al establecer simplemente que se incurre en las mismas por estar involucrado en hechos delictivos⁴⁹. Con base en estos argumentos y muy especialmente en la inexistencia de mecanismos de defensa para las personas jurídicas, la Corte Constitucional declaró la inconstitucional de la disposición⁵⁰.

3. Toma de postura

Ciertamente el tema reviste una complejidad agravada por el excesivo refinamiento dogmático que sufre la ciencia del derecho penal actual, en la cual la discusión sobre los grandes problemas sistemáticos y político criminales ha sido remplazada por debates de carácter sociológico y filosófico. Sin embargo, no se puede perder de vista que el punto de partida del derecho penal moderno es la prevención de delitos en el marco de las garantías de quien se encuentra involucrado en la comisión de un delito, finalidades que no se están cumpliendo en relación con la criminalidad de empresa que es cada vez más extendida y que está rodeada de una absoluta inseguridad jurídica en Colombia.

ocurrencia de los hechos, cuál es la pena aplicable. La situación es igualmente ambigua en relación con las personas naturales. En efecto, en este caso, la disposición acusada supone la comisión de un delito por parte de la persona jurídica y, después de autorizar para ella ciertas penas, faculta al juez para imponer a los representantes legales, directivos o funcionarios “involucrados”, por acción u omisión, en la conducta delictiva, sanciones privativas de la libertad, pero sin definir el máximo ni el mínimo ni tampoco la correspondencia entre cada una de las posibles penas y las diversas conductas contempladas en los artículos 189, 190, 191 y 197 del Código Penal. La norma acusada desconoce el principio de legalidad, puesto que las penas no están claramente determinadas”.

⁴⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-843/99, MP Alejandro Martínez Caballero: “La sola circunstancia de ser ‘involucrado’ a unos hechos que son punibles no puede constituir un tipo penal, ni tampoco ser la conducta punible como tal. Atribuir a esa situación la consecuencia según la cual el juez ‘puede’ imponer al sujeto ‘sanciones privativas de la libertad’ lleva, ni más ni menos, a dejar en blanco tanto la conducta punible como la pena misma y eso es claramente inconstitucional”.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-843/99. MP Alejandro Martínez Caballero: “La indeterminación parcial del procedimiento para el juzgamiento de las personas jurídicas también desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, por la inexistencia o ausencia de las ‘formas propias de un juicio’ definidas en ‘leyes preexistentes’, las cuales son necesarias para poder investigar y juzgar a alguien —sea persona natural o persona jurídica— por la comisión de un hecho punible. En efecto, conforme a la Carta, para que se puedan imponer sanciones penales, no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (Constitución Política, artículos 28 y 29). Por ende, para que puedan sancionarse penalmente a las personas jurídicas, no es suficiente que el Congreso defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable”.

En este sentido, más allá del debate sobre el nombre de la responsabilidad en la cual puedan incurrir las personas jurídicas (penal o administrativa), lo importante es que exista la posibilidad de imponer sanciones sobre las mismas, cuando éstas desarrollen un ilícito contemplado en el Código penal. En este sentido, en países como Alemania, existe un derecho penal Administrativo que permite imponer sanciones administrativas contra entes colectivos *Ordnungsstrafen gegen Verbände*⁵¹, lo cual sólo se presenta en Colombia respecto de eventos muy particulares⁵², pues el resto del derecho administrativo sancionatorio está absolutamente disperso y no presenta soluciones a la criminalidad de las personas jurídicas.

Por lo anterior, es necesario una reforma que establezca la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en los fundamentos señalados por la Corte Constitucional; que regule los presupuestos contemplados en el artículo 91 del Código de Procedimiento penal, o que señale los parámetros generales para imponer sanciones administrativas a las personas jurídicas que hayan causado un resultado señalado como punible por el Código penal. En este aspecto, debe reconocerse que muchas de las críticas que se hacen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas ni siquiera están resueltas en el derecho penal de las personas individuales, pues el concepto de acción, de dolo o de culpabilidad son temas frente a los cuales la doctrina no ha logrado un acuerdo, por lo cual mal se haría al rechazar cualquier debate sobre su forma de aplicación a las personas jurídicas.

II. Las alternativas a la imposibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas

Teniendo en cuenta la imposibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas en países como España, Alemania y Colombia, la doctrina ha señalado una serie de mecanismos para evitar la impunidad de los delitos cometidos a través de las mismas, como la doctrina del actuar por otro, las

⁵¹ JESCHECK, H. y WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Berlín: Duncker & Humboldt, 1996, p. 228.

⁵² Como sucede con la responsabilidad fiscal por el manejo de recursos públicos (ley 610 de 2000) o la eventual responsabilidad ambiental por violación de la normatividad (ley 99 de 1993).

consecuencias accesorias o la figura del tercero civilmente responsable, cuyas características más importantes serán señaladas a continuación.

1. La doctrina del actuar por otro

La doctrina del actuar en lugar de otro sirve “para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos especiales cometidos por los representantes de las personas jurídicas, así como de las naturales”⁵³, especialmente en relación con los delitos especiales.^{54, 55} En virtud de esta figura, el representante legal de una persona jurídica se convierte en *destinatario* de las normas especiales que se dirigen inicialmente a la persona jurídica representada,^{56, 57} por lo cual el representante legal (*extraneus*) obra en representación de la persona jurídica (*intraneus*) y, por tanto, a aquel le es imputable toda conducta que provenga del contexto social de la persona jurídica,^{58, 59} doctrina que es explicada en virtud de diversas teorías:

En primer lugar, *la teoría de la representación*, vinculada a la teoría de la autoría (*Überwälzungstheorie*), “en virtud de la cual se traslada al representante la cualidad de autoría del delito especial y, de esta manera, se cumplen en la persona de este último todos los requisitos necesarios para imputarle la responsabilidad criminal”⁶⁰. En este sentido, “el ámbito de la responsabilidad del representante aparece constituido por aquellos elementos especiales de la autoría que expresan un ‘dominio’ sobre el resultado producido equivalente al dominio que posee el garante en la omisión impropia”⁶¹.

⁵³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*. PG. Lima: ARA Editores, 2003, p. 365

⁵⁴ *Ibid.*, p. 368.

⁵⁵ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 517.

⁵⁶ BACIGALUPO, Enrique. “El actuar en nombre de otro”. En: *Curso de derecho penal económico*. Marcial Pons, 2005, p. 132.

⁵⁷ En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, op. cit., p. 521.

⁵⁸ BACIGALUPO, Enrique. op. cit., p. 133.

⁵⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. op. cit., p. 372.

⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. op. cit., p. 521.

⁶¹ *Ibid.*, p. 525.

Para Schünemann el fundamento del actuar por otro es la existencia de una posición de garante fundada en el dominio sobre el fundamento del resultado⁶². En este sentido, Martínez Bujan Pérez señala:

En suma, en la institución del actuar en lugar de otro lo que en realidad se produce es una transmisión de posiciones de garante, puesto que la posición de autoría en los delitos especiales propios consiste en la formulación de una posición de garante. En esto consiste su idea del 'dominio sobre el fundamento del resultado'⁶³.

Por su parte, Gracia Martín postula la teoría de la relación de dominio social típica, es decir "el ejercicio de una función específica determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial en el ejercicio de aquella función"⁶⁴.

A su vez ese dominio social tiene tres (3) características: 1. Las estructuras de dominio social que implican que el bien jurídico sólo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social de carácter cerrado en la que aquél debe desarrollar y cumplir una función social específica; 2. función de dominio social, que implica que dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial al bien jurídico, y 3. Las acciones de dominio social, que implica que sólo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de ésta es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio Social)⁶⁵.

Por último, Linares Estrella considera que el fundamento del actuar por otro debe ser la teoría de los delitos de infracción de deber, pues solamente a

⁶² SCHÜNEMANN, Bernd. *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Ibáñez, 2007, p. 218 y 219.

⁶³ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, op. cit., p. 525.

⁶⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal Español". En: *Hacia un derecho penal económico europeo*. Madrid: Boletín oficial del Estado, p. 120.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 121.

través de la misma se soluciona la problemática de la intervención del *extraneus* en delitos especiales⁶⁶.

La doctrina del actuar por otro se encuentra consagrada legislativamente en los códigos penales de Alemania,⁶⁷ España,⁶⁸ Perú,⁶⁹ Bolivia⁷⁰ y Colombia.

⁶⁶ LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de la parte general del derecho penal económico*. Granada: Comares / Facultad de Derecho Universidad de Granada, 2002, p. 258 y 259.

⁶⁷ Artículo 14 del Código penal de Alemania: "Actuar por otra persona

(1) Alguien actúa:

1. Como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de tales órganos.
2. Como socio con poder de representación de una sociedad comercial de personas.
3. Como representante legal de otro, así una ley fundamenta la punibilidad de acuerdo con las especiales cualidades personales, las relaciones o las circunstancias (características especiales o personales), también se debe aplicar al representante aún cuando esas características no las tenga pero sí existan en el representado.

(2) Si alguien es autorizado por el propietario de una empresa o por alguien autorizado para ello:

1. Encargado de dirigir totalmente o parcialmente la empresa.
2. Expresamente encargado de salvaguardar bajo su propia responsabilidad tareas que le corresponden al propietario de la empresa, y actúa el con fundamento en ese encargo, entonces la ley es la que fundamenta la punibilidad de acuerdo con las características especiales personales. Esto también se aplica al encargado, aún cuando esas características no las tenga, pero sí existan en el propietario de la empresa.
3. Al establecimiento en el sentido de la primera frase se debe equiparar la empresa (esta frase no se entiende). Si alguien actúa con base en un encargo correspondiente para una entidad que salvaguarda tareas de la administración pública, entonces se debe aplicar *mutatis mutandis* la primera frase.

(3) Los incisos 1 y 2 también son aplicables cuando el hecho jurídico en que se debía fundamentar el derecho de representación o la relación de mandato es ineficaz".

⁶⁸ Artículo 31 del Código penal de España: "1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente aunque no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó".

⁶⁹ Artículo 27 del Código penal de Perú: "Actuación en nombre de otro. El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada".

⁷⁰ Artículo 13 del Código penal de Bolivia: "(responsabilidad penal del órgano y del representante). El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre

En Colombia, el actuar por otro está contemplado en el artículo 29 del Código Penal, según el cual:

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

De esta manera, lo primero que hay que determinar es cuáles son por regla general los miembros u órganos de representación de la persona jurídica, situación que varía de acuerdo con el tipo de sociedad específica en el cual se presente: en la sociedad colectiva la representación radica en cabeza de todos los socios⁷¹, en la sociedad en comandita está en cabeza de los socios colectivos,⁷² en la sociedad de responsabilidad limitada en cabeza de todos los socios⁷³ y en la sociedad anónima está en cabeza de su representante legal, el cual tendrá uno o más suplentes⁷⁴. Cabe señalar que en las sociedades colectivas⁷⁵ y en las sociedades en comandita simple⁷⁶, la administración podrá delegarse a terceros.

Sin embargo, el artículo 29 del Código Penal desconoce que tanto en Colombia como en otras partes del mundo, las actuaciones de la persona jurídica no están determinadas necesariamente por la actuación de los representantes, sino que las mismas son especialmente influenciadas por sus administradores, concepto que es mucho más claro dentro de las leyes comerciales y que en nuestra legislación se encuentra contemplado en la ley 222 de 1995, de acuerdo con el cual tienen dicha calidad: el representante legal, el liquidador, el

o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente siempre que en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre concurran las especiales relaciones, cualidades o circunstancias personales que el correspondiente tipo penal requiere para el agente”.

⁷¹ Artículo 310 del Código de Comercio.

⁷² Artículo 326 del Código de Comercio.

⁷³ Artículo 358 del Código de Comercio.

⁷⁴ Artículo 440 del Código de Comercio.

⁷⁵ Artículo 310 del Código de Comercio.

⁷⁶ Artículo 326 del Código de Comercio.

factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones⁷⁷.

De esta manera, la redacción del Código Penal de Colombia deja inicialmente en el limbo a los cuerpos colegiados de las personas jurídicas que la dirigen y por ello son considerados administradores. Sin embargo no tienen la calidad de representantes como sucede con la asamblea de accionistas y la junta directiva, falta de técnica legislativa que no ocurre en los países que han impulsado la figura del actuar por otro como España, en donde esta figura se aplica a los representantes legales y a los administradores.

En este ámbito, una aplicación estricta del principio de legalidad nos lleva a concluir que los miembros de los organismos de administración de una persona jurídica que no ostenten la calidad de representantes no podrán responder como autores de una conducta punible sino como meros partícipes y, concretamente, como determinadores de la conducta de quien sí tiene la calidad de representante legal. El problema surgiría en aquellos eventos en los cuales el representante legal sea engañado por los miembros de la junta directiva o de la asamblea de accionistas, caso en el cual si el error del representante es invencible este no podría ser autor y por ello tampoco podrían ser determinadores los miembros de la junta directiva ni de la junta de socios, en aplicación del principio de accesoriadad⁷⁸. Tampoco pueden ser considerados como autores mediatos, porque no tienen las especiales calidades mencionadas en el tipo penal.

2. Consecuencias accesorias

El legislador penal español consagra una serie de consecuencias aplicables a las personas jurídicas que hayan sido utilizadas para la comisión de delitos⁷⁹,

⁷⁷ Artículo 24 de la ley 222 de 1995.

⁷⁸ El cual implica que la responsabilidad de los partícipes depende de la responsabilidad del autor y por ello si el autor no tiene responsabilidad penal los partícipes tampoco podrán poseerla.

⁷⁹ Artículo 129 del Código penal de España. “Consecuencias accesorias: 1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en su artículo 31RCL 1995\3170, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

llamándolas simplemente ‘consecuencias accesorias’” siendo muy cauto en denominarlas penas o medidas de seguridad⁸⁰.

Frente a la naturaleza de las consecuencias accesorias Bacigalupo señala

las consecuencias accesorias son auténticas penas, toda vez que, como ya ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, la sanción a una persona jurídica exige su propia acción (al tener éstas capacidad infractora) y su propia culpabilidad⁸¹.

Por otro lado, Martínez-Buján Pérez señala:

a mi juicio, las susodichas medidas no son meramente administrativas, sino propias del derecho penal, en atención a sus fines preventivos y al órgano judicial que las impone, en virtud de lo cual tal vez resulte preferible adjetivarlas y hablar, por ejemplo, de ‘consecuencias accesorias de las penas’, tal y como propone otro numeroso sector doctrinal⁸².

En España, la aplicación de estas medidas requiere el cumplimiento de determinados requisitos:

-
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
 - e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.
2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el juez instructor también durante la tramitación de la causa.
 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”.

⁸⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José. “La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Estudios de derecho penal económico*. Caracas, Livrosca, 2002, p. 137.

⁸¹ BACIGALUPO, Silvina. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas”. En: *Curso de derecho penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 112.

⁸² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, op. cit., p. 540.

en primer lugar, se aplican a un *numerus clausus* de eventos que, por imperativo del principio de legalidad, no permite interpretación analógica⁸³. En segundo lugar, el artículo 129 del Código Penal establece como requisito para la aplicación de cualquiera de las consecuencias en él contenidas la necesidad de que el juez o tribunal competente deberá dar ‘audiencia previa a los titulares o a los representantes legales’ de la empresa, sociedad, asociación o fundación⁸⁴. En tercer lugar, se señala que para la aplicación de estas medidas se exige la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos⁸⁵. Por último se exige que la imposición de dichas consecuencias ha de tener lugar de forma “*motivada*”⁸⁶. La repercusión más relevante de admitir la *naturaleza penal* de las consecuencias accesorias estriba en llegar a la conclusión de que les son de aplicación las garantías penales y de la aplicación de la ley penal del título preliminar del Código Penal, aunque, ciertamente, en algunos casos haya que recurrir a la analogía ante la ausencia de previsión expresa para las consecuencias accesorias⁸⁷.

En Colombia, aparentemente se intentó consagrar el sistema de consecuencias accesorias en el artículo 91 del Código de Procedimiento penal⁸⁸, señalando la posibilidad de que el juez de control de garantías decreta la suspensión de la personería jurídica o el cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público “cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas”.

⁸³ BACIGALUPO, Silvina, op. cit., p. 113-114.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 115.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 116.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 116.

⁸⁷ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos, op. cit., p. 541.

⁸⁸ Artículo 91 de la ley 906 de 2004: “Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron”.

Sin embargo, con esta norma se creó un híbrido sin ningún procedimiento específico para su aplicación que debe ser reglamentado, pues en la actualidad es un grave peligro para la seguridad jurídica de las empresas.

De manera absolutamente antitécnica se incluye esta medida dentro del apartado dedicado al comiso en el Código de Procedimiento Penal, pero lo peor es que no se establecen mecanismos de defensa de las personas jurídicas afectadas ni de las personas que puedan sufrir un perjuicio derivado de las medidas, lo cual vulnera las garantías procesales aún más que las disposiciones de la ley que consagraba el seguro ecológico en Colombia. Sin embargo, la Corte constitucional declaró exequible esta disposición “en el entendido que los efectos definitivos de la cancelación se deben determinar en la sentencia y, mientras tanto, esta orden tiene efectos de suspensión”⁸⁹, lo cual ha ampliado aún más la inseguridad jurídica en el tema de los delitos cometidos en el ámbito empresarial.

3. La figura del tercero civilmente responsable

Cabe anotar que si bien la legislación penal colombiana no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las mismas pueden verse vinculadas a un proceso penal a través de la figura denominada “tercero civilmente responsable” contemplada en el artículo 69 de la ley 600 de 2000⁹⁰ y en el artículo 107 de la ley 906 de 2004⁹¹.

Para la Corte Constitucional, el fundamento que permite que el tercero civilmente responsable sea vinculado al proceso penal es la responsabilidad civil y no la penal del mismo, la cual surge, “por ejemplo, de las obligaciones

⁸⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-558/04, MP Clara Inés Vargas Hernández.

⁹⁰ Artículo 69 de la ley 600 de 2000: “Demanda. La vinculación del tercero civilmente responsable podrá solicitarse con la demanda de constitución de parte civil o antes de que se profiera la providencia que ordena el cierre de la investigación en escrito separado, el que deberá contener los mismos requisitos de la demanda de parte civil. La demanda se notificará personalmente a quien se dirija y desde el momento de su admisión se adquiere la calidad de sujeto procesal. En tal virtud, deberá dar contestación a la demanda, y podrá solicitar y controvertir pruebas relativas a su responsabilidad”.

⁹¹ Artículo 107 de la ley 906 de 2004: “Tercero civilmente responsable. Es la persona que según la ley civil deba responder por el daño causado por la conducta del condenado. El tercero civilmente responsable podrá ser citado o acudir al incidente de reparación a solicitud de la víctima del condenado o su defensor. Esta citación deberá realizarse en la audiencia que abra el trámite del incidente”.

de vigilancia⁹² de supervisión⁹³ de cuidado⁹⁴ o de la relación de subordinación⁹⁵ que establece el Código Civil para ciertas personas”⁹⁶.

Frente a los mecanismos de defensa de quien es vinculado como tercero civilmente responsable, la ley 600 contemplaba la contestación de la demanda que se presente en contra del mismo⁹⁷ y otorgaba además “los mismos derechos y facultades de cualquier sujeto procesal”⁹⁸. Por su parte, si bien la ley 906 de 2004 no señala expresamente cuáles son los mecanismos de defensa del tercero civilmente responsable, la Corte Constitucional ha señalado que este derecho se garantiza a través del trámite contemplado en dicha ley respecto de las de las citaciones⁹⁹, interpretación que, sin embargo, es demasiado abierta pues

⁹² Artículo 2346 del Código Civil: “Los menores de 10 años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudiere imputárseles negligencia”.

⁹³ Artículo 2348 del Código Civil: “Los padres serán siempre responsables del daño causado por las culpas o los delitos cometidos por sus hijos menores y que conocidamente provengan de mala educación, o de hábitos viciosos que les han dejado adquirir”.

⁹⁴ Artículo 2347 del Código Civil: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren bajo su cuidado. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de sus discípulos mientras estén bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”.

⁹⁵ Código Civil, Artículo 2349. “Los amos responderán por el daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes. En algunos casos, puede concurrir como fuente de la responsabilidad el riesgo creado por el guardián de la cosa” (artículos 2350, 2351 y 2354 del Código Civil).

⁹⁶ Sentencia C-1075/02. MP Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁷ Artículo 70 de la ley 600 de 2000.

⁹⁸ Artículo 141 de la ley 600 de 2000.

⁹⁹ Sentencia C-717/06, MP Rodrigo Escobar Gil: “El citado artículo 104 en ningún momento regula la forma cómo se adelanta la citación del tercero civilmente responsable, ni tampoco prevé si como consecuencia de la misma es necesario que el citado sujeto asista a la audiencia de pruebas y alegaciones acompañado de abogado. Esas precisas determinaciones legales, en el campo del derecho procesal penal, se encuentran previstas, por una parte, en los artículos 171 y 173 de la ley 906 de 2004, que regulan el instituto procesal de las “citaciones”^[15], y por la otra, en el artículo 25 del mismo estatuto legal, el cual establece como forma de integrar los eventuales vacíos que se presenten en el momento de aplicar la ley penal, la posibilidad de acudir a las disposiciones que no

nada se dice en la regulación de las citaciones sobre la forma específica como deberá actuar quien resulte convocado al proceso penal en virtud de aquellas.

III. Las reglas de imputación en el ámbito de las empresas

La criminalidad económica no es cometida por una sola persona, pues se desarrolla en el ámbito de las empresas y otros colectivos¹⁰⁰. Al tratarse de delitos cuyo ámbito principal es la empresa, la determinación de los sujetos responsables no resulta del todo fácil, ya que se plantean peculiaridades relacionadas con la delimitación del círculo de sujetos que tienen asignadas en el organigrama empresarial las diversas funciones, cuyo incumplimiento o abuso puede concluir en la comisión de un delito económico.

En este sentido, Tiedemann señala la existencia de cuatro áreas especialmente problemáticas en la determinación de la autoría y la participación en los delitos económicos: el ámbito de responsabilidad en el nivel horizontal, la delegación, el actuar por otro y la responsabilidad de las empresas¹⁰¹:

El nivel horizontal se configura cuando varios sujetos actúan en el mismo nivel de imputación y se rige por el principio de confianza de acuerdo al plan organizativo de cada empresa. En este nivel es fundamental el sistema de diferenciación entre la autoría y la participación adoptado y la posición asumida frente al principio de accesoriedad¹⁰².

La jurisprudencia alemana elaboró a mediados de siglo el criterio del principio de confianza —*Vertrauensgrundsatz*— para el análisis de los delitos en el tráfico¹⁰³, el cual fue posteriormente retomado para el análisis de la im-

se opongan a su naturaleza, consagradas en el Código de Procedimiento Civil^[16]. Es precisamente en el mencionado régimen procesal, en donde se reglamenta la asistencia profesional y técnica que se consagra a favor de aquellas personas que a pesar de ser debidamente citadas, omiten la obligación de acudir en los términos legales ante las autoridades judiciales que las requieren”.

¹⁰⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht, Einföhrung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. Munich: Carl Heymanns, 2007, p. 130.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 130-140.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 130 y 131.

¹⁰³ WELZEL, H. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlín: Walter de Gruiter, 1969, p. 133; CRAMER, Peter y STERNBERG-LIEBEN, Detlev. “Fahrlässigkeit”. En: *Strafgesetzbuch Kommentar*. Munich: Beck, 2006, p. 306; MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1962, p. 245, T. II; JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlín: Duncker & Humboldt, 1996, p. 565.

prudencia médica¹⁰⁴, de la confianza en la conducta de los funcionarios¹⁰⁵, las actividades empresariales¹⁰⁶ y fue ampliado por Welzel a las actividades realizadas conjuntamente por varias personas —Zusammenwirken—¹⁰⁷.

En todo caso, la doctrina reconoce que la aplicación del principio de confianza tiene determinados límites que no permiten su aplicación en eventos particulares: en primer lugar, no se aplica cuando entre los intervinientes existen especiales deberes de vigilancia o control¹⁰⁸, siempre y cuando el desempeño de los mismos no ponga el peligro el desempeño de la propia actividad¹⁰⁹, pues el mismo es el fundamento del principio de confianza¹¹⁰. En segundo lugar, tampoco se aplica cuando al interviniente le falte la cognoscibilidad de la regla, como sucede en el caso de los niños¹¹¹. En tercer lugar, no deben existir indicios concretos para suponer que los demás intervinientes no cumplirán con sus deberes¹¹², lo cual se deriva de la propia formulación del principio, pues el mismo solamente se puede aplicar cuando el sujeto cumple con las normas del tráfico¹¹³, lo cual no sucederá si el sujeto sabe que otros están violando sus deberes, caso en el cual se configura como mínimo una culpa con representación o incluso un dolo eventual.

En Colombia, el principio de confianza como axioma general fue reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de marzo de 1998: “el desenvolvimiento de las relaciones sociales implica, necesariamente, un mínimo de confianza entre los asociados y de estos con

¹⁰⁴ TRÖNDLE, Herbert y FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. Munich: Beck, 2006, p. 1383; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN, op. cit., p. 306.

¹⁰⁵ CRAMER y STERNBERG-LIEBEN, *Fahrlässigkeit*, op. cit., p. 305.

¹⁰⁶ LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*. Munich: Beck, 2004, p. 107 y 108.

¹⁰⁷ WELZEL, op. cit., p. 133. Esta posición también la adopta ROXIN, Claus, op. cit., p. 1071.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus, op. cit., p. 1071 y 1072.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 1071 y 1072. En este sentido JAKOBS, Gunther, op. cit., p. 208 y 209.

¹¹⁰ JAKOBS, Gunther, op. cit., p. 208 y 209.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 210.

¹¹² ROXIN, Claus, op. cit., p. 1071.

¹¹³ MAURACH, Reinhart, op. cit., p. 245; FRISCH, op. cit., p. 189; JAKOBS, Gunther, op. cit., p. 208 y 209; ROXIN, Claus, op. cit., p. 1070; WELZEL, op. cit., p. 133; STRATENWERTH, Gunther, op. cit., p. 436; CRAMER Peter y Detlev STERNBERG-LIEBEN, op. cit., p. 306; TRÖNDLE y FISCHER, op. cit., p. 1383 y 1384.

la autoridad pública; de ello depende la coexistencia pacífica, y la legitimidad y obligatoriedad de los actos que la administración expida. En esos propósitos son en los que la Constitución Política establece que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”¹¹⁴.

Concretamente, la Corte Suprema ha reconocido la aplicación del principio de confianza de acuerdo con el cual “el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales dentro de su competencia”¹¹⁵ como uno de los institutos propios de la imputación objetiva¹¹⁶, en aquellos eventos en los cuales exista división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo para el logro de finalidades corporativas¹¹⁷. De esta manera, de acuerdo al principio de confianza “no se imputan objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantienen dentro de los límites del peligro permitido”¹¹⁸. Igualmente se ha señalado que el fundamento del principio de confianza es la complejidad de las relaciones sociales que implican una división de trabajo¹¹⁹.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el principio de confianza no es absoluto¹²⁰ sino que está sometido a determinados límites: en primer lugar, que prima sobre este principio —el de defensa o seguridad—, según el

¹¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 17 de marzo de 1998.

¹¹⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de abril de 2006 y del 19 de enero de 2006.

¹¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de abril de 2006, 11 de mayo de 2005 27 de julio de 2006, 24 de enero de 2007, 19 de enero de 2006 y 3 de agosto de 2005.

¹¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de marzo del 2002: “Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Ésta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida”.

¹¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2006.

¹¹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de marzo de 2002 y del 10 de agosto de 2005.

¹²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2006.

cual “el hombre medio debe prever que si bien en la actividad diaria está sujeto al *principio de confianza*, determinadas personas pueden obrar en contra de los reglamentos como sucede con los niños, los infantes, los minusválidos, los enfermos y, por supuesto, los ancianos”¹²¹. En segundo lugar, ha manifestado que “la determinación de la efectividad del principio de confianza en un ámbito de interrelación está guiada por la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda o de las concretas condiciones en que se desenvuelve una actividad u organización determinada, porque son elementos que posibilitan señalar si una persona, al satisfacer las reglas de comportamiento que de ella se espera está habilitada para confiar en que el dolo o la culpa de los demás que interactúan en el tráfico jurídico no la van a afectar”¹²². En tercer lugar, “Si uno de los requisitos para esquivar la responsabilidad con fundamento en el principio de confianza es el de que quien lo aduzca se haya comportado correctamente cuando se infringe el derecho por incumplimiento de los deberes que este impone, no es posible acudir a ese postulado”¹²³. En este sentido se ha reconocido que para que concurra el principio de confianza es necesario acreditar el cumplimiento de sus funciones, lo que aquí no sucede¹²⁴.

El nivel vertical se presenta cuando existe un desplazamiento de la responsabilidad “hacia abajo” en la empresa a través de la delegación y las principales problemáticas que presenta se dan en la definición de sus requisitos y en la determinación de aquellos eventos en los que, por el contrario, lo que existe es una autoría mediata entre el empresario y sus subordinados¹²⁵.

Por su parte, los problemas de actuar por otro y responsabilidad de las empresas buscan solucionar la misma problemática, es decir, la determinación de fórmulas para la punición de delitos cometidos a través de personas jurídicas¹²⁶.

¹²¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de abril de 2006, 20 de mayo de 2003 y 11 de mayo de 2005.

¹²² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 20 de abril de 2006, 17 de septiembre del 2003 y 3 de agosto de 2005.

¹²³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 27 de julio de 2006.

¹²⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de marzo de 2006.

¹²⁵ TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten*. Munich: Carl Heymanns, 2007, p. 132 y 133.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 134-137.

IV. Balance general

En Colombia, la legislación penal no admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque la Corte Constitucional ha señalado que su consagración en nuestro país no sería inconstitucional. Por lo anterior, en aquellos eventos en los cuales se utilice una persona moral para la comisión de una conducta punible deberá acudir a tres (3) medidas alternativas: imputar responsabilidad penal a los representantes legales de la persona jurídica a través de la figura del actuar por otro; solicitar la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal (suspensión de la personería jurídica o cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público) si existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas y pedir su vinculación como tercero civilmente responsable.

En el momento de establecer la responsabilidad por conductas cometidas al interior de una persona jurídica deberá tenerse en cuenta especialmente el principio de confianza, que determina que si existe una relación en el nivel horizontal de responsabilidad, no se responderá por las conductas punibles cometidas por otro sujeto que haya participado dentro de la empresa en la misma actividad.

Sin embargo, cabe concluir que la legislación penal relacionada con la prevención y represión de la criminalidad empresarial en Colombia tiene múltiples deficiencias que requieren una amplia reforma como: la no inclusión de los administradores en el ámbito del actuar por otro, la inexistencia de un proceso particular para la imposición de las medidas contempladas en el artículo 91 de la ley 906 de 2004 y la ausencia real de garantías para la defensa del tercero civilmente responsable.

V. Derecho administrativo sancionador como solución a la problemática de la imposibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas

En Alemania, la “Verbandsverantwortlichkeitsgesetz-VbVG” (ley de responsabilidad de las asociaciones) consagra una serie de reglas para la imposición de

sanciones a personas jurídicas y otros organismos colectivos, derivadas de la comisión de delitos, en cuatro eventos:

En primer lugar, se establece la responsabilidad directa de las asociaciones, cuando la conducta punible se realice en su beneficio o a través de la violación de deberes predicables de las mismas¹²⁷.

En segundo lugar, se señala que las asociaciones también responden cuando su representante legal ha cometido una conducta antijurídica y culpable¹²⁸.

En tercer lugar, se manifiesta que la asociación debe responder por los delitos cometidos por sus trabajadores, siempre y cuando haya facilitado o no haya perseguido la actuación de los mismos¹²⁹.

Cuando se presenta uno de los tres eventos anteriores pueden aplicarse multas a las asociaciones (Verbandsgeldbuße)¹³⁰ que dependen del delito imputado¹³¹, así como también pueden llegar a utilizarse consecuencias accesorias (Rechtsnachfolge) que podrían afectar la misma personalidad jurídica de la asociación¹³².

En Colombia, por su parte, el equivalente a este sistema son las sanciones aplicadas a las personas jurídicas en el marco del derecho administrativo sancionador, el cual es tan amplio y diverso en nuestro país, que genera consecuencias que van desde la arbitrariedad absoluta para la imposición de multas sin las menores garantías, hasta su completa inaplicabilidad en algunos sectores.

Por lo anterior, es necesario establecer el marco mínimo de la aplicación del derecho administrativo sancionario en nuestro país, el cual en la actualidad depende solamente de la jurisprudencia, no siempre unificada, que en materia de garantías ha proferido la Corte Constitucional, de lo contrario la utilización de personas jurídicas para la comisión de delitos seguirá quedando impune.

¹²⁷ Artículo 3.1 de la VbVG.

¹²⁸ Artículo 3.2 de la VbVG.

¹²⁹ Art. 3.3 de la VbVG.

¹³⁰ Art. 4 de la VbVG.

¹³¹ Por ejemplo, si el delito imputado tiene pena de más de 20 años de prisión la multa es de 180 unidades de multa; si de 15 a 20, 155 unidades; si es de 10 a 15, 130 unidades; si es de 5 a 10, 100 unidades; si es de 3 a 5, 85 unidades y así sucesivamente.

¹³² Artículo 10 de la VbVG.

Desconocimiento de la personería jurídica en materia tributaria

Alfredo Enrique Calderón Gutiérrez*

1. La persona jurídica como sujeto de obligaciones tributarias

La persona jurídica, considerada como aquel sujeto ficticio capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, según Verrucoli¹ es definida como el atributo propio de un organismo social, capaz de tener una propia voluntad de acción y al cual el ordenamiento jurídico se limita simplemente a reconocer. Este no es un concepto extraño para el ordenamiento jurídico del sistema tributario en Colombia; por el contrario, el legislador lo ha reconocido dentro del universo de sujetos pasivos de obligaciones tributarias capaz de mantener la relación jurídica Estado-sujeto obligado².

Es así como se observa que en los cinco impuestos nacionales, por no mencionar la gran cantidad de tributos territoriales³, la persona jurídica es concebida desde su independencia, en principio, frente a los miembros que la conforman individualmente considerados.

* Contador Público. Especialista en Tributación. Magíster en Derecho – Programa en Tributación. Docente investigador de la Universidad Central, Departamento de Contaduría Pública, línea de profundización en Fiscalidad.

¹ VERRUCOLI, Piero. “Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali”, p. 4-5. Tomado de FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. 1999 Naturaleza tridimensional de la persona jurídica en revista “Derecho PUC” No. 52 abril-diciembre 1999. Perú, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

² El sujeto pasivo debe entenderse en su concepción más amplia, es decir, donde se incluyen tanto a los obligados directos del pago de deudas tributarias, denominados comúnmente contribuyentes, como a los que la ley les ha otorgado calidades específicas de sustitutos, responsables, agentes retenedores, entre otros. Un análisis interesante sobre estas distinciones, lo presenta MARIN ELIZALDE, Mauricio. “Los sujetos de la obligación tributaria”. En: *Curso de derecho fiscal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 431-456.

³ Recuérdese que el género “tributo” incluye los impuestos, tasas, contribuciones especiales, e inclusive, para algunos autores, las contribuciones parafiscales.

Hasta este punto, la normativa tributaria no se separa de los lineamientos del derecho civil y comercial cuando delimitan el reconocimiento de la personería jurídica para las sociedades. Así se evidencia al revisar el artículo 98 del Código de Comercio, que expresa:

Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados⁴.

Lo anterior sin olvidar aquellas personas jurídicas señaladas por el artículo 633 del Código Civil, así:

Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.

En todo caso, lo que interesa en materia tributaria es que cualquiera que sea la naturaleza de la persona jurídica, es sujeto de obligaciones con el fisco y tiene capacidad para actuar autónomamente en la relación jurídica que nace con el Estado.

No obstante, sobre el respeto por el principio formal de independencia jurídica y patrimonial entre la persona jurídica y sus miembros, el sistema tributario no ha sido ajeno al fenómeno mundial manifestado con el abuso de

⁴ Téngase en cuenta que con la expedición de la ley 222 de 1995, independientemente de su objeto social, todas las sociedades, comerciales y civiles, se encuentran sujetas a la legislación mercantil. Esto conlleva a deducir que el artículo 98 transcrito es aplicable a las dos.

la personalidad jurídica, que según Fernández Sessarego⁵ consiste en utilizar indebidamente los beneficios que otorga dicha personalidad en provecho de algún o algunos de sus miembros, en perjuicio de los demás miembros de ésta o de terceros. Inclusive, este tratadista hace alusión también al empleo de la persona jurídica para cometer fraude a la ley.

En lo que al tema tributario se refiere, el afectado directo con el abuso de la personería jurídica de las sociedades y demás entes que tengan este carácter, es el Estado como sujeto activo acreedor de la obligación tributaria sustancial, válgase decir el pago del tributo. Así mismo, indirectamente se afecta la comunidad en general, con la reducción de los recursos que el Estado requiere para su actividad financiera en procura de alcanzar sus fines, que en el caso colombiano corresponde a los fines de un Estado Social de Derecho⁶.

En este escenario, los estados se han visto en la necesidad de combatir estos abusos de la personería jurídica procurando extender responsabilidades a sus miembros personas naturales, lo cual es lógico si se acoge la premisa de Fernández Sessarego⁷, en el sentido de que no es posible imaginar a la persona jurídica sin la presencia actuante de una pluralidad de seres humanos con un conjunto de valores que le otorgan sentido a sus acciones.

Tal vez este es el propósito del artículo 44 de la ley 190 de 1995, conocida como el estatuto anticorrupción, según el cual las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas.

Ahora bien, resulta altamente cuestionable extender esta posibilidad prevista en la ley —para efectos tributarios— de levantar el velo corporativo de las personas jurídicas, en razón de que en esta materia no se encuentra definido cuando es necesario; es decir, está claro que en principio la persona jurídica se encuentra amparada bajo los postulados de identidad propia e independencia y, por tanto, el levantamiento del velo se enmarca en una circunstancia ex-

⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica". En: *Revista Derecho PUC*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 52 (abril-diciembre 1999).

⁶ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 1°.

⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit.

cepcional que debe ser claramente definida en la ley; además debe respetar los derechos sociales previstos en la Constitución Política.

En el caso colombiano, tal como se sustentará más adelante, por regla general no existe una ley especial que consagre para efectos tributarios el allanamiento de la persona jurídica, de tal suerte que, en principio, en esta materia no hay soporte legal para definir cuándo es necesario levantar el velo corporativo conforme con lo previsto en el artículo 44 de la ley 190 de 1995. Claro está que como regla excepcional, con la entrada en vigencia de la ley 1258 de 2008, se establece la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica de las denominadas “Sociedades por Acciones Simplificadas”, trámite que se encuentra bajo la competencia de la Superintendencia de Sociedades, para efectos de levantar el velo corporativo y exigir las obligaciones tributarias a cargo de la sociedad que han sido evadidas mediante actos defraudatorios plenamente demostrados.

Para efectos fiscales, Cahn-Speyer Wells⁸ sostiene que el concepto de desconocimiento de la personería jurídica se originó y desarrolló en Inglaterra como la apropiada respuesta en términos de equidad para aquellos casos en donde dicho reconocimiento permitía que se realizara un fraude legal, un acto contrario a la equidad o la evasión al cumplimiento de obligaciones legales y la aplicación de disposiciones jurídicas⁹.

Este autor hace un análisis interesante del gran desarrollo que este concepto ha tenido en aquellos sistemas de derecho común, dada la autonomía de la que gozan los jueces para impartir justicia; mientras que en las legislaciones de derecho civil, para la aplicación de dicho concepto se requiere, como regla general, una ley especial que previamente consagre, a título de regla exceptiva, el allanamiento de la personería jurídica¹⁰.

⁸ CAHN-SPEYER WELLS, Paul. “La defraudación fiscal y el fraude a la ley tributaria: luces y sombras”. En: *Vigesimoctavas jornadas colombianas de derecho tributario*. Cartagena: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2004, p. 132.

⁹ No obstante, Calderón Aguilar atribuyó sus orígenes al enfoque económico en la interpretación de las normas surgido en Alemania en el año 1919. CALDERÓN AGUILAR, Lourdes. 2003. “La interpretación de las normas tributarias en función a la realidad de los hechos económicos”. En: *Revista Quipukamayoc*, versión electrónica: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/quipukamayoc/2003/segundo/interpretacion.htm>. Consultada el 23 de abril de 2008.

¹⁰ CAHN-SPEYER WELLS, op. cit., p. 133.

Claro está que, como se ha señalado anteriormente, la doctrina ha coincidido en motivar el desconocimiento de la personería jurídica cuando se abuse de su forma legal, ya sea para cometer fraude a la ley o perjudicar a terceros, en los que se encuentra el Estado cuando de prestaciones tributarias se trata¹¹.

En materia tributaria es posible enmarcar la acción de abuso de la personería jurídica en dos contextos. El primero, perfilado a desviar el nacimiento de la obligación tributaria, o en su defecto a minimizar o diferir la cuantificación de las prestaciones surgidas. Y el segundo, en donde se procura burlar el pago o la extinción de las obligaciones causadas, escudándose en una posible incapacidad patrimonial de la persona jurídica y la limitación en la responsabilidad de sus miembros y/o socios, quienes, en principio, se amparan en el precepto formal de independencia.

2. Abuso de la personería jurídica en el nacimiento de la obligación tributaria

Tal como se mencionó anteriormente, un primer contexto en donde los estados han visto la necesidad de prevenir el abuso de la personería jurídica, se refiere a las maniobras tendientes a desviar el nacimiento de la obligación tributaria, o en su defecto, a minimizar o diferir la cuantificación de las prestaciones surgidas.

Bajo este esquema, y sin pretender entrar en una reflexión analítica sobre la diferenciación conceptual entre elusión, evasión y las libertades de escogencia en las decisiones mercantiles, lo cierto es que los sistemas tributarios, ya sea a través de la legislación o de la jurisprudencia¹², han tenido que implementar herramientas jurídicas que le permitan a las administraciones tributarias y a los jueces contrarrestar los denominados comportamientos elusivos que buscan

¹¹ Soler Roch enfatiza la importancia de lograr distinguir los términos: fraude a la ley, elusión, defraudación, simulación, economía de opción y planificación fiscal, en aras de adecuar los mecanismos jurídicos para afrontar los comportamientos inadecuados. SOLER ROCH, María Teresa. "El abuso del derecho en la Ley General Tributaria española: evolución y reforma". En: *Revista argentina de derecho tributario*. Buenos Aires: Universidad Austral, No. 9 (enero-marzo 2004).

¹² Estas fuentes dependen del sistema jurídico que rige en cada estado, tal como lo anotó CAHN-SPEYER WELLS, op. cit., al resaltar la importancia de la jurisprudencia bajo los esquemas del derecho común y la necesidad de la legislación en el derecho civil.

erosionar las estructuras tributarias con el aprovechamiento de figuras legales, entre otras, la identidad e independencia de las personas jurídicas.

En este caso, se tomará como referencia la síntesis de Adonnino¹³, quien acertadamente definió como elusivos aquellos comportamientos realizados intencionalmente con el único fin de no configurar el hecho típico que el legislador ha considerado como constitutivo de la obligación tributaria, pero que le permiten conseguir un resultado económico análogo, o suficientemente fungible, y esto con el principal objetivo de atenuar o anular la pretensión fiscal.

Es así como en el entorno mundial, y en especial en los países desarrollados exportadores de capitales, se han desplegado doctrinas antielusivas que procuran identificar la esencia o realidad económica de los hechos para hacerla prevalecer frente las formalidades jurídicas que se pretendan mostrar¹⁴.

En Colombia es demasiado poco, por no decir nulo, el desarrollo de herramientas legales, jurisprudenciales e inclusive doctrinales para procurar combatir la elusión fiscal en el contexto internacional, tal vez porque se ha partido de la premisa de que el país ha sido por naturaleza un importador de capitales, y que para las personas naturales y jurídicas residentes o domiciliadas aplica el criterio de renta mundial, independientemente de la figura que manejen, aunado a la precaria participación internacional en lo que a convenios para evitar o mitigar la doble imposición fiscal se refiere.

Al revisar la legislación tributaria vigente, se evidencia que Colombia es de los pocos países que carece de una cláusula antielusiva general que provea a la administración tributaria y a los jueces un margen de lucha contra las figuras jurídicas que atenten contra la realidad o sustrato económico de las operaciones

¹³ ADONNINO, Pietro. “La planificación fiscal internacional”. En: *Curso de derecho tributario internacional*. Bogotá: Temis, 2003, p. 67.

¹⁴ CAHN-SPEYER WELLS, op. cit., describe de forma atinada las principales doctrinas desarrolladas por los países exportadores de capital de las que destaca la doctrina de Ramsay -*Ramsay doctrine*, la de las transacciones escalonadas —*step transactions doctrine*—, la de los actos gerenciales anormales —*acte anormal de gestión*—, la de transacciones no naturales —*concept of unnatural transactions*—, la del propósito del negocio —*business purpose doctrine*—, la de la sustancia sobre la forma —*substance over form doctrine*— y la de la sustancia económica —*economic substance or economic sham doctrine*—.

gravadas, máxime cuando en el país el apego a la letra de la ley es un factor determinante y estricto¹⁵.

Cahn-Speyer Wells¹⁶ identificó que muy pocos países carecen de una cláusula general antielusión, señalando entre ellos a Japón, Colombia, México y otros países latinoamericanos más subdesarrollados.

Como modelo de una cláusula general antielusión, puede reseñarse la disposición contenida en el Texto Único Ordenado del Código Tributario peruano (decreto legislativo 816 de 1996), que en su norma VIII, modificada por el artículo 1° de la ley 26663 de 1996, formula:

Al aplicar las normas tributarias podrán usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el derecho.

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria —Sunat—, tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios.

En vía de interpretación no podrá crearse tributos, establecerse sanciones, concederse exoneraciones, ni extenderse las disposiciones tributarias a personas o supuestos distintos de los señalados en la ley (Legis, Perú 2008).
(Subrayado no corresponde al texto original)

En este mismo sentido, el Código Orgánico Tributario de Venezuela es aún más explícito en lo que al desconocimiento de la personería jurídica se refiere, cuando en su artículo 16 expresa:

Cuando la norma relativa al hecho imponible se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse o apartarse expresamente

¹⁵ El texto inicial del proyecto de ley 039-06 (Cámara) – 043-06 (Senado), radicado por el Gobierno Nacional ante el Congreso con fecha 28 de julio de 2006, proponía una definición legal del término “fraude a la ley” en materia tributaria; sin embargo, esta iniciativa no prosperó en su trámite legislativo y finalmente la ley 1111 del 2006, resultante del proyecto mencionado, no contiene disposición alguna referente al fraude fiscal.

¹⁶ CAHN-SPEYER WELLS, op. cit., p. 118.

de ellas, el intérprete puede asignarle el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo.

Al calificar los actos o situaciones que configuren los hechos imponibles, la Administración Tributaria, conforme al procedimiento de fiscalización y determinación previsto en este código, podrá desconocer la constitución de sociedades, la celebración de contratos y, en general, la adopción de formas y procedimientos jurídicos, cuando estos sean manifiestamente inapropiados a la realidad económica perseguida por los contribuyentes y ello se traduzca en una disminución de la cuantía de las obligaciones tributarias (Legis, Venezuela 2008). (Subrayado no corresponde al texto original)

Se observa de esta manera cómo la legislación peruana y la venezolana contienen en su ordenamiento jurídico herramientas antielusivas generales que le otorgan a las respectivas administraciones tributarias un soporte legal para investigar la esencia de los hechos económicos y contrarresta los posibles abusos de las formas jurídicas por parte de los sujetos obligados. Ahora, si bien es cierto que la norma venezolana es más categórica al prever el desconocimiento de la constitución de una sociedad, en el párrafo único del mismo artículo 16 aclara que esta decisión de la administración solamente tendrá implicaciones tributarias y en nada afecta las relaciones jurídicas privadas de los terceros intervinientes.

En vez de una cláusula general antielusión, la legislación tributaria colombiana se encuentra cargada de una serie de ficciones y presunciones que buscan evitar, o por lo menos contrarrestar, algunas prácticas que de manera particular y específica se han considerado foco de elusión fiscal.

El desconocimiento de la personería jurídica, o el más comúnmente denominado levantamiento del velo corporativo —*disregard of legal entity*—, es una de las tantas formas de contrarrestar la elusión fiscal, motivada en ocasiones por el abuso que se hace de la persona jurídica y su principio de identidad.

Tal vez la referencia más directa que la legislación tributaria en Colombia hace frente a una medida antielusión, utilizando el levantamiento del velo corporativo o desconociendo la personería jurídica de una entidad, se encuentra consagrada en el artículo 690-1 del estatuto tributario, que expresa:

En el caso de acciones que se enajenan a través de bolsa de valores, cuando la administración tributaria pruebe que la constitución de la sociedad, la transferencia de bienes a la misma o la venta de sus acciones, constituyeron un mecanismo jurídico para disminuir los impuestos que se hubieren generado de realizarse la operación económica real, determinará la renta o ganancia ocasional generada por dicha operación como la diferencia entre el precio de venta de las acciones y su precio de adquisición.

Se observa entonces que la disposición legal trascrita procura entregarle herramientas a la administración tributaria para que investigue y compruebe la esencia o realidad económica de una operación empresarial, que en su formalidad se ha querido ocultar escudándose en una persona jurídica que actúa a través de la bolsa de valores. Ahora bien, ¿Qué interés existe en encubrir una enajenación de bienes con la venta de acciones de una sociedad a través de la bolsa de valores? ¿Por qué el legislador se preocupó por reglar expresamente esta posible transacción económica?

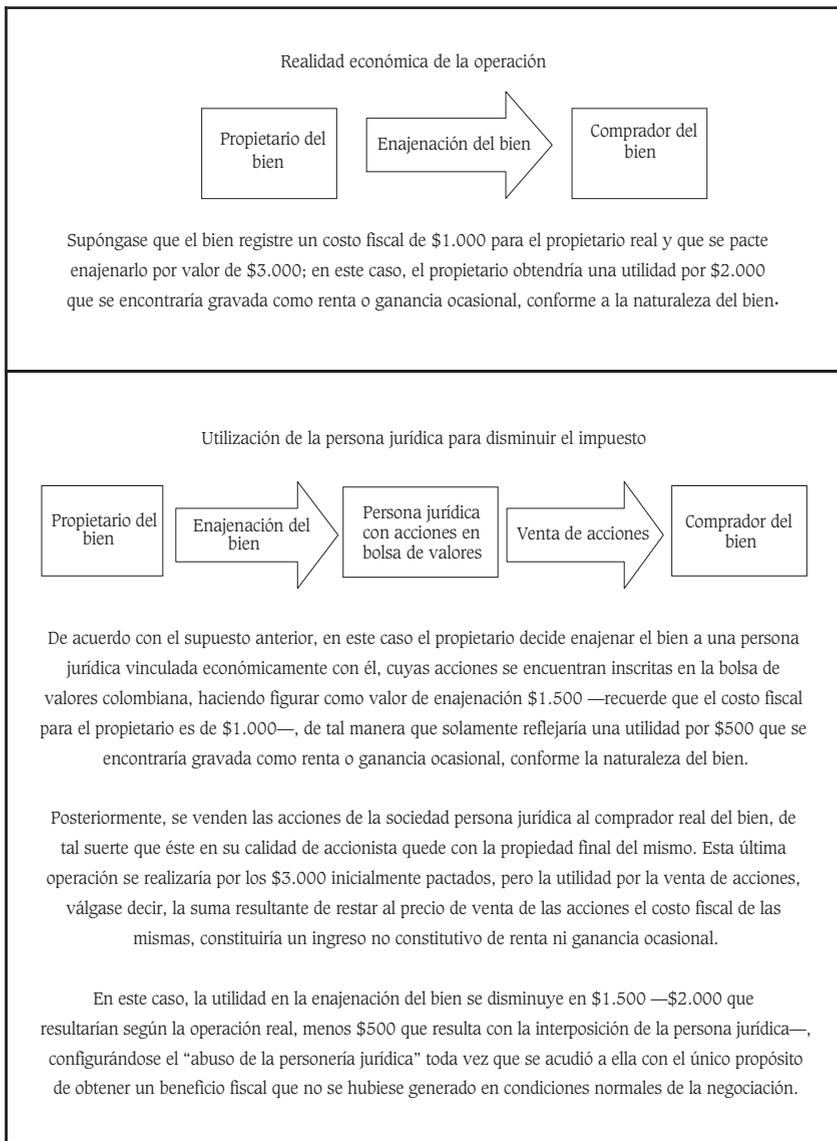
Esta es solo una muestra de las tantas posibilidades de abuso de la personalidad jurídica que se puede presentar en materia tributaria, consistente en ocultar la enajenación de un bien, cuya utilidad se encuentra gravada como renta o ganancia ocasional, haciéndola pasar como la venta de acciones de una sociedad inscrita en la bolsa de valores, con el único objetivo de aprovechar una disposición legal según la cual no constituye renta ni ganancia ocasional las utilidades provenientes de la enajenación de acciones inscritas en una bolsa de valores colombiana, cumpliendo lógicamente con los demás requerimientos previstos en la ley¹⁷.

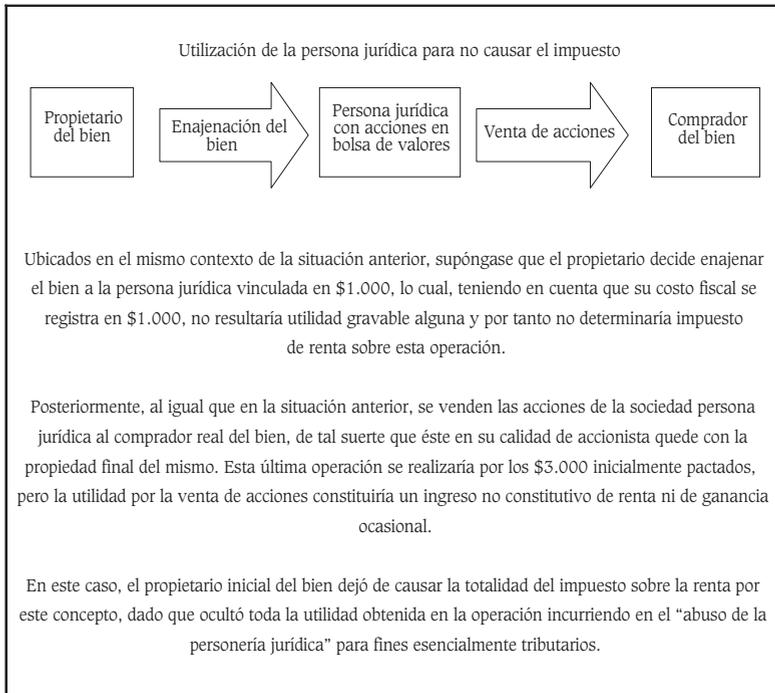
En el caso señalado, queda claro que si la administración tributaria logra demostrar que la única intención de los contribuyentes es disminuir o anular el impuesto que les tocaría causar por la enajenación del bien, ésta, la administración tributaria, cuenta con las herramientas legales para desconocer el beneficio tributario otorgado en razón de la persona jurídica cuyas acciones se

¹⁷ Esta disposición se encuentra contenida en el inciso segundo del artículo 36-1 del estatuto tributario, modificado por el artículo 9° de la ley 633 del 2000. De igual manera, su reglamentación puede consultarse en el artículo 8° del decreto reglamentario 836 de 1991.

encuentran inscritas en la bolsa de valores colombiana, para proceder a determinar la renta o ganancia ocasional generada por la operación real, sin acceder al beneficio de los ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional.

Para ilustrar la situación prevista en la ley, que motivaría la actuación de la administración tributaria en búsqueda de la esencia o realidad económica de la operación, cabe destacar el siguiente ejemplo:





En el ejemplo descrito, le corresponde a la administración tributaria —Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, en Colombia— probar que la transferencia de bienes a la sociedad y la posterior venta de acciones de la misma, constituyeron un mecanismo jurídico cuyo único propósito era disminuir o dejar de causar los impuestos que se hubieren generado de realizarse la operación económica real. En este caso el artículo 690-1 del Estatuto Tributario faculta a la administración tributaria para determinar la renta o ganancia ocasional que se hubiere generado en la operación y desconoce el actuar de la persona jurídica para efectos de otorgar el tratamiento que corresponde a la utilidad en la venta de acciones.

No cabe duda que la situación descrita se enmarca dentro de los comportamientos señalados por Adonnino¹⁸ como elusivos, toda vez que el contribuyente propietario inicial del bien actuó artificioosamente para reunir las

¹⁸ ADONNINO, op. cit., p. 66.

condiciones previstas en las normas, sin otro objetivo que el de disminuir el costo fiscal de la operación.

Ahora bien, se observa que las facultades otorgadas a la administración tributaria no consisten en negar la existencia de la persona jurídica, sino simplemente en desconocer los efectos de sus actuaciones en un caso específico en el que se demuestra la falta de adecuación con la realidad.

El problema en el caso colombiano es que no existe una cláusula general antielusión, y la norma descrita anteriormente obedece sólo a una de las tantas formas de simular operaciones o abusar de la personería jurídica de los entes, de tal suerte que el actuar de la administración tributaria y de los jueces se encuentra limitado a las pocas medidas antielusivas de carácter particular y específicas contenidas en la legislación actual.

Cahn-Speyer Wells¹⁹, al revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, destaca la sentencia C-15 de 1993, señalada por Eduardo Cifuentes Muñoz:

En este orden de ideas, se impone privilegiar la sustancia sobre la forma. La legislación tributaria no puede interpretarse literalmente. Los hechos fiscalmente relevantes deben examinarse de acuerdo con su esencia económica; si su resultado material, así comprenda varios actos conexos, independientemente de su forma jurídica, es equivalente en su resultado económico a las circunstancias y presupuestos que según la ley generan la obligación tributaria, las personas a las cuales se imputan no pueden evadir o eludir el pago de los impuestos²⁰.

Siendo así, podría afirmarse que según este criterio de la Corte Constitucional es posible que la administración tributaria procure desconocer la personería jurídica de un ente, siempre y cuando compruebe que la esencia económica de la transacción fue desnaturalizada y los resultados materiales

¹⁹ CAHN-SPEYER WELLS, op. cit., p. 144.

²⁰ CALDERÓN AGUILAR, op. cit. Aporta una revisión muy interesante sobre la jurisprudencia que ha tratado el tema en Argentina, Perú y Uruguay, y le da especial atención al enfoque económico en la interpretación de las normas.

son los mismos que si no se hubiesen utilizado los actos conexos en abuso de las formas jurídicas.

No obstante, Cahn-Speyer Wells²¹ reconoce que la sentencia C-15 de 1993 fue el único precedente constitucional que encontró, en donde de manera inequívoca se propugna aplicar el principio de sustancia sobre forma en materia del derecho tributario colombiano. El autor concluye que sería muy discutible que se aplicase este principio en Colombia, pues el Código Civil no lo contempla y sólo obedece a un desarrollo jurisprudencial. Adicionalmente, este tratadista sostiene que el principio “sustancia sobre forma” debe ser ponderado con los demás principios constitucionales, entre otros, el de reserva de ley y seguridad jurídica.

Bajo esta perspectiva, conviene tener en cuenta lo que anota Adonnino²², en el sentido en que en los países del *Civil Law* la norma precisa los límites de legalidad y a ésta se encuentran vinculadas la administración y el juez para la valoración de la licitud del hecho típico. Así, puede interpretarse que en Colombia la línea que distingue la planificación tributaria lícita de los comportamientos elusivos se encuentra demarcada por la propia legislación y por tanto muy difícilmente la administración podría alejarse de ella intentando hacer prevalecer consignas no previstas de manera expresa.

Hasta el momento este escrito ha abogado por dotar de herramientas a la administración tributaria para que ésta, en ejercicio de sus funciones, pueda investigar la realidad o esencia económica de las transacciones; sin embargo es necesario ser conscientes de que esto trae consigo un gran reto para la administración, puesto que grandes poderes o facultades implican también grandes responsabilidades. En este sentido, no cabe duda alguna que la implementación de una cláusula antielusión general exige una infraestructura sólida y técnicamente muy bien preparada, capaz de respetar los derechos individuales y sociales de los contribuyentes y, ante todo, preservar los postulados constitucionales de eficiencia, equidad y justicia material.

²¹ CAHN-SPEYER WELLS, op. cit., p. 147.

²² ADONNINO, op. cit., p. 69.

Por lo pronto, mientras el legislador colombiano no establezca una cláusula general antielusión, la administración tributaria debe continuar aplicando las pocas normas de carácter particular y específico con que cuenta el ordenamiento jurídico actual, en donde se destacan disposiciones que, si bien no buscan desconocer en estricto sentido la personería jurídica, pueden tener efectos similares en ciertos actos económicos. Sin pretender analizar de fondo cada una de estas disposiciones, no está de más destacar las siguientes:

Intereses presuntos por préstamos entre sociedades y socios

Esta disposición, contenida en el artículo 35 del Estatuto Tributario, presume de derecho que todo préstamo en dinero, cualquiera sea su naturaleza o denominación, que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas, o estos a la sociedad, genera un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión, equivalente a la tasa para DTF vigente hasta el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable.

Si bien es cierto que esta disposición no hace referencia directa al desconocimiento de la personería jurídica de la sociedad, es claro que lo que se busca es asignarle efectos a una operación realizada entre ésta y sus socios, para evitar que entre ellos se transfieran recursos que, amparados en los principios de independencia jurídica, logren disfrazar situaciones económicas, como por ejemplo, entregarle las utilidades a los socios sin decretar los dividendos o participaciones²³, fraccionar los patrimonios de uno u otro²⁴, efectuar operaciones de capitalización delgada o *thin capitalization*²⁵, entre otros.

²³ Es posible que si se decretan dividendos o participaciones estos tengan una parte gravada, lo cual causaría un ingreso para los socios sujeto a retención en la fuente, de acuerdo con las disposiciones legales.

²⁴ Podría pensarse en la transferencia de recursos entre una u otra parte, con el objeto de fraccionar el patrimonio líquido de alguna de ellas, eludiendo obligaciones de diversas índoles: tributarias, comerciales, laborales, etc.

²⁵ Esta operación consiste en asignarle un capital mínimo o significativamente bajo a la sociedad, de tal forma que opere con recursos prestados por los socios, con fines de evitar causar o por lo menos disminuir impuestos que recaigan sobre el patrimonio. En todo caso es más fácil

Operaciones entre vinculados económicos

Entre las operaciones más controladas en la legislación tributaria actual, sin lugar a dudas se encuentran las realizadas entre vinculados económicos, debido a los riesgos de manipulación de recursos que se pueden dar entre uno y otro sujeto, y las posibilidades de simulación de actos económicos o de transacciones mercantiles.

Es por ello que la gran mayoría de legislaciones actuales han acogido las reglas de precios de transferencia como una herramienta útil, en aras de controlar o por lo menos mitigar las posibilidades de manipulación económica y fiscal entre vinculados nacionales y del exterior. En el caso colombiano, las disposiciones sobre precios de transferencias se encuentran contenidas en el artículo 260-1 y siguientes del Estatuto Tributario.

De otra parte, las operaciones entre vinculados económicos también son controladas para evitar el abuso de ciertos beneficios tributarios otorgados por la ley, tal como sucede, por solo mencionar un caso, con la deducción especial prevista en Colombia cuando se adquieren activos fijos reales productivos²⁶. En el ejemplo mencionado, el legislador rechazó la posibilidad de acceder a la deducción especial, si la transacción se realizaba entre empresas filiales o vinculadas accionariamente, o con la misma composición mayoritaria de acciones²⁷.

En este sentido, es clara la intención del legislador en procura de desconocer en ciertos casos la independencia de identidad jurídica que existe en cada uno de los vinculados económicos.

y rápido recuperar los recursos invertidos a través de los préstamos que aquellos capitalizados a la sociedad, toda vez que en el último caso habría que esperar la distribución formal de utilidades o pensar en disminuir el capital social con todas las implicaciones y trámites comerciales que ello conlleva.

²⁶ Este beneficio se encuentra previsto en el artículo 158-3 del Estatuto Tributario.

²⁷ Al respecto, mediante concepto 36202 del 16 de mayo del 2007, la DIAN sentó su posición en el sentido de que la limitación de esta deducción especial debe entenderse teniendo en cuenta los casos de vinculación señalados en el Código de Comercio, así como lo previsto en el artículo 28 de la ley 222 de 1995 en cuanto a los grupos empresariales.

Pasivos con tratamiento de patrimonio

Por último, se puede revisar la disposición contenida en el artículo 287 del Estatuto Tributario, según la cual las deudas que por cualquier concepto tengan las agencias, sucursales, filiales o compañías que funcionen en el país con sus casas matrices extranjeras o agencias, sucursales o filiales de las mismas con domicilio en el exterior, se consideran para efectos tributarios como patrimonio propio del ente con negocios en Colombia.

Con esta disposición, lo que se busca es evitar la famosa capitalización delgada o *thin capitalization* consistente en asignarle un capital mínimo o significativamente bajo a la entidad que tenga los negocios en Colombia, de tal forma que opere con recursos prestados por la casa matriz o alguna de sus vinculadas, con la finalidad, entre otras, de evitar causar o disminuir impuestos que recaigan sobre el patrimonio.

Hasta aquí se puede concluir que aunque la legislación colombiana procura contrarrestar algunos focos de elusión específicos, es muy débil teniendo en cuenta la gran cantidad de maniobras que se pueden usar para aprovechar de manera indebida las ventajas de la persona jurídica, máxime cuando el país ha iniciado una etapa de internacionalización que incluye la negociación de tratados de libre comercio y de convenios para evitar la doble imposición internacional.

Sólo a partir del año 2005, Colombia suscribió negociaciones sobre convenios para evitar la doble imposición internacional —España (2005), Chile (2006), Suiza (2007), Canadá (2008)—. Según comunicados oficiales la meta es tener listos 20 acuerdos de esta naturaleza hacia el año 2010²⁸.

Si bien este proceso de internacionalización es novedoso para Colombia, en el ámbito mundial estos temas se han desarrollado significativamente desde

²⁸ Véase el comunicado de prensa del 14 de abril de 2008 emitido por el Gobierno Nacional, en donde se informa que entre los demás países y regiones con los que se negociarían acuerdos para evitar la doble tributación se destacan Venezuela, México, Reino Unido, Estados Unidos, Países Bajos, Francia, Japón, Italia, Alemania, China, Bélgica, Suecia, Dinamarca y Austria.

la óptica de los Estados que procuran defender los intereses de sus respectivos fiscos, así como del lado de los contribuyentes que buscan planificar sus operaciones aprovechando todas las ventajas fiscales que les ofrezca el mercado y las legislaciones internas de cada jurisdicción.

Es así como se observa que desde el año 1963 la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo —OCDE— ha reconocido y trabajado sobre el tema de los posibles usos indebidos que se les pueden dar a los convenios para evitar la doble imposición internacional; han utilizado, entre otros casos, las denominadas sociedades instrumentales o *conduit companies* con el único propósito de beneficiarse de un convenio al cual no se accedería en condiciones normales²⁹.

Ahora bien, la inexperiencia del estado colombiano en cuanto la aplicación de los convenios bilaterales de carácter general para evitar la doble imposición internacional³⁰, no puede ser un obstáculo para el proceso de globalización o internacionalización; por el contrario, implica un gran reto para todos los actores que intervienen en el proceso —legislador, ejecutivo, administración tributaria, contribuyentes—, así como también para la evolución del ordenamiento jurídico actual³¹.

3. Abuso de la personería jurídica en cuanto al pago o extinción de las obligaciones tributarias causadas

Así como se evidenció que la identidad e independencia de las personas jurídicas puede ser utilizada indebidamente para desviar el nacimiento de la

²⁹ ADONNINO, op. cit. Describe los cinco tipos de aproximaciones que la OCDE sugiere para descubrir o contrarrestar los eventuales comportamientos antielusivos cuando se pretende utilizar las mencionadas sociedades instrumentales o *conduit companies*.

³⁰ Debe recordarse que lo aplicado hasta ahora en Colombia son convenios bilaterales específicos sobre alguna actividad económica en particular —por lo general de transporte aéreo, marítimo o terrestre internacional—, y en el marco del derecho comunitario, las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones CAN para evitar la doble tributación —actualmente se encuentra vigente la decisión 578 del 2004—.

³¹ Según ADONNINO, op. cit., la utilización de normas antielusivas se encuentra estrictamente vinculada a las convicciones socio-políticas del momento y a las condiciones económicas en las cuales se desenvuelve el análisis.

obligación tributaria, o en su defecto, minimizar o diferir su cuantificación, es posible que también se utilice para que, una vez surgida o causada la obligación, se pretenda esquivar el pago o extinción de las obligaciones pecuniarias causadas, sea a título de tributos, intereses y/o sanciones.

Para revisar esta situación es pertinente remitirse al título VII del libro V del Estatuto Tributario en donde, en principio, se establece qué son contribuyentes o responsables directos del pago del tributo los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación tributaria sustancial³², es decir, la persona natural o jurídica, o cualquier otro ente asimilado a éstas.

No obstante esta previsión inicial, ha sido necesario garantizar el pago o extinción de las obligaciones pecuniarias surgidas de los tributos estableciendo responsabilidades solidarias que contrarresten el abuso de la personería jurídica, en pro de evitar la satisfacción de las obligaciones, amparándose en la insuficiencia patrimonial de la sociedad o persona jurídica que, en principio, es independiente a sus miembros.

En este sentido, el artículo 793 del estatuto tributario procura levantar el velo corporativo de algunas personas jurídicas, en aras de garantizar que si no cumplen con el pago de los tributos causados, sus miembros deben responder de manera solidaria.

Esta disposición establece que deben responder solidariamente por el pago de los impuestos, actualizaciones e intereses causados a cargo de las personas jurídicas, sus miembros, socios, copartícipes, asociados y cooperados, a prorrata de sus aportes y del tiempo durante el cual los hubiesen poseído en el respectivo período gravable³³.

³² Recuerde que la obligación tributaria sustancial es la prestación pecuniaria surgida del tributo, de la cual se desprenden una serie de obligaciones formales para su cumplimiento. El texto original de esta disposición se encuentra contenido en el artículo 792 del Estatuto Tributario.

³³ El texto de la disposición se encuentra contenido en el literal b) del artículo 793 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 51 de la ley 633 del 2000, y se reitera en el artículo 794, el cual señaló que esta solidaridad no es aplicable a los miembros de los fondos de empleados, fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los suscriptores de los fondos de inversión y de los fondos mutuos de inversión, así como tampoco a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas.

Sobre esta solidaridad en el pago de tributos, y específicamente respecto de los artículos 793 y 794 del Estatuto Tributario, el magistrado Abella Zárate aportó una excelente revisión de los antecedentes legales, en los apartes que expresan:

En materia de responsabilidad del contribuyente por los impuestos a su cargo ha sido regla general de nuestra legislación la de establecer la responsabilidad directa por su pago.

La ley fiscal (D. 2053/74, art. 5º) señaló como sujeto pasivo del gravamen a las sociedades de responsabilidad limitada, sin perjuicio de las que le corresponde pagar a sus socios por sus aportes y participaciones.

En principio es la sociedad la única deudora de los impuestos liquidados a su cargo y tratándose de compañías formadas regularmente, con todos los requisitos legales, responde con la totalidad de su patrimonio. En las sociedades de responsabilidad limitada los socios no respondieron en el pasado por las deudas de la sociedad puesto que la de ellos está limitada al monto de sus aportes, los cuales quedan involucrados en el patrimonio social (...) Con posterioridad, la ley 52 de 1977 avanzó en la materia y distinguió los responsables directos de los indirectos y renovó las normas sobre responsabilidad solidaria, estableciendo en el literal b) del artículo 3º la de “los socios de sociedades disueltas hasta concurrencia del valor recibido en la liquidación social.

Se observa, como lo anotó el *a quo*, que en esta época de nuestra legislación al ser la regla la de la responsabilidad individual por la obligación tributaria, la excepción que consagró se refirió no a las sociedades vigentes o en actividad, sino a las disueltas, con el objeto de evitar que por este medio de extinción de la sociedad el Estado fuera burlado, pero limitándola en cabeza del socio hasta el valor recibido en la liquidación del haber social.

Esta era y sigue siendo el sistema legal con relación a los socios y sociedades de responsabilidad limitada regularmente formadas con relación a las obligaciones de ejercicios anteriores a 1987, pues a partir de este el legislador a la par que desmontó la llamada “doble tributación” (de sociedad y socio) estableció en cambio la responsabilidad solidaria de los socios a prorrata de

su interés social y durante el tiempo en que lo fueron, pero se repite, este sistema rige respecto a las liquidaciones de 1987 y siguientes (Ley 75 de 1986, artículo 26). Este es el origen y significado de los artículos 793 y 794 del Estatuto Tributario⁵⁴.

De los antecedentes señalados, se puede deducir que la responsabilidad solidaria surgió de la necesidad misma de asegurar el pago de los tributos causados a cargo de las personas jurídicas, que de una u otra manera podían evadir tal obligación amparándose en la independencia de patrimonios entre ésta y sus miembros.

Por otra parte, la constitucionalidad del artículo 794 del Estatuto Tributario fue examinada en su momento por la Corte Constitucional, en atención a ciertos cargos imputados por un ciudadano que alegó la violación del artículo 14 de la norma superior en cuanto la personalidad jurídica de las sociedades, defendiendo el argumento de que la responsabilidad no debe ir más allá de la simple participación accionaria de cada socio en el ente social, conforme lo prevé el Código de Comercio⁵⁵.

Como se puede observar, el argumento principal del demandante consistió en defender la independencia de la personería jurídica de la sociedad, pretendiendo limitar la responsabilidad de sus miembros al simple aporte social. No obstante, la Corte no accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual sustentó:

En este orden de ideas, la Corte no puede perder de vista la intención del legislador al introducir en el ordenamiento tributario el artículo cuestionado, que es una norma sustancial que consagró la responsabilidad solidaria con miras a asegurar la efectividad del sistema tributario sustancial, vale decir, el pago efectivo de los impuestos que se determinen a cargo de las sociedades y otros entes asimilados a tales, con el propósito de contrarrestar la evasión fiscal o tributaria, que al parecer se ha venido presentando desde el

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 21 de junio de 1991, MP Jaime Abella Zárate.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-210 del 1º de marzo de 2000, MP Fabio Morón Díaz.

año 1987³⁶, cuando algunos ciudadanos constituían sociedades para evadir impuestos, amparados en el velo de la personalidad jurídica de la sociedad y en la falta de eficacia de la administración tributaria, para lograr el efectivo cobro de los impuestos, tasas y contribuciones. En consecuencia, la circunstancia de que el propio legislador, dentro de su soberanía fiscal, califique el régimen jurídico como de 'responsabilidad solidaria', indica que el socio debe responder al lado de la sociedad y no en el lugar de ésta, como sucede en el evento de las obligaciones *in sólido* propias del régimen civil, relativas a ese tipo de obligaciones que, por analogía, se aplican al régimen tributario.

Queda claro, entonces, que si bien la Corte reconoció el principio de identidad e independencia de la persona jurídica, también lo identificó como un foco de evasión en el cumplimiento de las obligaciones tributarias a cargo de las sociedades, de tal suerte que avaló el mecanismo legal que faculta a la administración para extender el cobro a los miembros que la conforman como responsables solidarios en el pago del tributo³⁷.

Una situación similar a la descrita puede predicarse también del literal d) del mismo artículo 793 del Estatuto Tributario, caso en el cual se dispone que responderán solidariamente por el pago del tributo las sociedades subordinadas, solidariamente entre sí y con su matriz domiciliada en el exterior que no tenga sucursal en el país. Esta vez lo que procura el legislador es evitar las posibles maniobras de los grupos económicos que, escudándose en la identidad propia de sus sociedades integrantes, pretendan desviar recursos o patrimonios para dejar insolvente a una deudora ante el fisco y, de esta manera, burlar las acciones de la administración a la hora de cobrar las obligaciones causadas a su favor.

³⁶ Debería entenderse antes del año 1987, fecha en la cual se introdujo la disposición demandada.

³⁷ En esta sentencia la Corte Constitucional también avaló el tratamiento diferencial que se da entre las sociedades de responsabilidad limitada, y las sociedades por acciones y sus asimiladas en el sentido de que a estas últimas no les aplica la solidaridad en el pago de tributos. Se considera que la solidaridad debe predicarse de aquellas sociedades en donde el factor personal sea un elemento relevante, como quiera que es posible identificar una relación de gestión.

De esta manera se observa que la legislación colombiana prevé la posibilidad de levantar el velo corporativo desconociendo la personería jurídica propia e independiente de cada integrante del grupo económico. Esto se hace para efectos de extender el cobro de las obligaciones causadas hacia los demás integrantes del grupo, inclusive los domiciliados en el exterior.

Así, hasta el año 2008 era claro que a diferencia de lo que se evidencia de las normas antielusión —Colombia muestra grandes debilidades para contrarrestar el abuso de las formas jurídicas— en el caso del cobro la situación era diferente porque, en primer lugar, porque las obligaciones se encontraban causadas y por ende existía un título ejecutivo. Adicionalmente, el legislador había otorgado de manera expresa facultades a la administración para correr el velo corporativo y extender las acciones de cobro más allá de los límites formales de la persona jurídica.

No obstante, con la entrada en vigencia de la ley 1258 del 5 de diciembre de 2008, se crea la posibilidad de constituir las denominadas “Sociedades por Acciones Simplificadas”, por medio de las cuales los accionistas no son responsables por las obligaciones tributarias, ni de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad, a menos de que se desestime la personalidad jurídica, trámite que se establece bajo la competencia de la Superintendencia de Sociedades.

Ley 1258 de 2008

Artículo 1°. Constitución. La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

Artículo 42. Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La acción indemnizatoria a la que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

Como se puede observar, bajo esta nueva modalidad de sociedad se abren las posibilidades para que ciertos contribuyentes piensen en abusar de las formas jurídicas y, específicamente, se amparen en el velo corporativo para burlar las acciones de cobro que adelante la DIAN y demás administraciones tributarias territoriales para satisfacer las obligaciones tributarias a su cargo.

La responsabilidad solidaria de los socios según el derecho laboral colombiano

Iván Daniel Jaramillo Jassir*

1. Introducción¹

Desde la expedición del Código Sustantivo del Trabajo las normas laborales buscaron establecer mecanismos legales que permitieran a los trabajadores perseguir el pago de las acreencias laborales a las que tuvieran derecho.

En ese contexto, uno de los mecanismos más importantes para garantizar que los trabajadores puedan asegurar la efectividad de sus derechos es la solidaridad prevista en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, que contempla los eventos en que es posible perseguir a los socios de las sociedades comerciales con su propio patrimonio.

El mencionado artículo establece:

Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los conductores o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

Los alcances de este artículo han sido objeto de estudio por parte de la doctrina laboral y de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para decantar el correcto entendimiento que debe darse a la disposición trascrita.

* Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Candidato al título de Master in Diritto del Lavoro – Università di Bologna (Italia). Es especialista en Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Javeriana. Posgrado en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca (España). Ex becario del Curso para Expertos Latinoamericanos en Problemas del Trabajo y Relaciones Laborales de la OIT de las universidades de Bologna y Castilla La Mancha.

¹ Artículo parte de la línea de investigación en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad del Rosario.

2. Precisión histórica necesaria

La clasificación a que hace alusión el Código Sustantivo del Trabajo entre sociedades de personas y de capital corresponde a la estructura del ordenamiento comercial original, de acuerdo con el cual las sociedades colectivas y en comandita simple se reputaban sociedades de personas, en tanto que la sociedad de responsabilidad limitada era considerada de naturaleza mixta, pues a pesar de tomar en consideración el elemento personal para su constitución, la responsabilidad estaba limitada al monto de los aportes. Sin embargo, eran consideradas como de personas, porque el régimen supletorio del Código de Comercio remitía a las disposiciones de la sociedad colectiva. De otra parte, las sociedades anónimas y en comandita por acciones eran consideradas como sociedades por acciones².

3. Reforma del Código de Comercio de 1971

Con la expedición del decreto 410 de 1971 se modificó la clasificación de las sociedades y en adelante “se toma en consideración las alícuotas en que se divide el capital social; de ahí que la codificación comercial hace a lo largo de su articulado referencia a tres formas específicas a saber: sociedades por partes de interés, por cuotas, y por acciones”³.

De la misma manera, respecto de las sociedades de responsabilidad limitada el artículo 372 del Código de Comercio dispuso que el régimen supletorio estuviera referido a las disposiciones de la sociedad anónima⁴.

La modificación descrita suscitó debates en torno a la regulación de la solidaridad en materia laboral tratándose de las sociedades de responsabilidad

² “A diferencia de los proyectos de legislación que le precedieron —proyecto de Código de Comercio del Ministerio de Justicia de 1958—, el Código de Comercio vigente no se refiere en parte alguna a las sociedades de personas ni a las de capitales. Sin embargo es indudable que esta distinción subyace a la regulación de los tipos societarios contenida en del libro segundo del Código de Comercio. Por tanto, las consecuencias de esta distinción se hacen sentir en la configuración normativa de las sociedades.” REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2006, p. 24.

³ Superintendencia de Sociedades, concepto 220-14196, 23 de Marzo de 2005.

⁴ El artículo 372 del Código de Comercio establece: “En lo no previsto en este título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”.

limitada, ya que la remisión a las normas de la sociedad anónima sirvió de base para que un sector de la doctrina sostuviese que dichas sociedades debían ser consideradas para efectos laborales como sociedades de capital de manera que no existía la referida solidaridad laboral para este tipo societario.

Sin embargo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aclaró el punto en el sentido de aplicar el principio *indubio pro operario* y preferencia de las normas laborales en conflictos de leyes. A propósito sostuvo la Corte:

Partiendo del supuesto de que el código de la materia no ha sufrido ninguna modificación en lo atinente a la solidaridad en él prevista, y tomando en consideración que el establecimiento de esta figura tuvo como finalidad la de garantizar los derechos del trabajador y facilitarle su cobro judicial, resulta forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al Código Sustantivo del Trabajo se contempló la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las “sociedades de personas” y sus miembros comprendiéndose en su momento también a las sociedades de responsabilidad limitada, la sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio ya no sea el de las sociedades colectivas sino el de las anónimas, no significa que se haya eliminado la protección que la ley laboral otorgó al trabajador. Las modificaciones de la ley mercantil, que consultan las conveniencias y necesidades de los comerciantes, no siempre se ajustan a las conveniencias y necesidades de los trabajadores, o no necesariamente tienen porqué hacerlo, puesto que al expedirse las normas en uno y otro caso el legislador persigue diferentes finalidades.

Adicionalmente debe considerarse que por principio general del derecho laboral y por mandato del artículo 53 de la Constitución Política, resulta obligatorio adoptar el criterio más favorable para el trabajador en caso de duda sobre la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho. Así que al aceptar que en este caso pudieran tenerse como igualmente razonables, tanto la interpretación que propone la recurrente —según la cual desde la vigencia del Código de Comercio las sociedades de responsabilidad limitada se deben tener más como sociedades de capital que como sociedades de personas—, como la que a juicio de la Sala corresponde al verdadero sentido del

artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo —según la cual las sociedades de responsabilidad limitada siguen comprendidas dentro de la hipótesis de solidaridad laboral existente entre la persona jurídica y sus miembros, y de éstos entre sí en relación con el objeto social—. Esta segunda interpretación, desde luego más favorable a los intereses de los trabajadores deberá prevalecer por expreso mandato del constituyente⁵.

Así las cosas, la interpretación de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es clara en tomar partido por la asimilación de las sociedades de responsabilidad limitada a las sociedades de personas siendo aplicable la responsabilidad solidaria⁶ prevista en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo⁷.

Sin embargo, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada la solidaridad presenta peculiaridades especiales que restringen la solidaridad para este tipo societario.

Tratándose de sociedades de responsabilidad de limitada esta responsabilidad está circunscrita al monto de sus aportes; así, por ejemplo, si el aporte de uno de los socios fue \$10, en ejercicio de la solidaridad prevista en el

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 26 de noviembre de 1992, MP Hugo Suescún Pujols, radicación 53861.

⁶ La solidaridad prevista en el Código Civil comporta básicamente las siguientes reglas: (i) “El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores solidarios que elija, a menos que haya sido demandado por uno de ellos, pues entonces deberá hacer el pago al demandante” (artículo 1570 del Código Civil); (ii) “La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal de que uno de estos no haya demandado ya al deudor” (artículo 1570 del Código Civil); (iii) “El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división” (artículo 1571 del Código Civil).

⁷ La posición adoptada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido objeto de amplios debates en la doctrina comercial: “Las dificultades relativas a la indefinición doctrinal sobre estas últimas sociedades —de responsabilidad limitada— han tenido repercusiones de importancia en el ámbito del régimen de responsabilidad de los socios. Así, por ejemplo, la jurisprudencia laboral ha considerado, en contra de la concepción predominante en el derecho comercial, que las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades de personas. Por ello ha resultado aplicarle a los socios de estas compañías un régimen jurídico de extensión de responsabilidad por las obligaciones laborales dejadas de pagar por la sociedad.” REYES VILLAMIZAR, *op. cit.*, p. 25.

artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, estará obligado a pagar hasta el monto de \$10, que fue el valor de su aporte inicial. En los demás tipos societarios catalogados como sociedades de personas, esto es, sociedades colectivas, en comandita simple y en comandita por acciones, este límite es intrascendente por cuanto, en todo caso, en estos tipos societarios se encuentra comprometida la responsabilidad personal de los socios. La aplicación de la solidaridad en materia laboral no entraña la conformación de un litisconsorcio necesario, dado que el acreedor (trabajador) podrá demandar a la sociedad o a los socios, o a uno cualquiera de los comuneros en la empresa, al tiempo que la sociedad o condueño demandado podrá llamar en garantía a los socios o a los demás comuneros. Así mismo, el acreedor puede demandar a todos los socios y a la sociedad, a todos los socios y a la sociedad o a todos los condueños por la totalidad de la obligación laboral⁸.

En este orden de ideas, el punto que generó mayor controversia a propósito de la solidaridad prevista en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo con la modificación introducida por la reforma al Código de Comercio de 1971 fue resuelto a favor de la tesis que matriculaba a las sociedades de responsabilidad limitada como sociedades de personas aunque con restricciones a la aplicación plena de la solidaridad.

Respecto del alcance de la solidaridad que prevé el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 36 es necesario precisar lo que debe entenderse por obligaciones que emanan del contrato de trabajo.

La expresión “contrato de trabajo” podría interpretarse como limitación de la solidaridad a ese espectro de manera que obligaciones relacionadas con el Sistema de Seguridad Social pero que le asisten al empleador en su calidad de tal estrían excluidas.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha precisado el alcance de la solidaridad en materia de obligaciones del empleador en relación con la Seguridad Social:

⁸ GODOY FAJARDO, Carlos Hernán. *Derecho Laboral Societario: Derecho laboral para Sociedades*. Bogotá: CEJA, 2002, p. 29.

Cabe aclarar que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establece solidaridad de pago con las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero tal carácter no lo pierde la pensión de sobrevivientes a cargo del empleador, por el hecho de que ésta deba ser tasada de conformidad con las normas de la seguridad social, o porque a su vez se entienda como una sanción por falta de afiliación al sistema que, finalmente, no es otra que la obligación que surge sólo respecto a un empleador y en relación con quien le prestaba sus servicios subordinados.

Ahora bien, la condena que le cabe a cada uno de los socios la limita la ley a su responsabilidad societaria, que no es otra que el valor de su cuota social. Por esta razón no procede condena por una obligación sin límites, la de una pensión de sobrevivientes de carácter vitalicio. De esta manera la que se ha de imponer, lo ha de ser por el valor de las mesadas pensionadas causadas y hasta un monto igual para cada socio al del valor de su cuota social, de conformidad con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo. El código establece que en las sociedades de personas la responsabilidad de los socios se extiende de manera solidaria hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, que es una cantidad equivalente a su aporte inicial, pues se trata de una responsabilidad solidaria adicional de los socios, que garantiza a los acreedores laborales la existencia del fondo social para la satisfacción de sus acreencias; en lo que respecta a esta clase de créditos, la sociedad de responsabilidad limitada se comporta como una sociedad colectiva en donde los socios responden solidariamente pero no ilimitadamente, hasta el monto de sus aportes⁹.

4. El debate constitucional

El desarrollo de la jurisprudencia constitucional a partir de la Constitución de 1991 reformuló el problema de la responsabilidad de los socios por el pago de acreencias laborales.

En primer término conviene hacer referencia a la sentencia T-014 de 1999 con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, en la que un grupo de trabajadores de la empresa Colcurtidos S.A. instauró una acción de

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 22 de julio de 2009, MP Eduardo López Villegas, radicación 29522.

tutela contra ésta para asegurar el pago de las mesadas pensionales insolutas a través de una conmutación pensional ya que la empresa había iniciado un trámite de liquidación obligatoria.

En este caso, la Corte Constitucional en el momento de resolver el problema jurídico reformuló las reglas analizadas en el capítulo anterior de este escrito al resolver condenar a Colcultidos S.A. y hacer cancelar solidariamente a los socios de forma oportuna a los demandantes las mesadas pensionales hasta que operara la conmutación pensional.

El punto que mayor interés reviste en el presente análisis está referido a la declaratoria de solidaridad de los socios de una sociedad anónima respecto de acreencias laborales que, de acuerdo con los argumentos de la sentencia, está fundamentado en las siguientes consideraciones:

Son, pues, solidariamente responsables no sólo la empresa sino sus socios. Claro que surge una inquietud: si está en trámite una liquidación obligatoria, las obligaciones a cargo de los socios surgen, según el artículo 191 de la ley 222 de 1995, cuando sean insuficientes los activos. Esto es cierto, pero no significa que desaparece la solidaridad porque el liquidador podrá exigir, mediante proceso ejecutivo contra los socios, el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario. Pero acá no se agota el tema de la solidaridad, porque la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 10 de enero de 1995) recuerda que, según el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo, en el conflicto de leyes del trabajo y cualquiera otra se prefieren aquellas, luego no quedará solamente al arbitrio del liquidador la exigencia a los socios, sino que este derecho también es susceptible de ser ejercido por los trabajadores y extrabajadores, si el liquidador en el momento oportuno no lo hace¹⁰.

De cualquier forma, la condena a los socios en este caso fue objeto de un incidente de nulidad con fundamento en la violación al principio del debido

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-014 de 21 de enero de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.

proceso, ya que ningunas de las empresas socias de Colcultidos S.A. fue citada ni se hizo parte en el proceso.

Así las cosas, la Corte Constitucional por auto 022 de 1999 decidió declarar la nulidad del aparte de la condena que contenía la declaratoria de responsabilidad solidaria de los socios por no haber sido parte del trámite de la acción de tutela¹¹.

Posteriormente, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia SU-1023 de 2001 con ponencia del magistrado Jaime Córdoba Triviño, en un nuevo caso en el que un grupo de pensionados perseguía el pago de sus mesadas pensionales por parte de la compañía de inversiones de la Flota Mercante SA, que se encontraba igualmente en trámite de liquidación obligatoria.

El análisis realizado en la sentencia establece que la compañía de inversiones de la Flota Mercante SA, estaba en situación de subordinación respecto de la Federación Nacional de Cafeteros de manera que de conformidad con lo establecido en la disposiciones de la ley 222 de 1995 existe responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros por las obligaciones de la compañía Flota Mercante.

De esta manera, los antecedentes de la jurisprudencia constitucional generaron controversias a propósito de la limitación de responsabilidad de los socios en la sociedad de capital por excelencia, la anónima, al considerar algún sector de la doctrina que ya no existía tal principio en las sociedades de capital, mientras que otro sector sostenía que no podía derivarse una regla general que rompiera la limitación de la responsabilidad sino que debía limitarse a los casos en que abusara de este beneficio.

La Corte Constitucional volvió a referirse al tema a propósito de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 373 del Código de Comercio que justamente establece el principio de limitación de responsabilidad.

En esta sentencia la Corte estudia la conformidad del principio de limitación de la responsabilidad con la Constitución Política, encontrando que resulta perfectamente armónica siempre que se entienda que no puede utilizarse esta limitación para defraudar los derechos de trabajadores y pensionados.

¹¹ Corte Constitucional, auto 022 de 5 de mayo de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.

Sobre el particular sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-865 de 2004 con ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil:

En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Las disposiciones acusadas en ningún momento facultan a las sociedades, ni a los socios, para utilizar la limitación de riesgos con el propósito de defraudar los intereses de los trabajadores y pensionados¹².

De cualquier forma la Corte Suprema de Justicia ha tomado partido por la limitación de la responsabilidad en materia de sociedades de capital, desechando teorías que proponían levantar el velo corporativo en materia laboral acudiendo a la aplicación del principio de ajenidad de los riesgos contemplado en el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo¹³.

Sobre el particular sostuvo la Sala laboral:

Cuando el artículo 252 del Código de Comercio establece que en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, y que en la fase de la liquidación sólo pueden ejercerse contra los liquidadores, este precepto guarda armonía con el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo mismo es un error considerar que dentro de ese esquema normativo el juez pueda recurrir al artículo 28 para

¹² Corte Constitucional, sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Dicha norma dispone: “El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleado, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”.

decir que, como el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de su patrono, cuando se produce la disolución o liquidación de una sociedad de capital los accionistas deben hacerse cargo, en forma solidaria (o individual) de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pues ni el régimen legal laboral les extiende ese tipo de responsabilidad ni puede decirse que los accionistas sean copropietarios de una empresa que se ha constituido y desarrollado bajo la forma propia de las sociedades anónimas¹⁴.

En el mismo sentido de reconocer el principio de la limitación de la responsabilidad, se ha pronunciado recientemente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al referirse a los alcances del artículo 36 del Código Sustantivo y la responsabilidad de los socios en materia laboral.

La razón para ello es que en las sociedades de capital, el accionista no compromete su responsabilidad en iguales condiciones a las de un socio de las sociedades de personas, pues mientras en aquellas no hay acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, de conformidad con las previsiones del artículo 252 del Código de Comercio, en éstas, los miembros que conforman la sociedad son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, tal como lo prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tal norma responsabilice a los accionistas por las obligaciones laborales surgidas, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social¹⁵.

Como corolario, podemos establecer que la limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital es un principio plenamente vigente que, sin embargo, se encuentra condicionado a que no sea utilizado con abuso del mismo para defraudar derechos de los trabajadores pues en tales eventos procede el levantamiento del velo corporativo.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, sentencia del 18 de noviembre de 1996, radicación 8991, MP Germán Valdés Sánchez.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 22 de agosto de 2007, radicación 28443, MP Camillo Tarquino Gallego.

El abuso de la propiedad intelectual como fuente para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo

Edgar Iván León Robayo*

Eduardo Secondo Varela Pezzano**

1. Introducción¹

La historia jurídica de la humanidad ha evidenciado la dificultad que existe para proteger bienes que no se encuentran en la realidad física, es decir, aquellos que encuentran su entidad en un contexto exclusivamente racional². Pocos siglos atrás³, la evolución de las instituciones dio lugar a que lentamente

* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de Derecho Civil y Comercial en pregrado y posgrado y Coordinador de la Línea de Investigación en Derecho Comercial de la misma universidad. Ha sido profesor de las universidades de Los Andes y La Sabana. Tiene un posgrado en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (España) y es especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Es candidato a magister en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Fue representante por Colombia ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

** Abogado y especialista en Propiedad Intelectual del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor de Propiedad Intelectual de la misma universidad. Es autor del libro *Tecnologías peer-to-peer, derechos de autor y copyright* y coautor de *Derecho de autor para creativos*. Miembro de número del Centro Colombiano de Derecho de Autor (Cecolda) y de la *Association Littéraire et Artistique Internationale* (ALAI). Actualmente es abogado asociado de Reyes & Reyes Abogados. evarela@reyes-abogados.com.

¹ Este artículo es resultado del proyecto de investigación *Propiedad intelectual* de la línea de investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Agradecimientos a Andrea Sánchez Narváez por la revisión y comentarios a este escrito.

² Un análisis de las diferentes clases de realidad —física o material, intelectual y virtual—. LEÓN ROBAYO, Edgar. “Los bienes virtuales y su posibilidad de apropiación”. En: *Escritos contemporáneos de derecho de los negocios*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2007, p. 459.

³ El antecedente más remoto de protección de la propiedad intelectual surgió durante la Edad Media, conocido como “concesión de privilegios”. Este sistema otorgaba la posibilidad de explotar inventos de manera exclusiva y perpetua. Así ocurrió, por ejemplo, con la efectuada en Francia por Felipe VI a Philippe de Caqueray. La primera ley que reguló la materia fue expedida el 18 de marzo de 1471 en Venecia, la cual estableció y delimitó el derecho de novedad e invención al prohibir que personas diferentes de aquellas en cuya cabeza reposaba la concesión pudieran crear invenciones respecto de lo concedido, pues ello estaba reservado exclusivamente a su dueño. Pero fue tan solo

los sistemas legales, tanto nacionales como internacionales, se preocupen por estatuir diferentes mecanismos de protección a la forma o expresión de las ideas, las cuales, a juicio de Lemley, son bienes públicos: "... ellas pueden ser copiadas y usadas por cualquiera que es consciente de las mismas, sin privar a otros de su uso"⁴.

En cualquier caso, no se trata de regular el pensamiento⁵. Cuando la obra del ingenio ya no es sólo una idea, es decir, cuando al apartarse del sujeto que la crea adquiere una individualidad propia⁶. Esta autonomía le permite constituirse como un objeto de relaciones jurídicas, es decir, un bien inmaterial

hasta la revolución industrial cuando se comenzaron a perfeccionar los primeros ordenamientos de protección intelectual. En Inglaterra, en 1623, el *Estatuto de los Monopolios* ordenó que los inventos debían ser novedosos, sin que fueran contrarios a la ley, al Estado o a las costumbres comerciales. En 1730 se hizo obligatoria la descripción del invento; en 1852 se publicó la *Ley orgánica sobre patentes* y en 1884 se agruparon las patentes de invención, los diseños industriales y las marcas de fábrica. En Francia, Luis XIV publicó un edicto en 1762 que permitió regular el derecho de patentes con la ley del 7 de enero de 1791. Esta normativa facultó al interesado para solicitar la explotación exclusiva del producto patentado como recompensa. En Alemania, el 11 de enero de 1876 fue expedida la *Ley de muestras y modelos*. Por otra parte, en el derecho autoral es mundialmente reconocido que la primera forma de protección apareció en 1709, con el *Estatuto de la Reina Ana*, el cual tenía por objeto otorgarle el derecho sobre las obras literarias a los autores o cesionarios de las obras durante 14 años. Véanse: ALLFELD, Philipp. Del derecho de autor y del derecho de inventor. Bogotá: Temis, 1999, p. 8-13; CHARRIA GARCÍA, Fernando. Propiedad industrial en Colombia. Bogotá: Bellas Artes, 2001, p. 15 y 16; CHARRIA GARCÍA, Fernando. Derechos de autor en Colombia, Bogotá: Bellas Artes, 2001, p. 13-16; LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Bogotá: Unesco – Cerlalc – Zavalía, 2001, p. 28-38; RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia 1996, p. 49-59.

⁴ En el sentido de que cualquier sujeto puede hacerse a ellos, no en el sentido de la propiedad estatal. Véase: LEMLEY, Mark. "Ex ante versus ex post justifications for intellectual property". En: *The University of Chicago Law Review*. Chicago: vol. 71, No. 1, 2004, p. 129.

⁵ Un profundo estudio de la protección jurídica de las ideas en: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Temis – Universidad Javeriana, 2009, p. 157-187.

⁶ Ascarelli distingue entre el acto de creación y la creación intelectual. Respecto del primero explica que se trata de un acto material que ni siquiera necesita ser consciente. En cuanto al segundo, señala que siempre contiene dos elementos: (i) sólo puede ser percibida mediante su materialización en una cosa o en una energía —aunque sólo sea la de la palabra— y (ii) nunca se identifica con ninguna de sus exteriorizaciones, pues siempre las trasciende. Por ejemplo, siempre será más importante la novela como creación intelectual que los mil ejemplares de una edición. ASCARELLI, Tullio. *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. Barcelona: Bosch, 1970, p. 264.

sobre el cual recae un derecho absoluto caracterizado por tener una connotación diferente: se trata de una propiedad intelectual⁷ como derecho patrimonial.

Tradicionalmente, se ha discutido acerca de cómo opera la posesión que las personas ejercen respecto de las cosas que surgen del intelecto, pues falta uno de los elementos esenciales para su perfeccionamiento: el *corpus*. Por este se debe entender el componente material que permite la aprehensión de la cosa⁸. No obstante, en un sistema económico capitalista resulta posible poseer bienes inmateriales con las mismas calidades y vicios que si se tratara de cosas corporales⁹, para lo cual resulta necesario aplicar las disposiciones establecidas para su ejercicio, si estas existen, como ocurre con las normas de propiedad intelectual¹⁰.

Estas disposiciones tienen por objeto proteger eficazmente el derecho del titular¹¹, que puede ser una persona natural o jurídica. Por regla general, y según su naturaleza, la obra en el derecho de autor goza de protección "... tal cuál es y por sí misma", mientras en la propiedad industrial "... el amparo depende de que la creación sea propia y esté destinada para la realización de un objetivo comprendido dentro del campo de la técnica"¹².

Un punto importante en esta materia es la manera como se verifica el ejercicio de la propiedad intelectual por parte de las personas jurídicas¹³.

⁷ LIPSZYC, op. cit., p. 14.

⁸ Dadas las características propias de esa clase de cosas, no se puede hablar de una tenencia material. Por ello, algunos autores señalan que se trata de una posesión *sui géneris* a la cual se le ha llamado "cuasiposesión". DÍEZ-PICAZO, Luis. "Fundamentos del derecho civil patrimonial: las relaciones jurídico-reales". En: *El registro de la propiedad: La posesión*. Madrid: Civitas 1996, p. 596 y 597, tomo III; ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de los derechos reales: bienes*. Bogotá: Temis-Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 367 y 368; PEÑA QUIÑONES, Ernesto. *El derecho de bienes*. Bogotá: Librería Jurídicas Wilches, 1995, p. 421.

⁹ LEÓN ROBAYO, Edgar. "La posesión de los bienes inmateriales". En: *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes, No. 36, 2009, p. 106.

¹⁰ ARTEAGA CARVAJAL, Jaime. *De los bienes y su dominio*. Bogotá: Editorial Facultad de Derecho, 1999, p. 283 y 284.

¹¹ Lemley explica las razones que existen para justificar que la propiedad intelectual goce de una protección legal: "... ideas also take time and money to create. Because ideas are so easy to spread and so hard to control, only with difficulty may creators recoup their investment in creating the idea. As a result, absent intellectual property protection, most would prefer to copy rather than create ideas, and inefficiently few new ideas would be created". LEMLEY, op. cit., p. 129.

¹² ALLFELD, Philipp. *Del derecho de autor y del derecho de inventor*. Bogotá: Temis, 1999, p. 2.

¹³ El ámbito de este trabajo no permite analizar este aspecto con profundidad.

Aunque desde el punto de vista práctico existen ciertas diferencias¹⁴, desde uno jurídico resulta similar al que realizan las personas naturales. Incluso, es factible que sus conductas también vulneren o infrinjan los derechos de autor o la propiedad industrial.

En efecto, puede ocurrir que quienes integran estas entidades las utilicen para cometer abusos y fraudes en contra de terceros o en perjuicio de sus propios asociados. Lo anterior, debido a la fachada que genera el otorgamiento de la personalidad, especialmente en las sociedades por acciones, así como la limitación del riesgo en las de capital.

Precisamente, este trabajo tiene como propósito analizar de qué manera es posible aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo para alcanzar a quienes están detrás de las personas jurídicas que son usadas para usurpar o violar los derechos de propiedad intelectual. De esta manera, el documento propuesto se ha dividido en cuatro partes. En la primera se tratará la doctrina del *alter ego* societario dentro del esquema de la teoría del descorrimiento del velo corporativo, para determinar cuál es la puerta de entrada de la doctrina en esta materia, de conformidad con lo señalado en ciertos precedentes jurisprudenciales de otras latitudes. Posteriormente, se analizará si tal posibilidad es permitida por el ordenamiento regional andino, lo cual conlleva su correspondiente aplicación en Colombia.

A continuación se analizarán dos casos en los cuales puede ser posible que se presente la aplicación de esta doctrina. El abuso de la persona jurídica respecto a las acreencias laborales originadas en la cesión de un derecho de propiedad intelectual, mediante el aprovechamiento del principio de separación patrimonial entre los asociados y la persona jurídica, así como el abuso de los derechos de propiedad intelectual en una o más sociedades del mismo accionista, es conocido en el derecho estadounidense como "*patent troll litigation*".

¹⁴ La paradoja consiste en que se trata de entes intelectuales que ejercen derechos sobre bienes igualmente inmateriales.

2. El levantamiento del velo corporativo, la doctrina del *alter ego* y su posible aplicación por infracción a los derechos de la propiedad intelectual

La evolución histórico-jurídica dio lugar a que algunos tipos societarios adquirieran, como característica fundamental, la posibilidad de limitar la responsabilidad de los socios a su aporte y reducir los riesgos que pueden correr sus inversiones¹⁵. Aunque la regla general es la honestidad y la buena fe, es posible que los socios utilicen a las personas jurídicas, especialmente las sociedades¹⁶, con el propósito de cometer fraudes a la ley o en perjuicio de terceros, aprovechándose de la separación patrimonial y eludir así el rigor de las normas imperativas o causar perjuicios a terceros.

Esta situación dio lugar a que la jurisprudencia norteamericana creara la expresión “*lifting of the piercing veil*”¹⁷ para referirse a la figura que les permite a las autoridades desconocer el sistema de limitación de responsabilidad en las sociedades de capital¹⁸ y obligar a los socios a responder con su propio

¹⁵ En el ordenamiento jurídico colombiano son las sociedades limitadas, en comanditas por acciones, anónimas y por acciones simplificadas.

¹⁶ Según Kelsen, una sociedad “... se define usualmente como un grupo de individuos tratados por el derecho como una unidad, es decir, como una persona que tiene derechos y deberes distintos de los individuos que la componen. La sociedad es considerada como persona porque el orden jurídico estipula ciertos derechos y deberes relativos a los intereses de los miembros de la misma, pero que no parecen ser derechos y deberes de estos, por lo cual se consideran como de la sociedad misma. Tales derechos y deberes son creados especialmente por actos de los órganos de la persona colectiva”. KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 113. Arnold Heise (*Grundriss eines systems des gemeinen civilrechts*. Heidelberg, 1819, § 98) fue el primer jurista que utilizó la expresión “persona jurídica” para referirse a una “persona sujeta de derechos”. Véase: BLANCH NOUGUÉS, José María. *Régimen jurídico de las fundaciones en derecho romano*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 58.

¹⁷ Esta teoría ha sido igualmente llamada, entre otras acepciones, “descorrimiento del velo societario”, “levantamiento del velo corporativo”, “allanamiento de la persona jurídica” o, simplemente, “desestimación de la personalidad jurídica”. En su versión anglosajona, también es conocida como “*disregard of the legal entity*”.

¹⁸ No se trata de rechazar la existencia de la persona jurídica ni de terminar con sus atributos como lo cree la doctrina en general, “... sino del desconocimiento del atributo de la limitación de responsabilidad de los socios”. Por esa razón, Reyes Villamizar explica que algunos tratadistas de habla inglesa se refieren a la figura utilizando la acepción *piercing the veil of limited liability*. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2006, p. 224, cit. 48, t. I. Un profundo análisis de la figura del levantamiento del velo corporativo en: BOLDÓ RODA, Carme. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Elcano: Aranzadi, 2000.

patrimonio cuando exceden el campo lícito de actuación que justifica que el Estado les conceda personalidad a entes diferentes de los seres humanos. Es decir, la sanción procede cuando su actuación maliciosa, desleal o deshonesto ha dado lugar a originar un daño¹⁹. Adicionalmente, procede cuando los socios utilicen de manera abusiva la forma societaria para ejecutar actos propios de su ámbito privado²⁰, a lo cual se le ha denominado: “*mere instrumentality*” o “*alter ego*”²¹.

Por ello, es posible que los socios, a través de la persona jurídica, usurpen la propiedad intelectual de un tercero en manifiesta violación de la ley. En estos eventos, los afectados están facultados para solicitar a un juez que levante el velo corporativo y obligar a los asociados a reparar los daños e indemnizar los perjuicios causados con la conducta infractora.

Un caso en Estados Unidos ilustra esta posibilidad. En 1999, Lawrence I. Wechsler demandó a Anthony O'Rourke y a su compañía, Make Internacional Trade, Inc., por la infracción que cometió la persona jurídica de la patente que tenía sobre un dispositivo portátil para la alimentación de animales. El velo de Make fue levantado luego de que la Corte encontrara que O'Rourke indujo a la compañía a realizar la conducta. Sin embargo, en el 2007, la Corte de Apelaciones para el Distrito Federal revocó esta decisión, para lo cual argumentó que Wechsler no había probado que Make era una fachada o *alter ego* para los actos de O'Rourke²².

¹⁹ “... cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido...” Corte Constitucional, sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil. Véase, además: Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-037473 del 2 de febrero de 2009.

²⁰ MEADE FLETCHER, William. *Fletcher encyclopedia of the law of private corporations*. Chicago: Callaghan, 1917, § 43, p. 729, t. I.

²¹ “Persona real o ficticia en quien se reconoce, identifica o ve un trasunto de otra”. Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Real Academia Española, 1925, p. 67.

²² Wechsler *versus* Macke Int'l Trade, Inc., et ál., 486 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2007).

Según la jurisprudencia estadounidense, esta prueba requiere dos supuestos²³: (i) que las distintas personalidades de la sociedad y de los accionistas existan como una sola, y (ii) que en caso de no levantarse el velo corporativo el resultado final sea un fraude o una injusticia²⁴. Es posible que otras circunstancias le permitan al juez encontrar probados los supuestos para la aplicación de la teoría del *alter ego*²⁵. Así, podrían citarse, entre otras: la falta de estatutos sociales y libros de actas de la sociedad, el desconcierto frente a cuál es el capital social y el de los socios, la desviación del patrimonio para cubrir los gastos personales de los representantes legales, la ausencia de activos o insuficiencia de capital y la desatención general a las formalidades legales de cada tipo societario.

En Colombia esta teoría ha encontrado cierto desarrollo en los conceptos de la Superintendencia de Sociedades respecto de las “sociedades de fachada”, aunque sólo desde una perspectiva criminal. A juicio de la entidad “... en las leyes penales se prevé que con ocasión de un proceso penal se puede establecer que una persona jurídica puede haber sido utilizada total o parcialmente para el desarrollo de actividades delictivas, situación que puede corresponder a las denominadas ‘sociedades ficticias’ o ‘de fachada’...”²⁶

²³ United States versus. Standard Beauty Supply Stores, Inc., 561 F.2d (9th Cir. 1977). Para el caso específico de la infracción a una patente de invención, véase: WARNER, Steven y BELISLE, Stephen. Corporate officers beware: will corporate veils preclude personal liability for patent infringement? En: Intellectual Property Today, octubre de 2005, p. 33.

²⁴ “En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo prevista expresamente en otros ordenamientos. Al respecto se pueden destacar: (i) el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil, (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio, (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, y (iv) la responsabilidad prevista en el artículo 207 de la misma ley...” Corte Constitucional, sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

²⁵ WARNER Y BELISLE, op. cit., p. 33. Citando los casos *Labadie Coal Co. versus Black*, 672 F.2d (D.C.Cir. 1982) y *United States versus Van Diviner*, 822 F.2d (10th Cir. 1987).

²⁶ Superintendencia de Sociedades, oficio 220-5924 del 28 de enero de 1999. El sustento jurídico para esta opinión se encuentra en el artículo 44 de la ley 190 de 1995 que indica: “Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

Sin embargo, el levantamiento del velo corporativo en un proceso civil o penal es una forma extraordinaria de enmendar una situación de injusticia o inequidad la cual, en principio, únicamente resulta aplicable por el juez cuando las circunstancias del caso lo ameriten.

3. Responsabilidad por la adopción de decisiones que manifiesten la inminencia de una futura infracción a la propiedad industrial

Respecto de la propiedad industrial, el artículo 238 de la decisión 486 de la Comunidad Andina dispone: "... el titular de un derecho protegido en virtud de esta decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción"²⁷.

Una interpretación extensiva del artículo 238 facultaría al titular de un derecho de propiedad industrial²⁸ para accionar contra los socios o accionistas

²⁷ Sobre la facultad que tiene el titular de un derecho de propiedad industrial para iniciar una acción contra las personas que realicen actos constitutivos de una infracción, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha precisado: "... el artículo 238 de la decisión 486 atribuye al titular de un derecho protegido en ella el poder de obrar ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que incurra en la infracción de aquel derecho o que ejecute actos que la hagan inminente (...) En lo que concierne al legitimado pasivo se entiende que la tutela jurisdiccional no podrá ser concedida sino frente al destinatario del efecto o de los efectos en que la tutela se concreta, el cual es, en el caso de las acciones que se examinan, el autor de la presunta infracción o el ejecutor de los actos constitutivos de la presunta amenaza (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 14-IP-07 del 21 marzo de 2007). Cabe señalar que el artículo 239 de la decisión 486 dispone que el titular de una patente tiene derecho a ejercer acción judicial por daños y perjuicios "... por el uso no autorizado de la invención o del modelo de utilidad durante el período comprendido entre la fecha en que adquiera carácter público y pueda ser consultada la solicitud respectiva y la fecha de concesión de la patente". El resarcimiento, dice el inciso segundo de la norma, sólo procede con respecto a la materia cubierta por la patente concedida y se calcula en función de la explotación efectivamente realizada por el demandado durante el período señalado.

²⁸ En palabras de Llobregat: "... la doctrina ha venido considerando que la propiedad industrial integra una categoría de derechos relacionados con la empresa, el empresario y su actividad. Esta categoría está integrada por los signos distintivos (marcas, nombres comerciales y rótulos de establecimiento), por las invenciones técnicas (patentes y modelos de utilidad), por las creaciones de forma (dibujos y modelos industriales), por las denominaciones de origen y por la represión de la competencia desleal, derechos que se encuentran enunciados en el artículo 1.2. del Convenio de la Unión de París (...), primer texto de carácter internacional para proteger la propiedad industrial, que se aprobó el 20 de marzo de 1883". LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *Temas de propiedad industrial*. Madrid: La Ley, 2002, p. 23.

de una sociedad cuando asumen posturas que manifiestan la inminencia de una futura infracción. Esto ocurriría si por ejemplo se adoptan decisiones —en juntas de socios o asambleas de accionistas— que induzcan a la persona jurídica a ejecutar un acto infractor.

En tal caso, la responsabilidad de los asociados será, por supuesto, independiente a la que recaiga sobre la compañía. No obstante, no se podría sancionar a los socios simplemente por su estatus en la sociedad. Para que proceda la acción se requiere demostrar que tuvieron participación directa en el acto infractor y que la conducta ilícita guarda relación de causalidad con la amenaza al derecho de propiedad industrial.

Esta posibilidad de accionar contra los socios o accionistas encuentra antecedentes en la jurisprudencia del *common law*. Así, por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones de Canadá resolvió una controversia en la que una sociedad demandó a otra empresa y a su accionista único por infringir la patente sobre una pluma retráctil. El tribunal explicó que la responsabilidad personal del accionista dependía de su grado de participación en la conducta de la compañía demandada²⁹.

Por su parte, una Corte de Dublin (Irlanda) decretó una medida cautelar contra los administradores de una sociedad, argumentando que se trataba de "... una manera de garantizar que la compañía cumpliera con sus obligaciones. Una persona jurídica sólo puede actuar a través de sus agentes y la forma más eficaz de asegurar que efectivamente las cumpla es dictar una orden contra las personas que la controlan..."³⁰. Así mismo, en Estados Unidos, la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal confirmó una decisión de primera instancia³¹ en la que un jurado condenó a una sociedad, a sus administradores y a su

²⁹ *Mentmore Manufacturing Co. versus National Merchandising Manufacturing Co.* —89 DLR (3d) 195 (1978)—.

³⁰ "There may be many cases particularly in the case of small companies where the most effective way of ensuring that the company complies with its obligations is to make an order against the directors as a well as against the company itself. But in such a case, the order against the directors would be a way of ensuring that the company carried out its obligations. A body corporate can only act through its agents and the most effective way of ensuring that it does in fact carry out its obligations might be to make an order against the persons in control of it". *Dublin City Council versus Elton Homes Limited* [1984] ILRM 297.

³¹ *Orthokinetics Inc. versus Safety Travel Chairs Inc.* 806 F.2d (Fed. Cir. 1986).

único accionista al pago de daños y perjuicios por la infracción de una patente de invención relacionada con una silla ortopédica³².

Si esta doctrina se analiza desde la perspectiva del derecho colombiano, es factible señalar que la participación de los socios o accionistas en un acto de infracción a la propiedad industrial se puede probar con una inspección judicial de los libros de la sociedad. Lo anterior con el propósito de verificar, entre otras cosas, si la violación del derecho tiene su origen en una decisión tomada por ellos.

Ahora bien, es evidente que ningún infractor de mala fe dejará constancia de sus actos en los libros de la persona jurídica. Sin embargo, hay casos en los que inconscientemente se autorizan contratos, acuerdos, depósitos, giros y otros negocios mercantiles que, en la práctica, terminan con la violación de un derecho de propiedad industrial. Es el caso, por ejemplo, de la fabricación de etiquetas con una marca similar o idéntica a una registrada o la adquisición de los medios para explotar una invención³³.

4. Responsabilidad en las sociedades de personas por las acreencias laborales originadas en la cesión de un derecho de propiedad intelectual

Este tipo de responsabilidad encuentra su fundamento en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo. Al referirse a las acreencias laborales en las sociedades de personas, la norma dispone:

... son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí en relación con el objeto social, y sólo hasta el límite de responsabilidad

³² Estos y otros casos han sido citados en: O'NEILL, Ronan, "Piercing the corporate veil: The liability of company officers and others for infringement on intellectual property rights". En: *Eugene F. Collins Legal Updates*, mayo de 2003. Disponible en: http://www.efc.ie/legal_updates/index.html. consulta realizada el 14 de julio de 2009.

³³ METKE MÉNDEZ, Ricardo. "Lecciones de propiedad industrial II: Los diseños industriales". En: *La decisión 486 del Acuerdo de Cartagena*. Bogotá: Baker & McKenzie, 2002, p. 114.

El abuso de la propiedad intelectual como fuente para la aplicación de la teoría...

de cada socio y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión³⁴.

Según lo anterior, en las denominadas “sociedades de personas”³⁵ los socios serán responsables de todas las acreencias laborales que la persona jurídica deje de pagar. Dentro de estos supuestos se incluye, lógicamente, la remuneración del trabajador por la cesión de sus derechos de propiedad intelectual, cuando ésta es realizada a favor de la sociedad.

La hipótesis más frecuente en donde esto ocurre se presenta con la cesión que realiza el inventor de su derecho sobre una invención, para que la sociedad pueda presentar para registro una patente de invención ante la Superintendencia de Industria y Comercio. En efecto, este tipo de solicitudes deberá contener, de ser el caso, la copia del documento en el que conste la cesión del derecho a la patente del inventor al solicitante o a su causante, según lo dispone el literal k) del artículo 26 de la decisión 486 de la Comunidad Andina³⁶.

³⁴ La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado el alcance de este artículo: “... El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales...” Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia 8991 del 1 de noviembre de 1996. MP Germán Valdés Sánchez.

³⁵ Reyes Villamizar recuerda que la interpretación jurisprudencial del artículo 36 amplió el alcance de esta norma a las sociedades de responsabilidad limitada. REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario*. Bogotá: Temis, 2002, p. 224, t. I. Para ello se apoya en una opinión de la Corte Suprema de Justicia: “... resulta forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al Código Sustantivo del Trabajo se contempló la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las sociedades de personas y sus miembros, comprendiéndose en su momento dentro de éstas a las sociedades de responsabilidad limitada, la sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio ya no sea el de las sociedades colectivas sino el de las anónimas, no significa que se haya eliminado la protección que la ley laboral otorgó al trabajador...” Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia 5386 del 26 de noviembre de 1992. MP Hugo Suescún Pujols.

³⁶ “... basta con presentar una copia simple del documento de cesión del inventor para que éste sea aceptado por la oficina nacional competente, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 literal k) de la decisión 486. Sin embargo, hay que tener presente que ese documento, en el que consta la cesión del derecho a la patente del inventor al solicitante o a su causante, debe ser expedido conforme a derecho para gozar de validez. Una lectura de los artículos 26 y 32 de la decisión 486 lleva a concluir que el documento de cesión de inventor que permita al solicitante, distinto del

Igualmente, es común que un trabajador transfiera a la sociedad empleadora sus derechos patrimoniales⁵⁷ de autor sobre las obras literarias o artísticas creadas en desarrollo de sus funciones. Precisamente, esto sucede porque en Colombia, así como en los demás países de tradición latina, "... se considera autor solamente a la persona física que crea la obra, excluyéndose de esta calificación a las personas jurídicas o morales"⁵⁸.

Según explica Lipszyc,

... las obras creadas en virtud de una relación contractual laboral son frecuentes en determinados campos como el periodismo, la arquitectura, la publicidad, las artes aplicadas a la industria, la actividad editorial (adaptadores, traductores) y, desde época reciente, en las empresas productoras de complejos programas de ordenador. Esta situación supone que el autor asalariado va creando las obras a medida que el empleador se las solicita⁵⁹.

No obstante, es menester precisar que la responsabilidad de los socios en los eventos anteriormente descritos únicamente se configurará cuando la re-

inventor, plantear la solicitud de concesión de patente, para que tenga aceptación y validez, debe cumplir con determinadas formalidades. Así mismo, la oficina nacional competente debe, conforme al artículo 26 literal k), solicitar copia simple del mismo. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 07-IP-09, 19 de marzo de 2009.

⁵⁷ Estos no deben confundirse con los derechos morales. En efecto, "... el derecho moral de autor es un derecho inalienable, natural y fundamental que sólo tienen los autores, es decir, las personas naturales que son o han sido titulares originarios de las obras del ingenio (...) los primeros permiten al titular obtener una merecida compensación monetaria por el uso y la explotación de la creación, mientras que los segundos se fundamentan en que la personalidad del autor es parte integral de la misma. Unos están destinados a garantizar la obtención de un beneficio económico y los otros a asegurar intereses meramente intelectuales". TOBÓN FRANCO, Natalia y VARELA PEZZANO, Eduardo. *Derecho de autor para creativos*. Bogotá: Librería Jurídica Ibáñez, 2010, p. 41.

⁵⁸ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 24-IP-98 del 25 de septiembre de 1998. Sin embargo, Antequera explica: "... otra cosa es la titularidad del derecho patrimonial (total o parcial) a título derivado, que pueda corresponder al comitente o al empleador, según los casos, en virtud de alguna disposición legal o contractual aplicable en el país donde se reclame la protección". ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Reus, 2007, p. 31.

⁵⁹ LIPSZYC, op. cit., p. 146.

muneración por la cesión constituya salario del trabajador. Esto, de conformidad con los términos fijados por el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo⁴⁰.

5. Responsabilidad por abuso de los derechos de propiedad intelectual en una o más sociedades del mismo accionista: *patent troll litigation*

A pesar de la falta de antecedentes jurisprudenciales, estatutarios y doctrinarios en la legislación colombiana, en otras latitudes constituye una práctica común —aunque reprochable— transferir los derechos de propiedad intelectual de forma sucesiva y entre diferentes sociedades pertenecientes a un mismo socio o accionista. Esto con el fin de entablar repetitivas acciones contra una compañía infractora.

Usualmente, esta práctica involucra un abuso del derecho de acción para proteger los derechos sobre las patentes de invención. Esta figura es conocida en el *common law* como *patent troll* —trol de patentes, *troll des brevets* o *Patentjäger*—, la cual es utilizada para describir a las empresas que demandan a uno o más infractores de forma oportunista y, a menudo, sin la intención de fabricar o comercializar la invención patentada⁴¹.

⁴⁰ “... constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

⁴¹ La expresión *patent troll* fue utilizada por primera vez en el cortometraje *The Patent Video*, obra educativa de 1994, ofrecida a compañías, universidades y entidades gubernamentales en Estados Unidos. En ella, el *patent troll* se aparece estratégicamente ante una víctima incauta que cruza un puente, para reclamar regalías por la licencia de una patente. Los primeros 4:43 minutos se encuentran disponibles en: www.youtube.com/watch?v=LOGoZFzHkhs, consulta realizada el 29 de enero de 2010. Posteriormente, en el año 2001, Peter Detkin, abogado de Intel Corp., popularizó la metáfora al referirse a las pequeñas empresas que demandaban en forma oportunista a su compañía por infracción de patentes. Según Detkin, “... un trol de patentes es alguien que intenta hacer un montón de dinero de una patente que no utiliza, no tiene intención de utilizar y, en la mayoría de casos, nunca utilizó”. Véase la cita en SANDBURG, Brenda. “You may not have a choice: trolling for dollars”. En: *The recorder*, 30 de julio de 2001. La metáfora también ha sido empleada para calificar a empresas que registran marcas comerciales sin intención de usarlas en el comercio, pero con la finalidad de demandar a terceros que utilicen marcas similares o idénticas para identificar sus productos o servicios en el comercio. En efecto, igual que en la mitología nórdica, en la que el trol aparece por arte de magia para cobrar un peaje a los que tratan de cruzar un puente,

Uno de los *patent trolls* más famosos en Norteamérica es Eric Spangenberg, dueño de las compañías Orion IP, Plutus IP, Constellation IP, Caellum IP y Taurus IP, entre otras. Orion IP es una de sus sociedades *holding*. Sin embargo, esta compañía no realiza una actividad mercantil definida, jamás ha desarrollado una invención y tampoco ha vendido o distribuido productos o servicios en el comercio. “Existe exclusivamente para demandar a otras empresas por infracción de patentes, y licenciar las distintas patentes que ha comprado de otras”⁴².

En efecto, en el año 2004 Orion IP adquirió un portafolio de 14 patentes de la empresa FirePond, Inc. Cuando se presentó la oportunidad demandó por infracción a Ford, Mazda y Volvo en el Estado de Texas (Estados Unidos). Dos años después, concilió individualmente con las tres demandadas, obligándose, entre otras cosas, a no accionar nuevamente contra ellas, a cambio de una indemnización. Posteriormente, en el 2008 transfirió sus derechos a Taurus IP, una de sus compañías filiales. Aunque esta última no hacía parte del acuerdo conciliatorio, Spangenberg aprovechó para demandar por segunda vez a las mismas empresas ante una Corte de Wisconsin⁴³.

La estrategia de las empresas automotrices en el segundo juicio consistió en solicitar el levantamiento del velo corporativo de la nueva demandante para demostrar que Spangenberg ya había conciliado el asunto materia del litigio a través de Orion IP. Con todo, la Corte no encontró suficiente evidencia para proceder de conformidad con esta petición. En consecuencia, declaró que el acuerdo conciliatorio celebrado por esta compañía con Ford, Mazda y Volvo no era vinculante para Taurus IP. Fue así como los perjuicios por infracción a las patentes del *patent troll* debieron pagarse por segunda vez⁴⁴.

el *trademark troll* —trol de marcas— aparece cuando un comerciante emplea marcas similares o idénticas a las que él ha registrado, planteándole dos opciones: “pagar una licencia por el uso de mi marca o irnos a juicio”. FOLGERS, Anna. “The seventh circuit’s approach to deterring the trademark: say goodbye to your registration and pay the costs of litigation”. En: *Seventh Circuit Review*, vol. 3, No. 1, 2007, p. 452.

⁴² Electrolux Home Products, Inc. *versus* Orion IP LLC, 1:2007cv00134.

⁴³ Taurus IP *versus* Ford, Mazda, & Volvo 3:07-cv-481-bbc (W.D. Wisc. 2008).

⁴⁴ Sobre este personaje y sus asuntos legales, véase: Will Erich Spangenberg be on the hook for \$4 million in attorney’s fees? Disponible en: http://thepriorart.typepad.com/the_prior_art/2008/06/will-erich-spangenberg-be-on-the-hook-for-4-million-in-attorneys-fees.html, consulta realizada el 28 de enero de 2010.

A pesar de lo anterior, la estrategia de Spangenberg no ha sido del todo exitosa. En *Taurus IP versus DaimlerChrysler*⁴⁵, litigio decidido en el 2007, el cual involucraba exactamente los mismos hechos que en el segundo caso: la Corte levantó el velo corporativo y sentenció que la compañía demandante era un *alter ego* de Orion IP. Por consiguiente, DaimlerChrysler fue absuelta y Taurus IP fue condenada a pagar 3.8 millones de dólares estadounidenses solamente por concepto de agencias en derecho. Spangenberg alcanzó a salvar su responsabilidad, por cuanto la accionista directa de Taurus IP era Orion IP y no él en persona.

Aunque difícilmente afecta la indigna estrategia de Spangenberg de reclamar sumas exorbitantes y extraordinarias por una supuesta infracción a sus patentes⁴⁶ este fallo podría, a manera de precedente, advertir a posibles *patent trolls* acerca de que una demanda infundada podría acabar en un levantamiento del velo corporativo y, así, eventualmente, hacer responsables a sus accionistas de los gastos y costos del proceso.

6. Consideraciones finales

Como se ha demostrado, resulta posible aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo para alcanzar a quienes están detrás de las personas jurídicas que son utilizadas para infringir derechos de propiedad intelectual. Los afectados por estas conductas están facultados para solicitar la reparación de los daños y obtener la correspondiente indemnización de perjuicios.

Sin embargo, en cualquier caso, la responsabilidad de los asociados es independiente de la que recae sobre la compañía. Para que la acción resulte procedente es preciso demostrar que ellos participaron directamente en el acto infractor y que la conducta ilícita guarda relación de causalidad con la amenaza al derecho de propiedad industrial.

Lo anterior encuentra sustento en la normativa comunitaria andina, que faculta al afectado a ejercer el derecho de acción ante las autoridades pertinentes.

⁴⁵ 519 F. Supp. 2d 905 (W.D. Wis. 2007).

⁴⁶ Para un análisis del caso *Taurus IP versus DaimlerChrysler*, véase: COE, Ross. "The mythology of Plutus IP: Federal Court imposes fees on prominent patent troll". En: *Washington legal foundation's legal opinion letter*, vol. 18, No. 17, agosto de 2008.

Al ser esta una preceptiva de obligatorio cumplimiento, es plenamente válida su aplicación no sólo en Colombia sino en todos los países que hacen parte del organismo supranacional.

Capítulo VI

Informe final de investigación

Ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia: posibilidades y efectos

Alejandro Venegas Franco*

Edgar Iván León Robayo, Erick Rincón Cárdenas, Erwin Santamaría Ariza,
Fernando Castillo Mayorga, Juan Jacobo Calderón Villegas, Yira López Castro**

1. Presentación

Este informe hace parte de la ejecución del proyecto de investigación denominado *Posibilidades y efectos (jurídicos y económicos) de la ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia* financiado por el CIEC de la Universidad del Rosario. Esta investigación hace parte de la línea de investigación en Derecho Comercial de la facultad de Jurisprudencia.

El informe se encuentra compuesto de partes plenamente diferenciadas. En la primera (I) se efectúa una introducción en la que se exponen, de manera cuidadosa, algunos de los aspectos constitutivos del debate actual alrededor de los efectos jurídicos y económicos de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho de sociedades. En la segunda (II) se formula un conjunto de 18 conclusiones derivadas del estudio doctrinal y jurisprudencial llevado a cabo con el fin de establecer cuáles eran las principales orientaciones que sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo era posible constatar. Esta evaluación permitió concluir, por ejemplo, que uno de los problemas de la doctrina consultada consistía en que sus revisiones se habían abstenido de valorar la totalidad de los intereses en juego al considerar su importancia relativa en el ámbito jurídico y económico. De esta manera es posible constatar que los autores tienden a tomar una de dos posiciones: analizar la problemática del desconocimiento de la personalidad jurídica con un método

* Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Profesores de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

puramente descriptivo de las soluciones del derecho positivo, o analizarla de manera valorativa pero tan sólo desde una perspectiva.

2. Los efectos jurídico-económicos del levantamiento del velo corporativo en el derecho de sociedades

2.1. Un problema de perspectivas

Para iniciar este apartado, es necesario realizar una aclaración preliminar. Con la expresión “desconocimiento de la personalidad jurídica” y sus equivalentes¹ se suele designar tan solo el fenómeno en virtud del cual se desconoce la intangibilidad del patrimonio personal de los socios de las sociedades de responsabilidad limitada², intangibilidad que no es sino una de las consecuencias del reconocimiento de personalidad jurídica a tales sociedades. Rara vez se utiliza esta expresión para designar un total desconocimiento de todos los atributos que la personalidad jurídica le concede a una sociedad —capacidad, domicilio, nacionalidad o patrimonio—, de modo que la expresión resulta ambigua en la medida en que no indica claramente qué fenómenos abarca³.

Para un ordenamiento jurídico como el colombiano, el reconocimiento de la personalidad jurídica a las sociedades es la configuración de un expediente técnico mediante el cual se busca facilitar la realización de transacciones económicas en el mercado⁴. Es decir, no se trata de una realidad previa a su

¹ Esta figura recibe diferentes denominaciones en los diferentes sistemas jurídicos, todas con igual significación. Entre las más frecuentes se encuentran: “desconocimiento de la personalidad societaria”, “levantamiento del velo corporativo”, “desconocimiento de la forma societaria”, “*disregard of legal entity*”, “*piercing the corporate veil*”, “despersonalización societaria”, etc.

² En Colombia: socios de sociedades anónimas y limitadas y socios comanditarios de sociedades en comandita. A pesar de no ser “socio”, puede incluirse en este grupo el titular de una empresa unipersonal.

³ “Pero, además de estos usos extensivos o metafóricos hay muchos otros casos, más complicados y más interesantes, de palabras que se aplican a una multitud de objetos que no presentan propiedades comunes connotadas por aquellas y donde, a pesar de ello, tenemos la impresión firme de que el uso de una misma palabra no es un mero accidente (...) Los problemas de este tipo son analizados y estudiados bajo el rótulo de ‘ambigüedad de los lenguajes naturales’”. CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo Perrot, 1994, p. 29-31.

⁴ “La sociedad forma, pues, una persona jurídica que bajo la protección de la ley obra autónomamente en el mundo de los negocios; pero, como tal, no es sino una ‘persona ficticia’, es decir, un simple procedimiento o recurso técnico para separar de hecho y de derecho la actividad social

adopción por el ordenamiento jurídico ni de una necesidad impuesta por la “naturaleza de las cosas”⁵.

La personalidad jurídica de la sociedad, así como su extensión, es un efecto legal cuyos alcances no dependen de nada distinto al ordenamiento mismo. Así, éste no solamente la otorga, sino que determina las condiciones en las cuales ella puede ser desconocida. Si bien este postulado fue alguna vez discutido, en la actualidad es aceptado de forma general, de suerte tal que el debate no se ubica en el campo de la posibilidad del desconocimiento de la personalidad jurídica, sino en el de la justificación de las condiciones que dan lugar a ello. Entonces, no se trata de discutir si es posible “levantar el velo corporativo”, sino de determinar si ello es conveniente y, en caso de serlo, determinar claramente respecto a cuáles intereses, en qué circunstancias y mediante qué mecanismos es posible hacerlo.

Para dar respuesta a estos interrogantes es indispensable fijar, de forma clara, un punto de partida. En efecto —y este es un aspecto del cual los autores nacionales, o al menos la mayoría de ellos, no parecen haber tomado conciencia—, la perspectiva desde la cual se aborde el tema tendrá una directa incidencia en las soluciones a proponer. Así, de optarse exclusivamente por una perspectiva de derecho privado —que podría denominarse “la del comercialista”—, desde la cual los intereses del comerciante y del comercio en general son el norte que debe guiar el análisis, habría que reconocer, al menos de manera preliminar, el carácter absolutamente excepcional del desconocimiento de la personalidad jurídica. Sin embargo, desde la perspectiva del “constitucionalista”, la *iusfundamental* al menos, tal excepcionalidad podría ponerse en entredicho.

Como ejemplo, piénsese en el caso de una sociedad anónima abierta dedicada a la prestación del servicio de transporte de empleados inscrita en el mercado de valores, que se encuentra en estado de liquidación y cuyo pasivo principal está constituido por las indemnizaciones debidas a los familiares de

de la individual de los socios”. PINZÓN, Gabino, *Sociedades comerciales: teoría general*. Bogotá: Temis, 1968, p. 26, vol. I.

⁵ “Porque la *personificación* de la sociedad es solo un medio o instrumento de regulación y basta que cumpla esta función dentro del orden jurídico —que es un orden esencialmente teleológico— para que sea completa su justificación, por más que pueda oponerse a la verdad material de los hechos”. *Ibid.*, p. 26 y 27.

varios pasajeros fallecidos durante un accidente de uno de sus vehículos. Si el activo es insuficiente para pagar las indemnizaciones en su mayoría a personas de escasos recursos que derivaban su sustento principal del salario del pasajero fallecido y, por lo tanto, ven comprometido su mínimo vital en caso de no recibir la indemnización, ¿deben hacerse responsables de este daño los socios de la empresa transportadora? o, al menos ¿debe responsabilizarse a la sociedad matriz solvente?

En su análisis del caso, el comercialista podría contestar a estas inquietudes que no, pues responsabilizar a los socios —o a cualquiera de ellos— daría lugar a producir efectos nocivos en el mercado de valores. En efecto, el valor de las acciones no está asociado exclusivamente a los resultados de la sociedad, como debería ser, sino, adicionalmente, a la exposición personal que tiene cada socio al riesgo derivado de la responsabilidad subsidiaria por las deudas de la sociedad —el más solvente estaría expuesto a un mayor riesgo—.

Por el contrario, el “constitucionalista” podría contestar que sí. Al fin y al cabo en el reconocimiento del mínimo vital están comprometidos derechos de carácter fundamental, cuya primacía deriva directamente de la Constitución y deben, por lo tanto, prevalecer sobre intereses de índole estrictamente económica como los de los inversionistas en un mercado organizado de valores.

La cuestión no debe, entonces, limitarse a adoptar una posición frente a los intereses que han de ser determinantes en el análisis. Se trata de fijar también la base teórica desde la cual se va a explicar el régimen del desconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, punto estrechamente relacionado con el anterior. Si lo que se busca es proteger a los acreedores voluntarios o involuntarios de la sociedad, la base teórica del “levantamiento del velo corporativo” debería asociarse con la infracapitalización de la compañía. En efecto, lo que se debe sancionar es no tener activos suficientes para responder por los pasivos previsibles causados en desarrollo del objeto social.

Si lo que se pretende es reprimir conductas “inapropiadas”, la base teórica de la doctrina que se comenta debe asociarse a una valoración de conducta, a un reproche. La responsabilidad civil por culpa o el abuso del derecho, entre otros, serían entonces los posibles fundamentos de la teoría con todo lo que ello conlleva.

Las consecuencias de adoptar una posición respecto a los puntos que se han venido exponiendo se manifestarán en el régimen al cual se debe someter el desconocimiento de la personalidad jurídica. Para ejemplificarlo quizás sea conveniente retomar el ejemplo propuesto líneas atrás: si se admite que es procedente hacer efectiva la responsabilidad de los socios de la sociedad transportadora y el argumento para hacerlo es que se trata de un mecanismo de protección de acreedores en estado de indefensión, surgen una serie de cuestionamientos. Por ejemplo, ¿qué deberían probar los acreedores? ¿Hasta dónde se debe extender el desconocimiento de la personalidad jurídica? ¿Mediante qué proceso deben tramitar su reclamación contra los socios?

Se podría pensar que el sólo hecho de que la sociedad deudora no tenga activos suficientes para responder por sus deudas debería ser razón suficiente para trasladar el riesgo a los socios, ya que este no le puede corresponder a terceros cuyos derechos fundamentales se encuentran en juego. Así mismo, es posible señalar que el mecanismo de protección, dados los intereses implicados, debe ser eficaz y expedito.

Las consecuencias de lo anterior podrían ser al menos dos: (i) la carga de probar la culpa de los socios de la empresa transportadora no debería ser impuesta a los acreedores de la indemnización, ni tan siquiera un vínculo de causalidad entre sus actuaciones y el estado de insolvencia de la sociedad. Basta probar la acreencia y el estado de insolvencia de su deudor para extender la responsabilidad a todos los socios de la empresa concursada y (ii) el mecanismo procesal de reclamación debe ajustarse a las necesidades de los acreedores insatisfechos. En efecto, el cobro contra los socios debe adelantarse dentro del trámite concursal o mediante un medio de defensa de derechos fundamentales⁶. En ningún caso, el acreedor debe ser sometido al trámite de un prolongado proceso declarativo tendiente a demostrar la responsabilidad de los socios cuyo patrimonio se pretende vincular al proceso de reclamación.

⁶ Tal es el caso cuando la responsabilidad de los socios se hace valer a través del mecanismo de la tutela. Así sucedió en el caso de los acreedores pensionales y de aportes de seguridad social de la Flota Mercante Grancolombiana. Al respecto véase: Corte Constitucional, sentencia SU-1023, 26 de septiembre de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.

¿Cuál es el panorama si el desconocimiento de la personalidad jurídica se justifica por razones de eficiencia en la empresa o en el mercado? ¿Y si lo que se busca mediante el levantamiento del velo corporativo es crear incentivos para una adecuada dirección de las sociedades que disminuya los costos de vigilancia de otros socios y de los administradores?

En tales casos, el régimen del desconocimiento de la personalidad habría de variar drásticamente: sólo podría hacerse extensiva la responsabilidad a los socios con poder de dirección de la sociedad —con lo que se soluciona, al menos en forma parcial, el problema de la exposición individual como criterio para la valoración de las acciones— o de los administradores a quienes habría que imputarles algún grado de negligencia, ya que lo que se pretende es incentivar la eficiencia en la gestión social.

Así las cosas, al tratarse de un evento de responsabilidad subjetiva o, al menos, de una institución muy similar, el proceso al cual se somete la extensión de responsabilidad debería ser un proceso declarativo. En el proceso se les debe garantizar el derecho de defensa a los administradores y a los socios controlantes, manifestado principalmente en la posibilidad de probar la ausencia de culpa.

Por lo demás, el problema no se limita a determinar cuál es el interés prevaleciente en un caso concreto o en una categoría tipo de hechos⁷. Si tal fuese el caso, nadie se atrevería a sostener que el interés de los socios en contar con una administración eficiente y en no comprometer su patrimonio personal prima sobre el interés, o mejor, sobre el derecho de una familia a llevar una vida digna.

Igual ocurriría a la inversa, pues nadie se atrevería a sostener que el interés de la multinacional acreedora de una sociedad prima sobre el interés de los inversionistas en contar con una administración eficiente y en no ver comprometido su patrimonio. Máxime si se tiene en cuenta que, en muchos casos, los socios inversionistas son particulares o entidades que actúan en nombre de aquellos, que trasladan ahorro personal a sociedades que demandan recursos. Por esa razón, el tema debe ser analizado desde una perspectiva más global.

⁷ Piénsese, a título de ejemplo, en los efectos *inter comunis* de la sentencia SU-1023.

¿Qué pensaría el constitucionalista si se le dijera que la generalización de una regla de responsabilidad ilimitada de los socios produciría, en el mediano y largo plazo, efectos más nocivos para los acreedores involuntarios —como los perjudicados por un hecho dañoso imputable a la sociedad— que los que se pretenden subsanar con el desconocimiento de la regla de responsabilidad limitada? En efecto, podría asumirse —o al menos sospecharse— que la generalización de una regla de responsabilidad ilimitada de los socios incentivaría dos posibles conductas de su parte.

Por un lado, podrían optar por no invertir, especialmente si se trata de socios “inversionistas” particulares, quienes, se supone, demuestran un alto grado de aversión al riesgo. Por el otro, los socios controlantes podrían optar por cambiar la proporción entre los mecanismos de financiación de la sociedad: disminuir el porcentaje de capital y aumentar el porcentaje de endeudamiento.

Dejando de lado los efectos que puede tener el desincentivar la inversión en sociedades, desde los puntos de vista macroeconómico y de “bienestar general”, ha de considerarse que cualquiera de las opciones podría llegar a producir efectos nocivos de cara a los acreedores que se pretendió proteger al ignorar la regla de la responsabilidad limitada. En efecto, al aumentar el porcentaje de endeudamiento, usualmente privilegiado por encontrarse amparado con una garantía, se disminuye en proporción el patrimonio con el cual responde la sociedad frente a acreedores involuntarios, cuya acreencia no puede, por definición, estar amparada mediante la constitución de una garantía.

De este modo, se perjudica a los acreedores al menos de dos maneras: (i) se posterga su crédito, pues una porción más significativa del pasivo de la sociedad se encuentra privilegiada por efecto de las normas sobre prelación de créditos e insolvencia y (ii) se les dificulta el cobro frente a la entidad más accesible y, de otro modo, más solvente, a la vez se les impone el costo de litigar frente un número plural de socios ubicados en diferentes parte del país o, incluso, en diferentes jurisdicciones. Los costos de estos litigios pueden llegar a ser prohibitivos y, en esa medida, hacer nugatorio el ejercicio del derecho de crédito.

Sin embargo, ¿el comercialista estaría dispuesto a promover la existencia de una sociedad en la que rigiera una regla de irresponsabilidad absoluta de los socios? Así mismo, ¿una empresa podría emprender cualquier tipo de actividad,

sin importar cuán especulativa o peligrosa y sin importar en qué condiciones, con la tranquilidad de que externalizaría todo riesgo que sobrepasara los aportes de los socios?

Tanto el comercialista como el constitucionalista viven en el mismo lugar, razón por la que ambos están igualmente expuestos a sufrir un perjuicio por el uso de un producto defectuoso, a ser atropellados por un automóvil, a padecer una grave enfermedad causada por la emisión de gases por parte de las empresas o a morir por la explosión de una estación de gasolina. Quizás el primero admitiría que existen casos en los cuales, agotado el patrimonio de la sociedad deudora, debe ser posible acudir a otro patrimonio para satisfacer la deuda.

El cuestionamiento que surge, entonces, es si el levantamiento del velo corporativo es la solución a los problemas que se han planteado. Preliminarmente, una introducción formulada de esta manera permite concluir que la definición del alcance y las consecuencias de la teoría del levantamiento del velo corporativo en una medida importante depende de la perspectiva que se adopte frente al asunto y, en relación con ello, de la finalidad que se le adscriba a la personificación jurídica y a la incomunicación patrimonial que, *prima facie*, ella supone.

Adicionalmente, es importante destacar que no sólo las perspectivas jurídicas pueden definir una orientación específica de análisis del problema dado que, incluso, la relevancia económica que se le confiera determina la variación de sus alcances. Esto último se constata de manera particularmente clara, una vez se efectúa una aproximación a la teoría del levantamiento del velo corporativo con apoyo en algunas de las herramientas del análisis económico del derecho.

2.2. Algunas conclusiones derivadas de las incursiones doctrinales y jurisprudenciales relacionadas con el alcance de la teoría del levantamiento del velo corporativo

Del examen de las aproximaciones que la doctrina y la jurisprudencia nacional han intentado en relación con la teoría del levantamiento del velo corporativo es posible formular algunas conclusiones que pueden llegar a ser relevantes para precisar con claridad cuál ha sido o es el escenario en el que se inscribe la discusión acerca de la posibilidad y de los efectos de la aplicación de la teoría

del levantamiento del velo corporativo. Sin duda alguna, las aproximaciones en esta materia se han encontrado notablemente impactadas por el tipo de posición que asume el participante: comercialista o constitucionalista.

2.2.1. Balance del estado de la discusión actual en Colombia

En la forma en que algunos de los autores abordan la cuestión y establecen las líneas de la discusión alrededor de las cuales debe definirse el contenido concreto de la teoría del levantamiento del velo corporativo en Colombia, se vislumbra que la construcción sistemática del fundamento, los alcances y los efectos de dicha teoría han tomado como punto de partida fundamental los materiales legislativos existentes. Esto supone que la edificación de la teoría, al menos para el ordenamiento colombiano, ha tenido un proceso que privilegia lo legislativamente concreto y, a partir de allí, pretende enlazarse con lo abstracto. Ciertamente, esta es una visión que podría calificarse, en algún sentido, como conceptualista.

En efecto, si se examinan algunos de los textos de la doctrina nacional podría verificarse que en algunos de ellos, el análisis de la teoría se efectúa previa evaluación de los siguientes artículos:

- a) Artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.
- b) Artículos 105, 135 y 357 del Código de Comercio.
- c) Artículo 8° de la ley 80 de 1993.
- d) Artículo 44 de la ley 190 de 1995.
- e) Artículo 71, parágrafo del artículo 148 y artículo 207 de la ley 222 de 1995.
- f) Artículos 61 y 82 de la ley 1116 de 2006.
- g) Artículo 42 de la ley 1258 de 2008.

Cada una de estas disposiciones permitiría fundamentar la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ordenamiento jurídico colombiano. De esta manera, quedará siempre como objeto de discusión la posibilidad de construir supuestos legislativamente autónomos del levantamiento

del velo corporativo y, como consecuencia, la supresión de la incomunicación patrimonial que se sigue de su aplicación.

Un camino semejante ha seguido la jurisprudencia nacional, particularmente la constitucional. La evolución jurisprudencial reciente en esta materia se ha apoyado en los textos legislativos existentes con el propósito de inhibir la denominada incomunicación patrimonial y, por esa vía, hacer responsable a los socios por el pasivo de la sociedad.

En efecto, al abordar los casos descritos en la sentencia SU-1023 del 2001⁸ y SU-636 del 2003⁹, la Corte Constitucional se apoyó en el derogado párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 para hacer transitoriamente responsables a los controlantes de una sociedad incapacitada para absorber su pasivo laboral. Tal interpretación ha resultado ampliamente discutida por la doctrina patria en la medida en que se ha considerado que la interpretación defendida en las sentencias no corresponde al verdadero alcance de lo dispuesto en la disposición¹⁰.

⁸ “Los aspectos señalados, es decir, la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de Derecho Privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros-Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la compañía de inversiones de la Flota Mercante” —Corte Constitucional, sentencia SU-1023.

⁹ “La Corte Constitucional, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el cien por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos (...) La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control”. Corte Constitucional, sentencia SU-636, del 31 de julio de 2003, MP Jaime Araújo Rentería.

¹⁰ El párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 disponía: “Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones

Sin embargo, debe advertirse que, al margen del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 pero al amparo del artículo 191 de la misma normativa¹¹, en la sentencia T-014 de 1999 el alto tribunal consideró pertinente establecer la solidaridad de los socios de una sociedad anónima¹². No obstante,

que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante, o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente”.

¹¹ El artículo 191 de la ley 222 de 1995 establecía: “Cuando sean insuficientes los activos para atender el pago del pasivo externo de la entidad deudora, el liquidador deberá exigir a los socios el pago de las siguientes prestaciones, así:

1. El valor de los instalamentos de las cuotas o acciones no pagadas.
2. El faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario.
3. El valor correspondiente a la responsabilidad adicional que se hubiere pactado en los estatutos.

Para los efectos de este artículo, el liquidador promoverá proceso ejecutivo contra los socios, sin necesidad de concepto previo de la junta asesora. En estos procesos el título ejecutivo se integrará por la copia de los inventarios y avalúos debidamente aprobados y una certificación de contador público o de revisor fiscal, si lo hubiera, que acredite la insuficiencia de los activos y la cuantía de la prestación a cargo del socio. No obstante, los socios podrán proponer como excepción la suficiencia de los activos sociales, o el hecho de que no se destinaron al pago del pasivo externo de la sociedad”.

¹² El núcleo de la argumentación de la Corte Constitucional puede encontrarse en el siguiente pasaje: “La empresa que originariamente tiene la carga pensional es Colcultidos S.A. El hecho de haber celebrado un contrato de fiducia no la exonera de la responsabilidad laboral. Surge la pregunta de si los socios pueden relegarse de dicha obligación. Se predica acá el principio legal de la solidaridad. La Corte Suprema de Justicia —casaciones del 9 de abril de 1960 y del 28 de marzo de 1969— indicó: ‘Al respecto no vale el argumento de que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, al contemplar sólo la responsabilidad solidaria de las sociedades de personas con sus miembros y de estos entre sí, excluye las de capital, puesto que si se creyó conveniente regular de manera especial en dicho estatuto tal aspecto de la responsabilidad, no fue con el ánimo de exonerar de la que incumbe a las sociedades anónimas, casi siempre con mayor suma de obligaciones laborales por su vasto radio de acción, sino porque esa materia está regulada en su integridad en el derecho comercial aplicable en lo pertinente a las obligaciones surgidas del contrato de trabajo, a falta de disposición expresa’. Son, pues solidariamente responsables no sólo la empresa sino sus socios. Claro que surge una inquietud: si está en trámite una liquidación obligatoria, las obligaciones a cargo de los socios surgen, según el artículo 191 de la ley 222 de 1995, cuando sean insuficientes los activos. Esto es cierto, pero no significa que desaparece la solidaridad porque el liquidador podrá exigir, mediante proceso ejecutivo contra los socios, el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario. Pero, acá no se agota el tema de la solidaridad, porque la Corte Suprema de Justicia —Sentencia del 10 de enero de 1995— recuerda que según el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo en el conflicto de leyes del trabajo y cualquier otra se prefieren aquellas, luego no quedará solamente al arbitrio del liquidador la exigencia a los socios,

con posterioridad a tal decisión, la Corte declaró la nulidad de la citada sentencia, por cuanto estos nunca fueron citados durante el proceso correspondiente. Con independencia de las consideraciones precedentes, la argumentación contenida en el fallo resulta especialmente discutible dado que: (i) el artículo 191 de la ley 222 de 1995 regula un deber asignado al liquidador de las sociedades y (ii) la corporación omitió toda consideración respecto del tipo societario de la sociedad demandada.

A pesar del nivel de concreción que suponen las soluciones de los casos citados con ocasión del ataque formulado contra algunas de las normas del Código de Comercio que prevén la limitación de la responsabilidad de los socios, la Corte Constitucional ha podido desplegar una actividad interpretativa orientada a fundamentar, con un nivel mayor de abstracción, los supuestos de aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo. Así por ejemplo, al examinar la constitucionalidad de algunos apartes de los artículos 252 y 373 del Estatuto Mercantil, el alto tribunal consideró que si bien esta doctrina no tenía una consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano era posible emplear otros instrumentos con el mismo objeto.

Además del fundamento estrictamente legislativo que se deriva de los artículos 148 y 207 del código, su postura podría encontrarse amparada en: (i) el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro, (ii) la prohibición de abuso del derecho y (iii) la proscripción del empleo de la persona jurídica como instrumento para defraudar los intereses de terceros¹⁵.

De conformidad con las citas jurisprudenciales señaladas, las cuales no agotan el espectro de posiciones judiciales acerca de la teoría del levantamiento del velo corporativo, dado que sobre la misma pueden constarse manifesta-

sino que este derecho también es susceptible de ser ejercido por los trabajadores y extrabajadores, si el liquidador en el momento oportuno no lo hace". Corte Constitucional, sentencia T-014, 21 de enero de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵ En el fundamento jurídico 26 de la sentencia C-865 de 2004 la Corte Constitucional expresó: "Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo para obtener la reparación del daño acontecido". Corte Constitucional, sentencia C-865, del 7 de septiembre de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.

ciones expresas en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado es posible concluir que el desarrollo de esta doctrina ha tenido en Colombia un capítulo especial en los pronunciamientos de la Corte Constitucional. No obstante, se destaca que la Sala Laboral de la Corte Suprema ha definido los tipos societarios que pueden ser calificados como sociedades de personas, para efectos de dilatar la responsabilidad de los asociados respecto del pasivo laboral. Tal análisis le ha permitido sostener que las sociedades limitadas ostentan la naturaleza mencionada excluyéndose de tal calificación a las anónimas.

Estas jurisprudencias no han motivado desacuerdos fundamentales entre los diferentes magistrados que componen las salas de decisión de las altas corporaciones de justicia en Colombia. Sin embargo, esta unanimidad no se reproduce en el contexto de la doctrina que se ha ocupado del asunto. En efecto, si se explora con cuidado la explicación de que del fenómeno del levantamiento del velo corporativo ha sido presentado por los autores nacionales, no sólo será posible encontrar diferencias en el enfoque a partir del cual se estudian los problemas asociados a las restricciones impuestas a la incomunicación patrimonial derivada de la personificación jurídica, sino también actitudes críticas diferenciadas frente a la evolución jurisprudencial correspondiente.

Con el propósito de constatar la diferencia de enfoques anunciada, es pertinente presentar una síntesis de algunos de los aspectos esenciales tratados por la doctrina:

- a) En relación con el fundamento de la teoría del levantamiento del velo corporativo la doctrina expone diferentes posiciones. Los intentos de fundamentación, que en ocasiones se aclaran con la evaluación de sus supuestos de aplicación, transitan en explicaciones que se apoyan en:
 - La prohibición de defraudar a los acreedores valiéndose de estrategias jurídicas, *prima facie*, lícitas.
 - El hecho de que el peso relativo de los derechos de los acreedores podría ser mayor que el asignado al derecho de protección del

patrimonio de los socios o accionistas a través de la personalidad jurídica de la sociedad.

- El deber de reparar los daños causados a terceros; (iv) la prohibición de abusar del derecho de asociación.
 - La prohibición de utilizar la sociedad-persona jurídica como un simple instrumento por parte del accionista que la controla.
 - La necesidad de salvaguardar el interés público general, de forma tal que el legislador sería autónomo para definir los supuestos del levantamiento del velo corporativo.
 - La necesidad de conferir coherencia al ordenamiento jurídico.
 - La teoría de la apariencia.
 - La necesidad de evitar que la sociedad se utilice como medio para ejecutar acciones antijurídicas de cualquier naturaleza.
- b) Cada una de tales explicaciones puede tener conexiones de naturaleza justificativa o complementaria e, incluso, pueden resultar siendo el presupuesto de otras. De esta manera, referirse a la justificación de la teoría del levantamiento del velo corporativo con pretensiones de exactitud y coherencia —si ello fuere posible— no es siempre sencillo, dada la diversidad de explicaciones que sobre el particular se han diseñado. Incluso, no es del todo extraño encontrar autores que intenten otorgarle autonomía dogmática a la teoría del *disregard*, de manera que esta doctrina tendría sus propios fundamentos, alcances y consecuencias.
- c) De otra parte, la naturaleza de las obligaciones insatisfechas por la sociedad pueden incidir en el alcance otorgado a la figura. Así, por ejemplo, actualmente resulta posible constatar una mayor sensibilidad de la jurisprudencia y la legislación, y, por lo tanto, una mayor disposición a desestimar la incomunicación patrimonial derivada de la existencia de la persona jurídica y por esa vía hacer responsables a los socios o accionistas cuando el tipo de créditos a cargo de la sociedad sean de naturaleza laboral y tributaria. Eso no supone que la figura resulte absolutamente inaplicable en ámbitos diferentes. Sin embargo, el tipo de intereses que

se adscriben a tales campos se activan como una razón poderosa para facilitar el esfuerzo argumentativo para desconocer el velo corporativo.

Por otra parte, es importante resaltar que la teoría del desconocimiento de la persona jurídica ha encontrado una aplicación específica en el caso de la empresa unipersonal¹⁴. En su regulación particular se establece que cuando ésta sea empleada para hacer fraude a la ley o en perjuicio de terceros el empresario —titular de las cuotas en que se encuentra dividido su capital— responderá por las obligaciones nacidas de los actos prohibidos y por los perjuicios que se hubiera podido causar. Según se desprende de la regulación correspondiente, esta responsabilidad se extiende a aquellos administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos de defraudación prohibidos.

Es claro que, para efectos de levantar el velo corporativo, la regulación a la que se hace referencia concentra su atención en los casos en los que la empresa ha sido constituida con fines torcidos y con el propósito de desconocer la ley o afectar legítimos intereses de terceros. Esta regulación coincide, en una medida importante, con lo dispuesto en el artículo 207 de la ley 222 de 1995.

Según se desprende de lo indicado, no sólo en este informe de investigación, sino también de los artículos que componen esta obra, la evolución jurisprudencial en Colombia ha dado lugar a intensas consecuencias económicas que, de alguna manera, podrían incidir en: (i) los sistemas de organización empresarial; (ii) la disposición de los inversionistas para adquirir participación en sociedades comerciales y, en cualquier caso, en la manera en que se encuentran dispuestos a hacerlo; (iii) la valoración de los activos de las sociedades en el mercado financiero intermediado y no intermediado; (iv) la profundización de procesos de inversión extranjera permanente en Colombia y (v) en la confianza en el sistema societario colombiano como instrumento de articulación de capital y trabajo.

¹⁴ El artículo 71 de la ley 222 de 1995 establece: “Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

Lo anterior no supone que la incidencia delineada en el párrafo precedente se agote con la actividad judicial. Por el contrario, la simple existencia de disposiciones que consagren la posibilidad de levantar el velo corporativo, así como su desarrollo y explicación por parte de la doctrina, son suficientes para que se produzcan algunos de los efectos que han sido mencionados y a los que se hará una breve referencia a continuación:

- a) Sin lugar a dudas, disposiciones como las contempladas en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 pueden determinar la manera en que se despliegan los diferentes “sistemas de organización empresarial”. En efecto, al evaluar las consecuencias que podrían seguirse de ostentar la condición de matriz o controlante de una sociedad, es claro que la disposición mencionada, y particularmente la interpretación que del mismo ha formulado la Corte Constitucional en diferentes providencias, puede afectar de diversas maneras, la decisión del potencial controlante. La posibilidad de que las obligaciones a cargo de la subordinada —particularmente, las laborales— puedan serle transferidas con ocasión del estado de liquidación de esta última puede constituirse en un efecto económico determinante del sistema de organización empresarial elegido.
- b) Con una potencia semejante, la mayor exposición al riesgo derivada de las disposiciones referidas con anterioridad puede afectar, por ejemplo, el número de acciones o cuotas que un inversionista se encuentra dispuesto a adquirir y el valor que éste se encontraría preparado a pagar en orden a adquirir las acciones o cuotas de que se trate. Así las cosas, la disposición de los inversionistas para participar en determinadas sociedades podría encontrarse afectada. Incluso, tal afectación podría incrementarse si se valora la manera en que son interpretadas las disposiciones correspondientes por parte de las autoridades judiciales y administrativas.
- c) La aplicación específica de la teoría del levantamiento del velo corporativo podría incidir en la manera en que son valorados los activos en el mercado financiero intermediado y no intermediado. En efecto, la evaluación del riesgo por parte de una entidad financiera es susceptible de llevarse a cabo de diversas maneras, según se trate o no de una

sociedad expuesta a responder por el pasivo de sociedades respecto de las cuales actúa como matriz.

Es claro que en una eventualidad tal, puede ubicarse en situación de riesgo la satisfacción adecuada del crédito con una entidad financiera, de manera que ello podría conducir al establecimiento de exigencias especiales para otorgar un crédito. Adicionalmente, parece posible considerar que el valor de cotización de las acciones o de los bonos convertibles en acciones emitidos por una sociedad puede resultar afectado por el mayor o menor riesgo de la sociedad emisora, de encontrarse obligada, en virtud de la aplicación de supuestos específicos del levantamiento del velo corporativo, a cubrir obligaciones de terceros.

- d) Así mismo, y como corolario de los puntos precedentes, es claro que el nivel de responsabilidad de potenciales inversores extranjeros en el sistema colombiano, conjuntamente con el nivel de estabilidad del ordenamiento jurídico, será uno de los factores de evaluación de mayor relevancia para que se adelanten procesos de inversión extranjera.
- e) En otro sentido, y en directa relación con el comportamiento que la jurisprudencia ha tenido al interpretar el derogado parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, la predilección absoluta a favor del capital o del trabajo en el marco de las relaciones propias del derecho de sociedades puede desembocar en el desconocimiento de la regulación constitucional colombiana. En ella puede percibirse de manera clara la pretensión de conseguir una articulación adecuada entre las garantías a través de las cuales se protegen ambas.

3. Orientaciones sobre la teoría del levantamiento del velo corporativo: desarrollo y perspectivas

La investigación bibliográfica adelantada con ocasión del desarrollo de este proyecto ha permitido constatar la diversidad de orientaciones teóricas y metodológicas que han sido empleadas para analizar el asunto. De esta manera, es posible encontrar (i) perspectivas teóricas en las que predomina el análisis jurídico del asunto y (ii) perspectivas teóricas en las que tiende a privilegiarse el análisis económico de la cuestión. Al mismo tiempo resulta factible encontrar

orientaciones metodológicas (iii) preocupadas, principalmente, por describir la manera en que ha sido desarrollada la doctrina de la teoría del levantamiento del velo corporativo mientras otras (iv) se ocupan por encontrar el adecuado fundamento de la citada teoría y, partir de allí, explicar sus propios efectos.

Cada una de estas posibilidades resulta correcta pero, sin embargo, probablemente incompleta. Ello es así dado que el levantamiento del velo corporativo o la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades, no sólo es un asunto conflictivamente jurídico dado que pone en cuestión algunas de las ideas centrales que se tienen acerca de los rasgos de la personalidad jurídica sino que, al mismo tiempo, se erige en un problema fundamentalmente económico debido a que incide en el comportamiento de las sociedades —y de sus integrantes— potencialmente destinatarias de la teoría y en la actuación de los agentes que con ellas se relacionan. No obstante lo anterior, el desarrollo de la investigación tomó nota de tal circunstancia y, en la medida de las posibilidades, trató de consultar textos que reflejaran cada una de tales visiones y que complementaran el análisis con la mirada de las personas que se enfrentan cotidianamente al tipo de cuestiones analizadas.

Las consideraciones que contiene esta segunda parte se articulan alrededor de dos cuestiones fundamentales. La primera de ellas se asocia con la exposición descriptiva del fundamento adecuado de la teoría del levantamiento del velo corporativo y de las hipótesis que, de conformidad con un sector doctrinal amplio, podrían agrupar los supuestos centrales de su aplicación. La segunda se anuda a la pregunta acerca de la forma en que debería regularse, desde el punto de vista estrictamente jurídico este fenómeno. Este asunto encuentra una conexión directa con la cuestión acerca de si la materia debe ser objeto de regulación legislativa o debe preferirse, de cualquier manera, un desarrollo jurisprudencial.

La respuesta a la segunda de tales cuestiones posee una relación directa con el tipo de preguntas acerca de los efectos económicos derivados de la ampliación de los supuestos de hecho que autorizarían la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en Colombia.

Así pues, considerando lo anterior se seguirá una estructura de argumentación compuesta por los siguientes niveles. En primer lugar, se aludirá brevemente a los aspectos centrales de la situación actual de la teoría del levantamiento del

velo corporativo en Colombia. A continuación, se hará referencia a los supuestos básicos reconocidos en la doctrina y jurisprudencia extranjera como eventos que autorizarían la aplicación de la mencionada teoría. Seguidamente, se evaluará si a la luz del estado actual de la discusión en Colombia, es imperativo establecer alguna regulación orientada a ampliar o restringir los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo, aludiendo a algunas referencias acerca del impacto económico del tipo de regulación que se adopte.

3.1. Breve referencia al fundamento del levantamiento del velo corporativo en Colombia

Es claro que el sistema jurídico colombiano no contiene una cláusula que agrupe de manera particular todos los supuestos que —en sentido general— podrían entenderse abarcados por la teoría del levantamiento del velo corporativo. Sin embargo, legislativamente existen algunos supuestos que ostentan la condición de casos particulares de la citada teoría.

No es del caso en este momento abordar exhaustivamente el contenido de las reglas particulares que regulan hipótesis específicas de la aplicación del levantamiento del velo societario. Basta, remitirse a la primera parte de este documento en el que se expone descriptivamente la manera como la doctrina nacional más sobresaliente se ha aproximado al asunto a partir de la regulación legislativa existente. Es importante detenerse, en consecuencia, en la revisión del fundamento que a la citada teoría parece conferirle la jurisprudencia constitucional más reciente en esta materia.

En la sentencia C-865 de 2004¹⁵ la Corte Constitucional indicó lo siguiente al referirse al principio de limitación de la responsabilidad aplicable en materia de sociedades:

¹⁵ En esta sentencia, a la Corte Constitucional le correspondió definir si los artículos 252 y 373 del Código de Comercio desconocían las garantías laborales contenidas en la Constitución Política, al establecer el principio de limitación de responsabilidad en las sociedades por acciones. En esta oportunidad, el alto tribunal declaró exequibles las disposiciones correspondientes, pero únicamente por los cargos analizados en la providencia. Ello supone la posibilidad de plantear nuevamente, aunque por otro tipo de cargos, el debate acerca de la constitucionalidad de este principio. En tal medida, aunque la argumentación de la corporación le confirió notable apoyo, no puede descartarse la posibilidad de que, posteriormente, bajo una línea argumentativa alternativa se discuta la exequibilidad de tal principio.

Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido¹⁶.

Si bien no es éste el único de los argumentos empleados por el Tribunal Constitucional para establecer los límites del principio de incomunicación patrimonial es posible constatar, en su estructura, el predominio de la existencia de la idea de fraude de intereses legítimos de terceros como razón justificatoria para limitar el principio que a su vez limita la responsabilidad patrimonial de los accionistas. Esto supone un argumento fuerte a favor de la tesis de conformidad con la cual la inoponibilidad¹⁷ de la persona jurídica procede en aquellos eventos en los que se configuran los elementos estructurales del denominado fraude a la ley.

No obstante, debe advertirse que en la citada sentencia se exponen otros argumentos orientados a conferirle fundamento jurídico expreso a la citada teoría negándole incluso —podría decirse— su autonomía dogmática. Así, por ejemplo, se expone que la eliminación del principio de incomunicación patrimonial podría producirse con apoyo en la aplicación (i) de la prohibición de abuso del derecho —reconocida de manera expresa, por ejemplo, en el artículo 830 del

¹⁶ En otro lugar de la referida sentencia, la Corte Constitucional, al articular su argumento con la necesidad de evitar el abuso de los derechos destacó nuevamente la idea de fraude: “Sin embargo, a pesar de su innegable importancia para el desarrollo del sistema económico, la limitación de riesgos a favor de los socios de las sociedades anónimas no puede considerarse un derecho absoluto, como no lo es ninguno de los derechos personales o reales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño, o en últimas, en interés de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público que el legislador permite interponer acciones contra los socios de dichas sociedades, en casos especiales y excepcionales, previamente tipificados en la ley con el propósito de responsabilizarlos directamente con su propio patrimonio frente algunas obligaciones”.

¹⁷ Algún sector de la doctrina prefiere emplear la expresión inoponibilidad, dado que la misma evita la confusión que se puede originar con el empleo de vocablos que, en algunas oportunidades, parecen sugerir la eliminación total de la personalidad jurídica.

Código de Comercio— y (ii) del mandato de no hacer daño a otro —apoyado en disposiciones constitucionales como las contenidas en los artículos 58 y 83—¹⁸.

Puede exponerse de antemano que un amplio espectro de posibilidades de fundamentación ofrece la jurisprudencia constitucional sin pretender conferir exclusividad a ninguna de las propuestas. Ello describe de alguna manera los cauces a través de los cuales habrá de desarrollarse en Colombia —ampliándose o estrechándose— la doctrina mencionada. Lo importante es considerar que, por ahora, se dispone de un arsenal interpretativo de diferente alcance a fin de explicar una teoría cuya elaboración no ha sido bajo ninguna circunstancia sencilla, así como tampoco unánime. De cualquier forma, ser consciente de la diversidad de fundamentos —que no es una hipótesis extraña en el derecho comparado— ofrecerá claridad acerca de los alcances prácticos de la doctrina¹⁹ y permitirá establecer el tipo de regulación²⁰ que al respecto requiere ser implementada.

¹⁸ En uno de sus fundamentos, de manera particularmente amplia, la Corte Constitucional indicó: “En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro —*neminem laedere*—, de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil (...); (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio (...); (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 (...); y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley...”

¹⁹ La doctrina española ha destacado la diversidad de figuras a las que acudió el Tribunal Supremo español en 1984, para fundamentar la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica de las sociedades. Al respecto, Boldó Roa señala: “En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo español no mantuvo en un primer momento la doctrina del levantamiento del velo, sino lo que califico como ‘doctrina de terceros’. Habría de esperar a los años 1980 para conseguir una formulación concreta de la conocida como ‘doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica’, que en estos momentos se halla totalmente consolidada. Será la sentencia del 28 de mayo de 1984 la que recogerá el primer pronunciamiento íntegro de ella, que será repetido con mayor o menor fidelidad en numerosas sentencias posteriores. El Tribunal Supremo en dicho pronunciamiento alude a distintas figuras para fundamentar la aplicación de esta doctrina: la aplicación por la vía de la equidad y con acogimiento a la buena fe, el fraude de ley y el perjuicio de intereses de terceros, el abuso del derecho y su ejercicio antisocial (...). Sin embargo, la referencia a estas instituciones se realiza en bloque, sin precisar si en cada caso será una la institución aplicable o todas entraran en juego a un mismo tiempo, supuesto bastante difícil puesto que cada una de ellas tiene su propia entidad, requisitos y efectos”. BOLDÓ ROA, Carmen. “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”. *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 30, No. 175-180, 1997.

²⁰ Por regulación se entiende cualquier disposición de naturaleza jurídica —esto es, dotada de autoridad y coacción— con independencia de su fuente.

Ciertamente, y debe admitirse de antemano, no es posible señalar que en Colombia exista una dogmática particularmente exhaustiva que explique (i) la fundamentación de la teoría o (ii) los grupos de casos en que su aplicación resulta posible. De alguna manera del estudio de la bibliografía y jurisprudencia nacionales²¹ parece derivarse la inexistencia de un cuerpo suficientemente poderoso de conceptos y argumentos alrededor de esta cuestión. Incluso, los análisis de mayor relevancia —salvo algunas excepciones— se detienen en el análisis específico de la teoría, vista a través (i) de disposiciones particulares que la contienen tal y como ocurre, entre otros, con el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 y con el artículo 207 de la citada ley o (ii) de específicos pronunciamientos jurisprudenciales que han abordado la interpretación de dichos artículos²².

Así, es posible concluir en relación con la aplicación del levantamiento del velo corporativo en Colombia lo siguiente:

- a. La jurisprudencia constitucional colombiana, en una línea semejante a la seguida —por ejemplo— por el Tribunal Supremo español en 1984, no ha conferido una fundamentación exclusiva a la aplicación de la doctrina del *disregard* en el ordenamiento jurídico colombiano. Tal indeterminación se encuentra complementada por el hecho, bastante usual en esta materia, de expresar la explicación de tal teoría a partir de formulas indeterminadas semántica y estructuralmente.
- b. Parece posible constatar una predilección en la jurisprudencia más reciente de la Corte Constitucional, a efectos de fundamentar la teoría con

²¹ Para el efecto, pueden confrontarse las siguientes sentencias: Corte Constitucional, sentencia C-865, 7 de septiembre de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil; Corte Constitucional, sentencia SU-636, 31 de julio de 2003, MP Jaime Araujo Rentería; sentencia SU-1023, 26 de septiembre de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño; Corte Constitucional, sentencia. T-014, 21 de enero de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto, 17 de mayo de 2001. CP César Hoyos Salazar; Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia, 29 de noviembre de 1992, MP Hugo Suescún Pujols.

²² Ello resulta particularmente claro en relación con sentencias tales como la SU-1023 de 2001, en la que la Corte Constitucional determinó la aplicación del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 en una hipótesis en que se formularon diversas reclamaciones laborales en contra de la entidad controlante de una sociedad anónima.

apoyo en la “doctrina del fraude”. No obstante, podría resultar plausible exponer otro tipo de ideas reguladoras del asunto.

- c. La construcción de los alcances concretos de la teoría en Colombia ha girado fundamentalmente alrededor de posiciones diseñadas sobre la base de disposiciones legislativas expresas. Ello ha ocurrido igualmente en la crítica jurisprudencial.

3.2. Algunos grupos de casos que autorizan la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el derecho comparado

Antes de hacer referencia a los grupos de casos alrededor de los cuales se ha llevado a cabo la discusión en algunos países, es importante subrayar que parece ser una posición sólida, de cara a la explicación de la personalidad jurídica societaria, aquella que sostiene que tal personificación es simplemente un recurso técnico dispuesto por los sistemas jurídicos para alcanzar los más diversos fines y, particularmente, para concretar procesos de inversión de una mayor intensidad. Ello supone que la persona jurídica-sociedad no es una realidad prenORMATIVA que se articule con una especie de iusnaturalismo de la naturaleza de las cosas sino que, por el contrario, su existencia se encuentra *esencialmente vinculada* con el reconocimiento normativo que se le otorga. De alguna manera, es posible señalar que la personificación jurídica societaria se inscribe, desde el punto de vista finalista, en el diseño de un instrumento que permite alcanzar las más diversas finalidades. Tales finalidades se encuentran vinculadas con la necesidad (i) de llevar a efecto una adecuada distribución de riesgos, (ii) de garantizar el adecuado desarrollo del mercado público de valores, (iii) de fomentar procesos de inversión transparentes y (iv) de permitir llevar a efecto una adecuada planeación empresarial.

En un importante estudio de Robert B. Thompson denominado *Piercing the corporate veil: an empirical Study* se advierte lo siguiente acerca de las funciones que puede cumplir la limitación de la responsabilidad, correlato de la atribución de personalidad jurídica:

Thus, this empirical study permits us to see the contextual nature of the piercing the corporate veil question and the structure by which operates. Limited liability is a presumptive rule of law that facilitates the development of public markets for securities, permits the allocation of risk or benefits between parties, and supports the certainty of planning by those who have organized.

Esta explicación acerca de la naturaleza de la persona jurídica y de las finalidades que ella persigue, otorga mayores posibilidades de despliegue a la doctrina del levantamiento del velo corporativo dado que, a la luz de la misma, es más simple sostener, por ejemplo, que cuando al amparo de las normas que confieren la personalidad jurídica y limitan los riesgos de los accionistas —norma de cobertura indicarían aquellos que fundamentan la doctrina en la teoría del fraude a la ley—, se utiliza la entidad a fin de que estos eludan deberes impuestos por otras normas o desconozcan las finalidades legítimas que según el ordenamiento justifican tal limitación, no puede respaldarse tal conducta defraudatoria en el citado recurso técnico.

De cualquier manera, debe señalarse que la construcción de un fundamento unánime de la teoría no parece ser una tarea fácticamente posible dada la diversidad de opiniones y esfuerzos que desde diferentes perspectivas han sido llevadas a efecto. Este tipo de dificultades son posibles de constatar en los diversos estudios que se han ocupado de analizar el problema a través del derecho comparado²³ no obstante que, en ocasiones establecen algunos elementos comunes²⁴.

²³ En este sentido, resulta de gran interés el trabajo de Juan M. Dobson titulado *Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States*. Sin embargo, el autor precisa la existencia de algunos rasgos comunes en la fundamentación de los principios generales que explican la doctrina. En este escrito, publicado en *International and Comparative Law Quarterly* se advierte: "Fraud has relevant in all the countries consider. Most of the decisions the will be examined make direct or indirect referent to fraud—the 'disregard of legal entity' doctrine in the US forms part of the law of fraud; (...) the notion of fraud is contained in most of the English decisions; (...) the Argentine Supreme Court has stated that fraud is a prerequisite of *abuso de la personalidad* remedies; (...) and in France the complementary doctrines of the *société fictive* and of *confusion des patrimoines* both involve the notion of fraud".

²⁴ Para una aproximación a la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ordenamiento jurídico venezolano puede consultarse: LEPERVANCHE MICHELENA, Carlos. "La teoría del levantamiento del velo corporativo". En: *Ensayos Jurídicos en Celebración de los 90 años*

La lectura de la doctrina de mayor relevancia en esta materia²⁵ permitió constatar que existe una diversidad de hipótesis que autorizan la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades correspondientes. De cualquier manera, parece posible constatar que la definición de los supuestos que autorizan el levantamiento del velo corporativo ha sido construida con particular prudencia. Esto podría explicarse, entre otras cosas, en el hecho de que una línea argumentativa que autorice libremente aplicar la doctrina del levantamiento del velo podría tener efectos serios en el desarrollo de los procesos de inversión.

Los supuestos que permiten el levantamiento del velo corporativo en el derecho norteamericano son de diversa naturaleza y, tal y como se ha advertido, han sido objeto de múltiples y diversos análisis.

Así por ejemplo, previa revisión de la doctrina norteamericana, Reyes Villamizar enuncia algunas de las circunstancias que son comunes en los eventos en que la teoría del *disregard* resulta aplicable no si antes hacer referencia a la observación de Thompson en la que indica *la falta de unanimidad de los tratadistas en torno de las hipótesis que originan el levantamiento del velo*. De estas circunstancias cabe destacar (a) operaciones con el socio controlador, (b) violación de formalidades legales y estatutarias, (c) confusión de activos y negocios, (d) restablecimiento de la equidad, (e) fraude a los socios o acreedores y (f) infracapitalización²⁶.

del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart y Núñez. Caracas, 2004. En el caso australiano, véase: RMASAY, Ian y NOAKES, David. *Piercing the corporate veil in Australia*. Así mismo, para revisar el desarrollo de la teoría en China y en Alemania puede consultarse LEE, Handel y BLUMENTAL, David. *Parent company and shareholder liability: 'piercing the veil' of chinese corporate subsidiaries*. En: *Business Law International*, vol. 5, No. 2, 2004.

²⁵ Es importante destacar el significativo número de obras que se han ocupado del análisis de la doctrina que se comenta. En particular, ha sido de especial importancia la literatura española, argentina y norteamericana. Los estudios realizados en Estados Unidos han ocupado un lugar importante en el análisis de esta cuestión si se tiene en cuenta que, incluso, algunos autores reconducen el nacimiento de tal teoría a las actuaciones de los tribunales de ese país. Así, por ejemplo, Le Pera indica lo siguiente: "La doctrina del *disregard* nació en Estados Unidos muy tempranamente y de modo casi simultáneo con la atribución a los particulares de la facultad de obtener, mediante la simple presentación de un formulario, una forma corporativa bajo la cual pudieran cubrirse las más gigantescas empresas internacionales y los más humildes negocios personales. Su recepción europea, sin embargo, sólo ocurrió hace pocos años. Hay trabajos previos como los de Ascarelli, pero su difusión debe asociarse a la aparición del bien conocido libro de Serick" —LE PERA, Sergio. *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Astrea, 1979, p. 145.

²⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos: introducción comparada*. Bogotá: Legis, 2006, p. 180-186.

Mathew D. Caudill en un artículo denominado *piercing the corporate veil of a New York not-for-profit* ha indicado lo siguiente al referirse al significado del principio de limitación de la responsabilidad:

A corporation exists independent of its owners as a separate legal entity. (...) A corporation's distinct legal existence insulates its shareholders from liability: shareholders of a corporation are liable only for the amount of their investments and not for the debts of the corporation itself. (...) Courts will only pierce in the unusual circumstance, to prevent fraud, achieve equity or avert the violation of a statute or public policy. (...) Under the piercing doctrine, courts may hold liable corporate actors who misuse the corporate form in such a manner as to accomplish their own personal affairs rather than of the business of the corporations.

D. Caudill indica que las cortes se han ocupado de desarrollar algunas teorías que sistematiza, haciendo alusión a ellas como (a) *alter ego*²⁷, (b) *instrumentality*²⁸, (c) *equity*²⁹ y (d) *public policy*³⁰.

²⁷ "Under the *alter ego* test, the separate existence of the corporation shall be disregarded if: (i) the corporation is so influenced by the controlling person(s) that there is such unity of both ownership and interest that the separateness of the corporation has ceased and (ii) adherence to the separate corporate existence would perpetuate a fraud or promote injustice". CAUDILL, Mathew. "Piercing the corporate veil of a New York not-for-profit". En: *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*. Cumen VIII, 2003.

²⁸ "Under the instrumentality test, the distinct corporate existence of a subsidiary in relation to its parent entity shall be disregarded if: (i) complete domination existed in respect to be attacked transaction so that the distinct corporate entity had no separate mind, will, or existence of its own [instrumentality element]; (ii) defendant use such that do domination to commit fraud or wrong [improper purpose element]; and (iii) such domination and breach of duty must proximately cause de loss or unjust injury [proximate cause element]". *Ibid.*

²⁹ "Courts dissatisfied with both the *alter ego* and instrumentality tests have fashioned their own equitable tests that focus upon the distinct factors in a given case. (...) Courts consider several factors, (...) including: (i) undercapitalization; (ii) failures observe the formalities of corporate existence; (iii) nonpayment or overpayment of dividends; (iv) siphoning off of funds by the dominant shareholder; and (v) guarantee of corporate liabilities by a majority of shareholders". *Ibid.*

³⁰ "Some Courts will pierce when the defendant utilized the corporate form to violate a statute, perpetuate a fraud, or violate other public policy. The improper conduct may involve discharging unwanted obligations by creating new business entities with the same controlling persons while hindering the ability of the previous entity to pay off its debts. (...) Another likely application of

De esta manera, resulta evidente que las hipótesis que pueden entenderse cobijadas por la teoría del levantamiento del velo corporativo se asocian a los más diversos supuestos y no resulta posible, mas allá de las expresiones generales, conferirles una organización única. Incluso en la actualidad algún sector de la doctrina norteamericana ha señalado las diversas orientaciones de los tribunales de EEUU en el tratamiento de la materia y, particularmente, en la exigencia de acreditar el fraude. Al respecto, Elizabeth S. Fenton en un corto artículo publicado en *Business Torts Journal* expone lo siguiente:

The doctrine of piercing the corporate veil, always controversial, recently has experienced a resurgence and a broadening in many jurisdictions. At the same time, there are numerous jurisdictions in which the doctrine's traditionally narrow application continues. This article will briefly address cases in a sample of jurisdictions that exemplify the divergences between the broad and narrow approaches to the doctrine. While some states strictly apply the doctrine and require evidence of fraud, others—most notably New York and Ohio—have moved away from the fraud requirement and merely require injustice or impropriety⁵¹.

La doctrina española igualmente ha desarrollado interesantes trabajos de ordenación dogmática de la teoría del levantamiento del velo corporativo a partir de la jurisprudencia de sus tribunales. Es particularmente interesante el trabajo de la profesora Carmen Boldó Roda en el que sintetiza los presupuestos reconocidos por la doctrina a efectos de autorizar la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo —dominio de la sociedad por otra persona física o jurídica, fraude de ley y subsidiariedad— y, adicionalmente, intenta establecer algunos grupos de casos derivados de la jurisprudencia de los Tribunales Españoles. Este

this test involves attempts to avoid compliance with environmental, employment, and antitrust regulation". *Ibid.*

⁵¹ FENTON, Elizabeth. "Recent developments and divergences in the doctrine of piercing the corporate veil. En: *Business Torts Journal Winter*, 2006. Disponible en: www.reedsmith.com. Consulta realizada el 21 de abril de 2010.

trabajo es particularmente relevante dado que pone de relieve la naturaleza principalmente *casuística* que debe fundamentar el abordaje del fenómeno.

4. Conclusión: el ordenamiento jurídico colombiano no debe apresurarse en el intento de establecer una regulación jurídica legislativa —con pretensiones de completitud y coherencia— en materia de levantamiento del velo corporativo

El recorrido doctrinal, legislativo y jurisprudencial llevado a efecto con ocasión de la realización de la presente investigación, cuya finalidad última consistía en establecer la necesidad de ampliar los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia, permite arribar a las siguientes conclusiones:

- La teoría objeto de análisis en esta investigación ha tenido diversas fuentes de reconocimiento. En efecto, no sólo la jurisprudencia sino también la legislación ha procedido a determinar las condiciones bajo las cuales la personalidad jurídica de las sociedades debe desestimarse o, en otros términos, resulta inoponible frente a terceros. La elección de la fuente que se privilegie puede depender, entre otras cosas, de la tradición jurídica bajo la cual se discuta la cuestión.
- De esta manera y por vía de hipótesis, podría considerarse que los países que caen bajo los efectos de la tradición romano-germánica pueden estimar que resulta adecuado una cláusula legislativa general y diversas reglas jurídicas particulares que autoricen la desestimación de la personalidad jurídica y, al mismo tiempo, establezcan los supuestos fácticos cuya concurrencia es indispensable para que detonen los efectos de la misma. Una orientación semejante también puede disponer la fijación legislativa del fundamento de la teoría a efectos de permitir eventualmente la extensión de los alcances de la misma a hipótesis no reguladas de manera expresa.
- En consonancia con lo anterior, también resulta posible que en el marco de los sistemas anglosajones se privilegie la actuación constante de los

tribunales en el proceso de demarcación de los límites que permiten desestimar la personalidad jurídica. De esta manera, el carácter vinculante del precedente judicial y la relación constante con nuevos casos —cuyas particularidades pueden ser siempre diferentes al anterior— constituirían la fuente principal de regulación en esta materia.

- Estos sistemas de regulación de las hipótesis del levantamiento del velo corporativo que parecerían resultar antagónicos no agotan el espectro de posibilidades a efectos de disciplinar la materia mencionada. En tal sentido, es posible un sistema que se limite a reconocer de manera indeterminada y ambigua la teoría del levantamiento del velo corporativo —sin establecer reglas particulares— y le otorgue a los tribunales, al mismo tiempo, una dilatada competencia para el desarrollo de los contornos de la misma.
- De cualquier manera, parece posible afirmar que la ausencia de una mención específica de la doctrina del *disregard* en el material legislativo, no habría constituido un obstáculo a efectos de hacer posible su aplicación a partir de categorías generales derivadas, incluso, de los textos constitucionales. De esta manera, la audacia de los tribunales ha permitido diseñar un cauce más o menos similar a fin de fundamentar la posibilidad de levantar el velo.
- Es exigible que en tan sensible materia, a la que se anudan intereses económicos legítimos asociados con procesos de inversión empresarial —según se ha puesto de presente—, existan *reglas* predecibles acerca de los supuestos en los que puede descorrerse el velo societario con el objetivo de eliminar la incomunicación patrimonial que su existencia supone. La ausencia de unas reglas semejantes impide, sin duda alguna, el desarrollo de adecuados procesos de planeación.
- La estabilidad de estas reglas no presupone, sin embargo, la necesaria adopción de un sistema legislativo. Por el contrario, un sistema que privilegie la construcción jurisprudencial de la teoría, puede alcanzar estándares razonables de permanencia siempre y cuando ajuste su comportamiento a la exigencia de un manejo prudente de la fuerza vinculante de la jurisprudencia.

- No obstante, no es suficiente con la existencia de reglas predecibles que contengan los supuestos que autorizan el levantamiento del velo corporativo. Es indispensable que tales reglas tomen nota de los efectos jurídicos y económicos que un procedimiento así puede suponer. En tal sentido, si la desestimación de la personalidad jurídica fuere posible en cualquier evento, es indudable que el sistema se distorsionaría dado que, entre otras cosas, (i) la fungibilidad de las acciones se afectaría, (ii) los costos de administración y vigilancia societarias podrían incrementarse, (iii) la disposición a asociarse a fin de emprender nuevos procesos empresariales se reduciría y (iv) la confianza en el sistema podría fracturarse.
- No es adecuado, sin embargo, que las aludidas reglas se esfuercen de manera exclusiva en la valoración de los efectos económicos perjudiciales para los concurrentes al contrato de sociedad. Ello implica que también resulta fundamental que se consideren los intereses de aquellos que externamente se relacionan con la sociedad. Es pues, una articulación coherente y proporcionada de las dos caras de la moneda, la única que puede permitir un sistema adecuado desde el punto de vista jurídico y económico.
- La revisión de las experiencias de otros países del mundo permitió constatar que más allá de la eventual consagración legislativa de la teoría, la jurisprudencia ha jugado un papel fundamental en la determinación de las hipótesis en que resulta posible su aplicación. El desarrollo de tal jurisprudencia ha permitido una construcción, caso por caso, de los efectos de la teoría. Incluso, no resulta equivocado señalar que la determinación del fundamento de su aplicación se ha encontrado mediada por la evolución en la perspectiva de los tribunales. En esta materia, es paradigmático el ejemplo norteamericano.
- En Colombia, tal y como se ha podido constatar, el desarrollo sistemático de los alcances de la teoría del levantamiento del velo corporativo ha resultado escaso. De cualquier manera, algunas aplicaciones prácticas de la teoría son recogidas en disposiciones incorporadas no sólo al régimen de sociedades colombiano sino también a la regulación de la

contratación estatal. De cualquier manera, las polémicas más agudas acerca del alcance que en el marco del ordenamiento jurídico colombiano debe asignarse a la citada teoría han tenido como causa la actuación de la Corte Constitucional Colombiana con ocasión, precisamente, de la interpretación de algunos de los enunciados normativos que consagran un supuesto específico de la teoría.

- De esta manera, es posible señalar que el desarrollo de la teoría en Colombia es apenas incipiente. Tal rasgo se encuentra incluso proyectado en los trabajos de exposición de la materia.
- Sin embargo, la consideración de la justificación constitucional de la teoría del levantamiento del velo corporativo construida en la sentencia C-865 de 2004 por parte de la Corte Constitucional desafía el alcance actual de la cuestión dado que permite activar la capacidad de la jurisprudencia en orden a ampliar las posibilidades de restringir la incomunicación patrimonial entre sociedad y accionistas en aquellos eventos que se encuadren en las causas que justifican, según el tribunal constitucional, la desestimación de la personalidad jurídica.
- La determinación de los eventos en que ello resulta posible debe corresponder a la jurisprudencia. Esta consideración parece encontrar fundamento en la necesidad de que la teoría se construya con cuidado y con estricta sujeción a las condiciones especiales de cada situación. No obstante, ello no supone el repliegue absoluto de la actividad legislativa en esta materia dado que siempre resultará viable que ante situaciones especiales se imponga una decisión legal expresa. Lo importante es resaltar que la proyección específica de la teoría no depende de la actividad exclusiva del legislador si se tiene en cuenta, entre otras cosas, su reconocimiento constitucional.
- Así pues, la decisión de ampliar o restringir los supuestos que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia no debe tomarse ahora. Ello no supone, sin embargo, la imposibilidad de exigir prudencia en el comportamiento de los Tribunales. Esta prudencia debe concretarse, al menos, (i) en la necesidad de abordar las experiencias comparadas, (ii) en la obligación de conocer y seguir el precedente judicial a fin de garan-

tizar niveles de estabilidad razonables, (iii) en la obligación de valorar los efectos económicos del desconocimiento de la personalidad jurídica y, finalmente, (iv) en la importancia de considerar la diversidad de actores que, no obstante su no participación en un proceso judicial específico, pueden resultar afectados con ocasión de la aplicación de la teoría.

Bibliografía

a) Doctrina nacional y extranjera

- BENITO, José. *La personalidad jurídica de las compañías y sociedades mercantiles*, Madrid, 1997.
- BOLDÓ RODA, Carmen. “La desestimación de la personalidad jurídica en el derecho privado español”. *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 30, No. 175-180, 1997.
- _____, *El levantamiento del velo y la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Tecnos, 1997.
- BULRICH, Santiago. “La quiebra y la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el derecho nacional e internacional privado”. En: *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 5, No. 25-30, 1972.
- CAUDILL, Matthew. “Piercing the corporate veil of a New York Not-For-Profit Corporation”. En: *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Cumen VIII, 2003.
- DIEZ JALON, María Bueyo. *Responsabilidad de los administradores: levantamiento del velo*. Francis Lefebvre, 2000.
- DOBSON, Juan. “Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and United States”. En: *35 International and Comparative law Quarterly*, 839, 1986.
- FENTON, Elizabeth. “Recent developments and divergences in the doctrine of piercing the corporate veil”. *Business Torts Journal Winter*, 2006.
- GARCÍA, Marta. “Doctrina jurisprudencia del levantamiento”. En: *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 4, n.º 19-24, 1971.

- GULMINELLI, Ricardo. “Enfoque actual de la inoponibilidad de la persona jurídica”. En: *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 26, No. 151-153, 1993 .
- _____. *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires, De palma, 1997.
- HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Renier. “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts”. *The Yale Law Journal*, vol. 100, 1991.
- LEE, Handel y BLUMENTAL, David. “Parent company and shareholder liability: piercing the veil of chinese corporate subsidiaries”. *Business Law International*, vol. 5, No. 2, 2004.
- LE PERA, Sergio. *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires: Astrea, 1979.
- LEPERVANICHE MICHELENA, Carlos. “La teoría del levantamiento del velo corporativo”. *Ensayos Jurídicos en Celebración de los 90 años del Escritorio Tíno, Travieso, Planchart & Núñez*. Caracas: Tíno, Travieso Planchart & Núñez Abogados, 2004.
- MANZILLI SANTAMARÍA, Humberto. *La personalidad jurídica en sociedades comerciales de personas y de hecho*, tesis de grado, 1962.
- MOYA, Jaime. “El derecho Societario contemporáneo”. En: *Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.
- OTAEGUI, Julio. “Desestimación de personalidad societaria”. En: *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, vol. 4, No. 19-24, 1971.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006.
- SANÍN BERNAL, Ignacio et ál. *La despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- THOMPSON, Robert. “Piercing the corporate veil: an empirical study”. En: *Cornell Law Review*, vol. 76, 1036.
- TREJOS ROBLEDO, Ricardo. *Del abuso de la personalidad Jurídica*, tesis de grado, 2004.
- VARGAS RUIZ, Jairo. *Levantamiento del velo corporativo y los tribunales de arbitramento*, 2003.

b) Jurisprudencia extranjera

Corte de Apelación del Estado de Nueva York. Joseph Morris *versus* New York State Department of Taxation and Finance. Octubre de 1993.

Corte de Apelación del Estado de Nueva York. John Walkovszky *versus* William Carlton. Noviembre de 1966.

Corte de Apelación para el Tercer Circuito. Trustees of the National Elevator Industry Pension, Health Benefit and Educational Funds *versus* Andrew Lutyk. Caso n.º 1-2394. Junio de 2003.

Corte Suprema del Estado de Colorado. Tom H. Connolly, Chapter 7 Trustee *versus* Englewood Post No. 322 Veterans of Foreign Wars of United States. Caso No. 05sA316, junio de 2006.

Corte Suprema de los Estados Unidos. Cedric Kushner Promotions, Ltd. *versus* Don King. Caso No. 00-549, enero de 2001.

Corte Suprema del Estado de Wyoming. Kaycee Land and Livestock *versus* Roger Flahive. Caso No. 00-328, mayo de 2002.

c) Jurisprudencia nacional

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil, 17 de mayo de 2001. CP César Hoyos Salazar.

Corte Constitucional

Sentencia C-865, 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia SU-636, 31 de julio de 2003. MP Jaime Araújo Rentería.

Sentencia SU-1023, 26 de septiembre de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-014, 21 de enero de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero.

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral, 29 de noviembre de 1992. MP Hugo Suescún Pujols.

Anexo

Jurisprudencia colombiana sobre levantamiento del velo corporativo¹

Consejo de Estado

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>Sala de lo Contencioso Administrativo, sección cuarta, sentencia 16261 del 5 de febrero de 2009, MP Martha Teresa Briceno De Valencia.</p>	<p>El patrimonio autónomo constituido mediante una fiducia mercantil, no es susceptible de ser gravado con el impuesto de industria y comercio. Por ende, no es razonable afirmar que quien constituye un fideicomiso, busca evadir las leyes tributarias, siendo aplicable la teoría del velo corporativo, para lograr que el fideicomitente responda por sus obligaciones tributarias.</p>	<p>“De otra parte, no tiene aplicación la ‘teoría del <i>disregard</i>’ o ‘levantamiento del velo Corporativo’ a la que alude el concepto demandado, como forma de atribuir obligaciones al ‘verdadero poseedor económico’ del fideicomiso que realiza una actividad gravada con el impuesto de industria y comercio; pues, tal figura tiene por finalidad desconocer la personalidad jurídica de determinados entes societarios cuando se conforman para defraudar el interés legítimo de terceros”.</p> <p>“De acuerdo con la anterior explicación, no cabe en este caso dar aplicación a la teoría del levantamiento del velo, pues, no se puede partir de la idea de que se constituya un fideicomiso para evadir el impuesto de industria y comercio, a menos que en un proceso particular llegue a probarse ese propósito. Por tanto, no se puede, de manera general, considerar que los fideicomitentes acuden a este tipo de figuras para burlar la ley tributaria, como lo sugiere el concepto demandado”.</p>

Continúa

¹ Recopilación elaborada por Yira López Castro y Fernando Gómez Martínez.

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1346, del 17 de mayo de 2001, CP César Hoyos Salazar.</p>	<p>Inhabilidad contemplada en el literal i) del numeral 1° del artículo 8° de la ley 80 de 1993.</p> <p>El hecho de que la sociedad subordinada se encuentre en liquidación, no constituye impedimento alguno para que la Superintendencia de Sociedades se pronuncie de fondo en torno a la presencia de la subordinación y a la correspondiente responsabilidad subsidiaria de la matriz.</p>	<p>“La posibilidad de levantar el velo corporativo de la persona jurídica no significa, para el caso de las sociedades anónimas, que por dicha vía pueda determinarse que los accionistas de una específica sociedad anónima contraria están inhabilitados por haberse declarado la caducidad del contrato a la misma. Tal inhabilidad no existe porque la norma que la tipifica no la predica de las sociedades de capital, como es la anónima. Dicho de otra manera, las causales de inhabilidad no se modifican por la norma que permite levantar el velo corporativo, sino que dicho procedimiento simplemente permite verificar si en la respectiva persona jurídica se da un caso de inhabilidad o incompatibilidad tipificados en las normas especiales que regulan tales materias”.</p>
<p>Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 25 de febrero de 2000, MP Olga Inés Barreto.</p>	<p>El hecho de que la sociedad subordinada se encuentre en liquidación, no constituye impedimento alguno para que la Superintendencia de Sociedades se pronuncie de fondo en torno a la presencia de la subordinación y a la correspondiente responsabilidad subsidiaria de la matriz.</p>	<p>“(…) lo que pretende hacer ver la Sala es que de ninguna manera podría entenderse que el inicio de un proceso de liquidación frustra la obligación que le asiste a la Superintendencia en torno a la declaración de las situaciones de control empresarial, previo agotamiento de las investigaciones y análisis inherentes al acertado ejercicio de su competencia”.</p> <p>“La causal de improcedencia aducida por la Superintendencia, a la vez que imposibilitó que la entidad estatal verificara la existencia o inexistencia de las hipótesis y presupuestos de la situación de control le impidió a los socios minoritarios y a los acreedores, y al público en general conocer la definición de un aspecto de trascendental importancia para la protección de sus derechos”.</p> <p>“De acuerdo con lo expuesto y previa verificación de las disposiciones normativas contenidas en el Estatuto Mercantil y en la ley 222 de 1995, en punto a los grupos empresariales, la Sala observa que dicho régimen normativo al definir el fenómeno de la subordinación y establecer los presupuestos legales de la presencia del mismo, no consagró como excepción a la configuración de la subordinación el hecho de que la sociedad subordinada se encuentre incurrida en un proceso de liquidación, como tampoco creó tal restricción el legislador al consignar las obligaciones de inscripción en el registro mercantil, ni en cualquiera de los restantes preceptos atinentes a la materia en cuestión”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 10641 del 19 de agosto de 1999, MP Ricardo Hoyos Duque.</p>	<p>De acuerdo con el literal i) del ordinal 1°, artículo 8° de la ley 80 de 1993, la inhabilidad para participar en licitaciones y llevar a cabo contratos por cinco años, afecta tanto a la sociedad de personas sancionada con la caducidad, como a los socios que las conformen.</p>	<p>“En la legislación colombiana se acepta el allanamiento de la personalidad jurídica en el ámbito de la contratación estatal en el ya citado artículo 8 ordinal 1o literal i) de la ley 80 de 1993”. “(...) en las sociedades de personas los socios se involucran directamente con la gestión social de la misma, al punto que sus actos son determinantes en el quehacer social y es casi imposible deslindar las actividades del socio de las de la empresa”.</p>
	<p>Analiza también la sentencia, el artículo 31 de la ley 222 de 1995, que faculta a los organismos de inspección, vigilancia o control para “comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados”.</p>	<p>“Esta disposición tiene como objeto evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios, sino que se levantará el velo corporativo (<i>lifting the corporate veil</i>) y se descubrirá el beneficio oculto”.</p>

Corte Constitucional

Sentencias de constitucionalidad

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
C-716 del 2006, MP Marco Gerardo Montroy Cabra.	Artículo 103 del Código de Comercio (parcial), modificado por el artículo 2° de la ley 222 de 1995. Responsabilidad del incapaz por el pasivo de una sociedad.	"Los incapaces, como lo dispone el mismo artículo 103 del Código de Comercio en la parte no acusada, no pueden ser socios de sociedades colectivas ni gestores de sociedades en comandita. Es decir, solamente pueden asociarse en sociedades anónimas, de responsabilidad limitada o como comanditarios en sociedades en comandita. Esta prohibición, sin duda, mira a la protección suya al impedirles comprometer ilimitadamente su responsabilidad, que en virtud de lo dispuesto por la norma sólo puede llegar hasta el límite de su aporte. Así, puede decirse que aquí el legislador previó una primera medida de protección para incapaces que actúen como socios en sociedades comerciales".

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>C-865 de 2004, MP Rodrigo Escobar Gil.</p>	<p>Artículos 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio. La Corte Constitucional estudia el alcance de la responsabilidad en las sociedades de capital y su diferencia con las denominadas sociedades de personas.</p>	<p>“La hermenéutica más favorable al ejercicio del derecho de asociación, es aquella por virtud de la cual se entiende que si bien el legislador puede establecer límites al alcance del citado derecho, los mismos siempre deben corresponder a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, o de impedir su uso abusivo, o de preservar la moral pública, la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público”.</p> <p>“Destáquese como en ejercicio de su potestad de configuración normativa, el legislador asimiló el interés personal o familiar de las sociedades <i>intuitus personarum</i> a la competencia para administrar la empresa social, suponiendo a todos a los socios como administradores y adjudicándoles una responsabilidad solidaria e ilimitada por el manejo directo e inmediato de las operaciones sociales del ente moral (Código de Comercio, artículos 294, 310, 323 y 326). En esta hipótesis, ante la existencia de una justa causa valorada por el legislador, se atenuó el principio de limitación de riesgo como expresión del patrimonio propio de la sociedad (atributo de la personalidad), extendiendo a los asociados la responsabilidad por las acreencias de la persona jurídica, pero prohibiendo su ocurrencia en sentido contrario, es decir, llamando a la sociedad a responder por las deudas personales que en la vida ordinaria asuman los socios. La extensión de la responsabilidad de los socios de las sociedades de personas, por las obligaciones del ente moral, igualmente tiene <i>expresión legal</i> en materia laboral y tributaria”.</p> <p>“<i>contrario sensu</i>, en las denominadas sociedades <i>intuitus pecuniae</i>, tal y como ocurre con las sociedades anónimas, el legislador estimó prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país”.</p>

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>C-621 de 2003, MP Marco Gerardo Montroy Cabra.</p>	<p>Artículos 164 y 442 del Código de Comercio. Responsabilidad del representante legal y del revisor fiscal.</p>	<p>“Todo lo anterior pone de presente la razón por la cual la ley comercial se preocupa en impedir que las sociedades mercantiles queden sin un representante legal públicamente conocido, respecto de quien todos los terceros tengan la certeza de que al actuar en el mundo jurídico compromete a la persona jurídica como tal, y a través de quien puedan demandarla judicialmente. Los mismos socios y la sociedad tienen este interés en que la sociedad pueda actuar jurídicamente. Incluso existe un interés concreto en cabeza del Estado en la materia” “Así, las normas acusadas no pueden ser entendidas en el sentido de que permiten la situación de permanencia obligada e indefinida en el cargo y de asunción ilimitada de responsabilidades, pues esta lectura resulta contraria a la Constitución, dado que tolera una restricción desproporcionada de los derechos de quienes los vienen ocupando”.</p>
<p>C-558 del 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández.</p>	<p>Artículo 65 de la ley 600 de 2000 – Código de Procedimiento Penal – Cancelación de la personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.</p>	<p>“Las medidas cautelares a que alude la norma demandada se realizan por vía judicial, en el curso de un proceso penal que debe adelantarse con el pleno de las garantías constitucionales y en el cual debe encontrarse demostrado que sociedades u organizaciones, así como sus locales o establecimientos abiertos al público se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas; y que ellas persiguen impedir que una actividad delictual siga teniendo ejecución así como que cesen los efectos creados por la comisión de tal conducta. Respecto de la cancelación de la personería jurídica de sociedades u organizaciones, al conllevar como consecuencia la extinción de la persona jurídica respectiva, de adoptarse como medida preventiva no puede conllevar efectos definitivos, pues de ser así resultaría una medida desproporcionada. Por ello, los efectos plenos de esta medida no pueden surtir sino a partir de la sentencia que así lo determine, y mientras tanto, la personería jurídica sólo podrá estar suspendida. Por lo tanto, en la parte resolutive se condicionará la norma acusada bajo el entendido de que los efectos definitivos de la cancelación se deben determinar en la sentencia y, mientras tanto, la orden tiene efectos de suspensión”</p>

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
C-210 de 2000, MP Fabio Morón Díaz.	<p>Artículo 794 del Estatuto Tributario.</p> <p>En materia tributaria se predica la solidaridad de los socios de sociedades de personas, sin embargo, tal solidaridad es limitada al monto de los aportes y sujeta al tiempo en que los hubiesen poseído en el respectivo período gravable. Esta solidaridad limitada y subsidiaria, no se extiende a los socios de las sociedades anónimas, ni a los miembros de las cooperativas salvo cuando estos cumplan funciones administrativas.</p>	<p>“La figura de la solidaridad es de creación legal, y también el establecimiento de sus excepciones. Por lo tanto, bien puede el legislador, introducir la responsabilidad solidaria como un mecanismo tendiente a impedir la práctica de la evasión tributaria sin que ello signifique desconocimiento de los principios y normas superiores, pues es evidente que los socios tienen y mantienen durante la existencia de la sociedad un interés económico y patrimonial en los resultados de la gestión social que se adelanta por parte de los órganos directivos, gerentes, juntas directivas, etc. Por otro lado, la solidaridad en materia impositiva descansa también en la función social del derecho de propiedad y en la necesidad de financiar permanentemente los gastos e inversiones públicas, ya que es incuestionable que exista un interés patrimonial del socio en los resultados de las actividades que cumple la sociedad. Ello explica por qué la suerte de ésta y las obligaciones que se causen por razón de la misma no deben ser enteramente ajenas al asociado, socio, comunero, cooperado o suscriptor, por lo que el legislador entendió que el miembro del ente social asume los riesgos inherentes a las vicisitudes de este tipo de negocios jurídicos contractuales”.</p> <p>“La responsabilidad nace de la condición simple y voluntaria de ser socio, independientemente de si se tiene o no la representación o administración del ente social, o si la misma fue encomendada a un tercero, pues el hecho de que la disposición cuestionada exija una actitud responsable a los socios por los impuestos, no impide desarrollar actividades lícitas que el individuo desee promover en compañía, pues es claro que el texto normativo no comporta una sanción impositiva, sino un deber fiscal enderezado al pago de las acreencias tributarias, pero no impide encausar el ejercicio libre, voluntario y espontáneo de fundar o constituir sociedades mercantiles o empresas dentro de los límites del bien común, y del orden constitucional y legal”.</p>

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>C-320 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.</p>	<p>Objeciones presidenciales al proyecto de ley 235/96 Senado-154/96 Cámara, "por el cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones". Responsabilidad penal de las personas jurídicas.</p>	<p>"Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena". "Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión 'objetiva' que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la 'responsabilidad objetiva' que en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil".</p>

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>C-843 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero.</p>	<p>Artículo 26 de la ley 491 de 1999, “Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el código penal y se dictan otras disposiciones”. Responsabilidad penal de la persona jurídica.</p>	<p>“La indeterminación parcial del procedimiento para el juzgamiento de las personas jurídicas también desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, por la inexistencia o ausencia de las ‘formas propias de un juicio’ definidas en ‘leyes preexistentes’, las cuales son necesarias para poder investigar y juzgar a alguien —sea persona natural o persona jurídica— por la comisión de un hecho punible. En efecto, conforme a la Carta, para que se puedan imponer sanciones penales, no basta que la ley describa el comportamiento punible sino que además debe precisar el procedimiento y el juez competente para investigar y sancionar esas conductas (Constitución Política, artículos 28 y 29). Por ende, para que puedan sancionarse penalmente a las personas jurídicas, no es suficiente que el Congreso defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable”.</p> <p>“La Corte precisa que la declaración de inexequibilidad del artículo 26 de la ley 491 de 1999 no implica, de manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con las sentencias C-520 de 1998 y C-674 de 1998, que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que éstas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente. Sin embargo, la promulgación de esos tipos penales debe respetar el principio de legalidad, por lo cual deben aparecer claramente predeterminados las conductas punibles, las sanciones y el procedimiento para imponerlas”.</p>

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
C- 290 de 1997, MP Jorge Arango Mejía.	Artículos 38 (parcial), 43 y 44 de la ley 222 de 1995, conceptos expresados por el revisor fiscal o el contador público independiente en los estados financieros dictaminados.	<p>“Los ‘estados financieros certificados’ son los que, suscritos por el representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se prepararon, para ser puestos en conocimiento de los asociados o terceros, contienen la ‘certificación’ de ser reflejo fiel de los libros y de haber sido objeto de previa comprobación según el reglamento. Sobre esta base, los ‘estados financieros dictaminados’ son aquellos estados financieros certificados que por haber sido objeto de la verificación del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiera confrontado, cuentan, de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas y las obligaciones propias del revisor fiscal, con el correspondiente concepto o dictamen. Dichos estados deben estar suscritos por los citados profesionales. Pero, puesto que la razón de ser de las intervenciones de estos profesionales, por lo menos en relación con los estados financieros, es la manifestación de un concepto de auditoría, no basta que puedan suscribirlos, sino que es menester que, sin perjuicio de las manifestaciones mínimas a que los obliga el ordenamiento jurídico, tengan también el derecho de exponer libremente lo que a bien tengan sobre la razonabilidad de los instrumentos examinados, según sus apreciaciones éticas y sus propias capacidades como expertos en la materia. Los revisores fiscales y contadores independientes no tienen, en relación con el contenido de los conceptos que emiten sobre estados financieros, libertad absoluta. Por el contrario, están sujetos a unas obligaciones mínimas, más exigentes para los revisores fiscales. Es de la esencia de la labor de los revisores fiscales o contadores independientes, poder concepnar sobre los estados financieros certificados con amplitud, más allá de los mínimos legales”.</p>

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
C-510 de 1997, MP José Gregorio Hernández.	Parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995. Responsabilidad de la sociedad matriz en proceso concursal de su subordinada.	<p>“Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz; luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad”.</p> <p>“Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.</p> <p>“La segunda parte del parágrafo acusado expresa que se presumirá la situación concursal expuesta ‘por las actuaciones derivadas del control’, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que fue ocasionada por una causa diferente”.</p> <p>“Se trata, entonces, de una presunción <i>juris tantum</i> que puede ser desvirtuada por la matriz o controlante o por sus vinculadas demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta procede de motivos distintos”.</p>

Continúa

DATOS	NORMA DEMANDADA - TEMAS ANALIZADOS	APARTES
C-434 de 1996, MP José Gregorio Hernández.	Artículo 232 de la ley 222 de 1995. Exclusión de la acción de reintegro para los administradores sociales.	<p>“Las consideraciones que anteceden resultan suficientes para avalar también la constitucionalidad de este precepto, pues de ninguna manera se puede sostener que sea ajeno a un régimen sobre sociedades lo relativo a la clase de vínculo que se genera entre la compañía como persona jurídica y las personas encargadas de la administración de sus bienes, asuntos e intereses, y de revisar sus cuentas y estados financieros desde el punto de vista fiscal y contable. No es necesario recalcar la especial relación de confianza que surge entre el ente asociativo y tales funcionarios, por lo cual no es extraño que la ley haya resuelto dar a su nexo jurídico con la sociedad un trato diferente del que la liga con el resto de sus trabajadores. Lo que se excluye en esta norma especial no es la indemnización a la que tendrá derecho el trabajador ni las prestaciones laborales que le correspondan, todo lo cual habrá de regirse por la legislación correspondiente, sino la posibilidad de un nuevo vínculo forzada por decisión judicial con el administrador o revisor fiscal despedidos o removidos, pues ello implicaría que la sociedad se viera obligada a confiar la administración o la revisoría fiscal de su patrimonio e intereses, con la más amplia capacidad de decisión y manejo, a personas en las cuales no se tiene la indispensable confianza”.</p>
C-003 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.	Inciso final del artículo 2 del decreto 2067 de 1991. Derechos fundamentales de las personas jurídicas.	<p>“Las personas jurídicas poseen derechos constitucionales fundamentales por dos vías: a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas; b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas”.</p>

Corte Constitucional

Sentencias de tutela

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>SU-891 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil.</p>	<p>Obligaciones pensionales deben pagarse de manera prioritaria en los procesos de liquidación obligatoria de sociedades mercantiles.</p>	<p>“La jurisprudencia constitucional ha señalado que las mesadas pensionales y los aportes parafiscales que se causen con posterioridad a la apertura del trámite liquidatorio tienen carácter de gastos de administración y se pagarán de preferencia, no sólo porque se trata de créditos laborales —destinados a atender las necesidades básicas inmediatas—, sino por el imperativo constitucional que vincula, tanto a los particulares como al Estado, a proteger, en forma prevalente, a las personas de la tercera edad”.</p> <p>“(…) cuando los activos de una empresa en liquidación resulten claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias —anteriores y posteriores a la apertura del trámite liquidatorio— y esa empresa adicionalmente tenga a su cargo obligaciones de carácter pensional, los recursos existentes deben destinarse de manera prioritaria a garantizar el pago de las mesadas pensionales de las personas de la tercera edad, con la salvedad del pago de los gastos que sean estrictamente necesarios para continuar y finiquitar prontamente el trámite de la liquidación”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
T-402 de 2006, MP Alfredo Beltrán Sierra.	Los jueces ordinarios y no la Superintendencia de Sociedades, son los competentes para determinar la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz cuando, de acuerdo al parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, la sociedad subordinada se encuentre en liquidación obligatoria o en concurso.	<p>“(…) la jurisprudencia constitucional ya se había perfilado la competencia para conocer de tales procesos no considerándose siquiera la posibilidad de que el mismo juez del concurso, como es la Superintendencia de Sociedades, declarara responsabilidad alguna en punto a los deberes de la entidad matriz como posible pagadora de las pensiones”.</p> <p>“Así pues, si bien la Superintendencia de Sociedades cumple funciones jurisdiccionales en materias concursales, debe entenderse de una parte, que la ley 222 de 1995 no adscribió el conocimiento de la acción de responsabilidad de la matriz al juez del concurso y de otra, que tratándose de una autoridad administrativa que cumple funciones jurisdiccionales, estas deben estar expresamente asignadas por la ley y en este caso la ley no asignó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia para conocer de la acción declarativa de responsabilidad de la matriz. Se concluye entonces que mal podía resolverse un conflicto a favor de la Superintendencia de Sociedades cuando ella no tiene atribuida por ley la competencia para conocer de la institución contemplada en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, es decir de causas cuyo objeto sea la atribución o no de responsabilidad patrimonial a un ente societario, matriz de otro que ha entrado en liquidación forzosa, para el pago por parte de la entidad subordinante, del pasivo insoluto de la subordinada fallida”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>T-627 de 2004, MP Alfredo Beltrán Sierra.</p>	<p>Así la sociedad o entidad determinada se encuentre en trámite concursal; tal circunstancia no será óbice para desconocer el pago de salarios y mesadas pensionales cuando se constate que de esta omisión, se vulnera el mínimo vital del trabajador.</p>	<p>“La Corte ha manifestado que la circunstancia de que la entidad demandada se encuentre en alguna de las modalidades del trámite concursal : (1) concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor; o, (2) concurso liquidatorio respecto de los bienes que conforman el patrimonio del deudor (artículo 89 de la ley 222 de 1995), si existe vínculo entre el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el pago de salarios o de mesadas pensionales y la afectación del mínimo vital, el proceso de liquidación no puede convertirse en patente de curso para sustraerse del cumplimiento de estas obligaciones”.</p> <p>“Cuando el bien afectado es el salario, porque la empresa sometida a proceso concursal ha dejado de pagarlo, la Corte se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de tutela en estos casos, si se encuentra vulneración al mínimo vital”.</p> <p>“La Corte ha precisado también que la acción de tutela sólo procede en cuanto al pago de los salarios, pero no sobre las demás prestaciones sociales, ni sobre el pago de aportes a la seguridad social respecto de ex trabajadores”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>SU-636 de 2003, MP Jaime Araujo Rentería.</p>	<p>Responsabilidad patrimonial de la sociedad matriz por las acreencias laborales de su subordinada que entra en liquidación obligatoria.</p>	<p>“La Corte Constitucional, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el cien por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos”.</p> <p>“La Corte ordenará que las sociedades matrices (...), en la medida en que el liquidador (...) no cuente con los recursos económicos suficientes para atender su obligación principal de pagar las mesadas pensionales, pongan a disposición de aquel los dineros suficientes, a prorrata de su participación accionaria en la última sociedad, a efecto de que el mismo liquide y pague las mesadas adeudadas a todos los pensionados de dicha empresa y las cotizaciones por concepto de seguridad social en salud”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>SU-1023 de 2001, MP Jaime Córdoba Triviño.</p>	<p>Responsabilidad patrimonial de la sociedad matriz por las acreencias laborales de su subordinada que entra en liquidación obligatoria.</p>	<p>“El parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 consagra la presunción de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante frente a las obligaciones de la compañía subordinada”.</p> <p>“Así mismo, la Corte deja establecido que si bien en este caso especial y por las razones expuestas se puede presumir transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la matriz, en aplicación del parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, la decisión no constituye condena ni exoneración definitiva de responsabilidad de ninguna entidad y, en consecuencia, (...) queda en disposición de demostrar que, eventualmente, la causa de liquidación (...) fue por motivos diferentes a las actuaciones derivadas del control”.</p> <p>“...Por lo tanto, la declaración de fondo sobre la responsabilidad de la matriz compete tomarla, con valor de cosa juzgada al Juez ordinario y no al Juez de tutela.”</p>
<p>T-014 de 1999, MP Alejandro Martínez Caballero. (Declarada nula por auto 022 de 1999).</p>	<p>Responsabilidad de los socios de una sociedad anónima en liquidación por el pasivo pensional.</p>	<p>“Son, pues, solidariamente responsables no sólo la empresa sino sus socios. Claro que surge una inquietud: si está en trámite una liquidación obligatoria, las obligaciones a cargo de los socios surgen, según el artículo 191 de la ley 222 de 1995, cuando sean insuficientes los activos. Esto es cierto, pero no significa que desaparece la solidaridad porque el liquidador podrá exigir, mediante proceso ejecutivo contra los socios, el faltante del pasivo externo por cubrir de acuerdo al respectivo tipo societario. Pero acá no se agota el tema de la solidaridad, porque la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 10 de enero de 1995) recuerda que según el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo en el conflicto de leyes del trabajo y cualquiera otra se prefieren aquellas, luego no quedará solamente al arbitrio del liquidador la exigencia a los socios, sino que este derecho también es susceptible de ser ejercido por los trabajadores y extrabajadores, si el liquidador en el momento oportuno no lo hace”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APARTES
<p>T-458 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.</p>	<p>Cuando una persona jurídica se encuentra obligada a pagar mesadas pensionales y no tiene los suficientes activos para responder, debe cumplir con las normas legales para asegurar el pago de estas acreencias.</p>	<p>“En suma, cuando una empresa que ha asumido directamente el pago de la carga pensional y que se encuentra sometida al trámite de un concordato preventivo obligatorio deja de cancelar las mesadas pensionales, se concreta la violación del derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital de los pensionados. En estos eventos, la acción de tutela es procedente en razón de la necesidad de conjurar o aminorar el perjuicio irremediable que se causa con ocasión de la situación descrita”.</p> <p>“Si una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional incumple las normas que tienden a garantizar el pago prioritario de las acreencias pensionales, las autoridades competentes deben actuar de inmediato para evitar la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los pensionados”.</p> <p>“Empero, si ante la incuria de las entidades encargadas de ejercer la vigilancia y control, la empresa se abstiene de cumplir sus obligaciones legales en materia pensional y, adicionalmente, entra en un trámite concursal o liquidatorio, se configura una hipótesis fáctica no prevista por el legislador. En efecto, ninguna de las disposiciones que reglamentan estos trámites se refiere a tal circunstancia. Por el contrario, pese a la importancia prioritaria que la Constitución y las normas sobre conmutación y garantía pensional otorgan a las pensiones, las disposiciones sobre prelación de créditos que rigen el concordato y la liquidación de una empresa, no hacen referencia expresa a estas acreencias, pues es razonable suponer que parten del supuesto de que la empresa ha asegurado el pago de las mismas a través del cumplimiento de las obligaciones legales”.</p>

Corte Suprema de Justicia

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APORTES
<p>Sala de Casación Laboral. Sentencia 28443 del 22 de agosto de 2007. MP Camillo Tarquino Gallego.</p>	<p>El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo no extiende la solidaridad a los accionistas de sociedades de capital. Los trabajadores no tienen acción contra los accionistas de este tipo de sociedades.</p>	<p>“...en las sociedades de capital, el accionista no compromete su responsabilidad en iguales condiciones a las de un socio de las sociedades de personas, pues mientras en aquellas no hay acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, de conformidad con las previsiones del artículo 252 del Código de Comercio, en éstas, los miembros que conforman la sociedad son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, tal como lo prevé el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que tal norma responsabilice a los accionistas por las obligaciones laborales surgidas, dado que el sujeto de los derechos y obligaciones es el ente social”.</p>
<p>Sala de Casación Civil. Sentencia 0364 del 3 de agosto de 2006. MP Manuel Isidro Ardila Velásquez.</p>	<p>La legitimación para adelantar la acción de responsabilidad subsidiaria contra la sociedad matriz, es del acreedor. El liquidador de la subsidiaria no tiene legitimación para iniciarla ya que su función es recomponer el patrimonio y la referida acción en ningún momento persigue tal objetivo.</p>	<p>“El liquidador paga hasta donde puede, sin que esté obligado ni facultado para salirse de las lindes liquidatorias y buscar quién otro puede pagar los créditos insolutos. El liquidador es representante del deudor en liquidación, más no representante de los acreedores del mismo”.</p> <p>“es (...) una acción subsidiaria, establecida para que los acreedores insatisfechos del concursado puedan, en las condiciones que allí vienen delimitadas, obtener el pago de sus créditos de manos de las sociedades matrices o controladoras del deudor concursado, algo sustancialmente diferente, en cuanto que no busca acrecentar los activos de la masa por liquidar —que es el propósito último de esas acciones de responsabilidad—, y no es tampoco una acción que permita la recomposición de ese patrimonio, al punto de que no abre la posibilidad de que el liquidador obtenga recursos de la matriz o controladora para cumplir con las obligaciones del deudor”.</p>

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APORTES
<p>Sala de Casación Laboral. Sentencia 13939 del 10 de agosto de 2000. MP Fernando Vásquez Botero.</p>	<p>El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, al establecer la responsabilidad solidaria de los socios en cuanto a las obligaciones laborales, sólo la predica en las sociedades de personas. Por lo tanto, hacer una interpretación extensiva del artículo permitiendo que los socios de sociedades anónimas respondan solidariamente, sería desconocer el tenor literal de la norma.</p>	<p>“Por lo tanto, teniendo en cuenta que quien ostentó la calidad de empleador del demandante lo fue la demandada (...) cuya naturaleza jurídica es la de una sociedad anónima, y que la codemandada (...) es sólo uno de los socios de la misma, aspectos que no se discuten en la presente contención, no resultaba dable hacer extensiva la responsabilidad solidaria de los créditos sociales deducidos en favor del actor frente a los accionistas de esta última entidad. Y ello en atención a que de conformidad con el tenor literal de la norma sustantiva laboral aludida, la solidaridad allí consagrada se predica de las sociedades de personas, característica de la que carece la empleadora del actor; lo que además es concordante con lo previsto en el artículo 252 del Código de Comercio ya transcrito”.</p> <p>“En lo anterior, al ampliarse la responsabilidad solidaria frente a los socios de otro tipo de sociedades diferentes de aquellas que clara y palmaria mente prevé la norma (sociedades de personas), como ocurrió en el <i>sub iudice</i> donde empleadora es una sociedad anónima, se incurre en el yerro de intersección denunciado por el recurrente”.</p>
<p>Sala de Casación Laboral. Sentencia 8991 del 18 de noviembre de 1996. MP Germán Valdés Sánchez.</p>	<p>El Estatuto Laboral en su artículo 36 no establece la responsabilidad solidaria de los accionistas por las acreencias laborales.</p>	<p>“El accionista no compromete su responsabilidad en los mismos términos que la persona natural o que el socio de las sociedades de personas (...)”.</p> <p>“El sistema jurídico laboral no ha desconocido que en la legislación mercantil cada tipo de sociedad compromete de manera diferente la responsabilidad de los asociados frente a terceros y frente a los trabajadores de la empresa. De ahí que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo establezca que en las sociedades de personas sus miembros son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, pero nada dispone en cuanto a las sociedades de capital y por lo mismo no responsabiliza a los accionistas por las obligaciones laborales”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APORTES
<p>Sala de Casación Laboral. Sentencia 7189 del 10 de mayo de 1995. MP Francisco Escobar Henríquez.</p>	<p>Responsabilidad solidaria de los socios de acuerdo al monto de sus aportes en las sociedades de personas, según el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.</p>	<p>“Postulado que recoge el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando dispone que son solidariamente responsables de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, y estos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio”.</p> <p>“Es aplicable el aludido artículo en cuanto a que sus socios son solidariamente responsables de todas las obligaciones laborales contraídas por la sociedad pero, según lo dice el mismo canon, ‘... sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio...’ y es claro que, en los términos del artículo 353 del Código de Comercio, en este tipo de compañías ‘... los socios responden hasta el monto de sus aportes’.</p> <p>“Adicionalmente, observa la Sala que en la parte resolutive de la sentencia acusada el tribunal no dio al artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo la aplicación que señala la acusación, pues allí aparece que las personas naturales y jurídicas accionadas fueron condenadas a pagar las obligaciones laborales dispuestas en forma solidaria y prorratea de los aportes que cada una de ellas tenía en la sociedad disuelta y liquidada, es decir, que según el fallo sólo están obligadas a responder solidariamente por las obligaciones laborales hasta una cantidad proporcional a los aportes que cada una de estas tenía en la sociedad liquidada”.</p>

Continúa

DATOS	TEMAS ANALIZADOS	APORTES
<p>Sala de Casación Laboral. Sentencia 53861 del 26 noviembre de 1992. MP Hugo Suescún Pujols.</p>	<p>Responsabilidad de los socios de la sociedad de responsabilidad limitada en materia laboral.</p>	<p>“Las sociedades de responsabilidad limitada, frente a la ley laboral, no están excluidas de la de solidaridad contemplada en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo”.</p> <p>“El carácter familiar que frecuentemente en nuestro medio continúan ostentando las sociedades de responsabilidad limitada —como es el caso de la sociedad demandada en este juicio—, obliga asimismo a considerar que no existe ningún motivo válido para entender que frente a la ley laboral estas compañías hayan quedado excluidas de la solidaridad contemplada en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo”.</p> <p>“Resulta forzoso concluir que si al expedirse las normas que dieron origen al Código Sustantivo de Trabajo se contempló la responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales entre las ‘sociedades de personas’ y sus miembros, comprendiéndose en su momento dentro de estas sociedades de personas a las sociedades de responsabilidad limitada, la sola circunstancia de que mercantilmente su régimen supletorio, ya no sea el de las sociedades colectivas, sino el de las anónimas no significa que se haya eliminado la protección que la ley laboral otorgó al trabajador”.</p>
<p>Sala de Casación Penal. Auto del 20 de enero de 1993, radicación 7183.</p>	<p>La persona jurídica como vehículo para cometer delitos y vulnerar derechos.</p>	<p>“En cada caso concreto sería necesario determinar cuál es el tipo penal que se examina, de manera que sea a partir de él que se establezca el sentido apropiado de la referencia a ‘empresas’ o ‘sociedades ficticias’ o ‘de fachada’. Y para ello, es importante atenerse al criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia al expresar que ‘El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de sus socios, es una verdad que no trasciende al ámbito penal (...)’”.</p> <p>“En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio. Si ello es así, la empresa misma puede servir de medio para cometer acciones delictuosas”.</p>

Este libro fue compuesto en
caracteres Caxton Light de 10 puntos,
impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt,
en el mes de mayo de 2010,
Bogotá, D.C., Colombia.



Son múltiples y constantes los debates que se han dado en la comunidad jurídica nacional sobre permitir que los socios o accionistas de una sociedad respondan directamente con su patrimonio por las acreencias de la persona jurídica a través de la utilización de la “teoría del levantamiento del velo corporativo”.

Dada la importancia de este tema, expertos colombianos de primer nivel se reúnen en esta obra para exponer sus puntos de vista sobre la aplicación de esta institución en Colombia.

Adicionalmente, este libro incluye el informe de ejecución del proyecto de investigación *Posibilidades y efectos (jurídicos y económicos) de la ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia*, adelantado por la línea de investigación en Derecho Comercial del Grupo de Derecho Privado de la facultad de Jurisprudencia, el cual fue financiado por el Centro de Investigaciones, Estudios y Consultoría (CIEC) de la Universidad del Rosario.

