

La despersonalización judicial en la SAS

Stephanie Paredes Montoya

Sebastián Montoya Agudelo

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2020

La despersonalización judicial en la SAS

Stephanie Paredes Montoya

Sebastián Montoya Agudelo

Trabajo de grado para optar al título de abogados

Asesor

Néstor Raúl Londoño Sepúlveda

Doctor en Derecho

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Facultad de Derecho

Medellín

2020

Resumen

El presente artículo aborda la despersonalización societaria en tanto se establece particularmente para la Sociedad por Acciones Simplificada. La personalidad jurídica entraña una serie de garantías legales, considerados por algunos como privilegios, que incentivan el comercio y la estabilidad social económica que pueden ser retirados, levantados o incluso desconocidos por parte de las autoridades jurisdiccionales en casos en los que se ha evidenciado una falta o violación a las finalidades propias de la institución, y con ello el daño, engaño o fraude en contra de terceros, quienes mediante el proceso en el que se pretende el levantamiento del velo corporativo pueden vincular directamente a los socios de la persona jurídica que defrauda las consagraciones legales para que, de forma solidaria e irrestricta indemnicen los daños causados con su actuar ilegítimo. A su vez, se establecen cual es el origen legal y el desarrollo jurisprudencial de dicha figura, y las posibles causas que dan origen al respectivo proceso, toda vez que se pone de presente que no existe norma expresa, detallada que determine requisitos específicos del proceso que se expone en el presente objeto de estudio, atendiendo a que, mayormente, el desarrollo del rubro se ha dado por vía jurisprudencial.

Palabras clave: Disregard, velo corporativo, abuso del derecho, sociedad por acciones simplificadas, personalidad jurídica.

Introducción

El presente artículo tiene como objetivo establecer de forma clara cuales son las normativas que protegen el derecho de asociación, especialmente en las Sociedades por Acciones Simplificadas, así como su desarrollo legal y jurisprudencial en la actualidad, en el mismo sentido, las causas por las que dicha protección puede ser desvirtuada mediante un proceso judicial adelantado ante la jurisdicción ordinaria y las consecuencias que tal proceder conlleva en Colombia.

Esto, toda vez que la protección otorgada por el denominado velo corporativo es fundamental a efectos de separar la entidad jurídica creada con la constitución de la sociedad y aquella que le es propia a los socios que la conforman, permitiendo así que el desempeño económico y legal de la sociedad discorra de forma independiente, lo cual garantiza el funcionamiento de esta. Sin embargo, existen aspectos que permiten que dicha garantía no sea tal y que los socios deban asumir responsabilidad en favor de terceros contratantes con la entidad jurídica creada por la constitución de la sociedad, lo cual otorga seguridad jurídica a los administrados del ordenamiento normativo colombiano.

La metodología utilizada consta de la realización de un análisis normativo de convenciones internacionales, consagraciones constitucionales y legales, así como de jurisprudencia que se ha desarrollado al respecto. De igual forma, se resalta la consulta de conceptos emitidos por las autoridades que resultan competentes, textos académicos, universitarios y especializados en rubros jurídicos.

Este artículo de grado es realizado con base en la ejecución de las prácticas corporativas desarrolladas en la firma de abogados Bermúdez y Ocampo Abogados y la firma OlarteMoure.

Las dos empresas donde se efectuaron las actividades comunes y periódicas en temas relacionados con derecho societario. Por consiguiente, los autores tuvieron la oportunidad de analizar la relevancia económica de las sociedades y logramos un acercamiento a la figura del levantamiento del velo corporativo.

Es así como el desarrollo del texto se llevará a cabo en cinco secciones principales, a saber: en la primera se realizara un análisis respecto de las normas esenciales que promueven y protegen el derecho de asociación en Colombia, en la segunda se realizara un contraste de las normas estudiadas con la real garantía que otorgan en favor de quienes se asocian, en especial la atinente a la construcción de lo que ha sido denominado como “velo corporativo”, en la tercera se pondrá de presente las causas por las que dicha protección y/o garantía puede ser desvirtuada mediante procedimiento judicial, se expondrán las características del mismo y sus consecuencias; en cuarto lugar se expondrá cual es el procedimiento y las autoridades competentes para definir el levantamiento del velo corporativo, y en quinto y último lugar se procederá a exponer los hallazgos y conclusiones a los que remite el presente artículo respecto de los contenidos estudiados.

Análisis normativo respecto de la protección al derecho de asociación en Colombia

Antes de referirnos al objeto de estudio del presente escrito, se encuentra pertinente referenciar que la constitución de los grupos societarios generales, de la forma en que los establece la legislación colombiana, es posible atendiendo a una serie de fundamentos de carácter nacional e internacional que han sido adoptados y adaptados a los requerimientos propios del contexto colombiano.

El derecho de asociación ha sido promovido y protegido por diversas normativas, incluso de carácter internacional, evidenciando así que el hecho de que dos o más personas se agrupen con el objetivo de cumplir determinada responsabilidad, no necesariamente de carácter comercial, es aceptado socialmente.

Se evidencia entonces la protección que es regulada por diversas normas de la siguiente forma:

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 20. “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas, nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación”

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 22. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o el orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás, El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía (...)

Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre Artículo 16. *“Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley (...)”*.

Las normas mencionadas precedentemente son de carácter internacional y de mayor jerarquía, que son adoptadas por el ordenamiento jurídico colombiano mediante el denominado bloque de constitucionalidad, el cual funge como *“parámetro de control de constitucionalidad que incorpora los tratados de derechos humanos y que no puede suspenderse en estados de excepción”* (Suelt-Cock, 2016, pág. 306). Ello es así a fin de que sea tal conjunto de normas el que sea utilizado para confrontar las normas pertenecientes al sistema legal y determinar su validez en el sentido en que atiendan las consagraciones realizadas por las normas superiores, y no las desatiendan.

En este sentido y del mismo carácter constitucional se encuentra el artículo 38 de la Carta política, el cual instituye que: *Artículo 38. “Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad”*. Con lo que se entienden plenamente adoptadas a nivel nacional, los contenidos de normas internacionales que son hito y plena garantía de los derechos cualquiera que sea su naturaleza.

Ahora bien, tratándose del derecho de asociación desde el ámbito del derecho comercial, debe referirse que, el mismo ha sido considerado como una extensión de las libertades individuales y por ende, un derecho fundamental, como se evidencia incluso en varias sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, como en la T-133 A de 2003, con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil en la que se expone que:

El derecho de asociación, consagrado en la Constitución Política, artículo 38, es un derecho que hace parte de aquellos pertenecientes a las libertades individuales, siendo una prolongación de los derechos a la libertad de expresión, pensamiento y de reunión. Consiste tal garantía en la posibilidad que tiene toda persona de crear o adherirse libremente a una asociación, y a través de la misma desarrollar aquellas actividades para la cual fue creada, siempre y cuando su proceder sea lícito (Sentencia T-133 A, 2003, pág. 13).

Ahora bien, entendiendo que el hecho de crear personas jurídicas es legalmente aceptado e incluso propiciado, se procederá con el análisis de la normativa contenida en el Código de Comercio, el cual establece específicamente en su artículo 98 de forma clara que: “*al crearse la persona jurídica o la sociedad, esta goza de un reconocimiento independiente de los socios que la conformaron individualmente considerados*”; es decir, nace a la vida jurídica una persona totalmente independiente de sus socios; a la que incluso, le son reconocidos algunos atributos que le son propios a las personas naturales en un Estado de Derecho, por ejemplo, la capacidad y el patrimonio.

Ello es así, atendiendo a que “*el derecho de sociedades (...) se funda en unos principios que se pueden resumir en la personalidad jurídica societaria, la responsabilidad limitada de los socios y/o accionistas*” (Córdoba Acosta, 2006, pág. 55), lo que, además de incentivar la inversión, dado que los accionistas o socios solo arriesgarían el monto del aporte, permite que el objeto social se desarrolle con libertad e independencia, desligándose de restricciones que pudieran imponer los socios que la conformaron, pues cuenta, entre otros, con una personalidad jurídica determinada por una capacidad propia de su objeto social y en consecuencia, con un patrimonio.

Ahora bien, debe recordarse que “*un concepto jurídico-económico de patrimonio, consiste en una unidad de valor compuesta por todas las posiciones económicamente valiosas de que es titular un sujeto, en tanto estas no se encuentren expresamente reprobadas por el ordenamiento jurídico*” (Schlack Muñoz, 2008, pág. 262), y es por dicho motivo que el mismo Código Civil consagra en su artículo 2488 que “*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 (...)*”; dando cumplimiento así al principio general del derecho, mediante el cual el patrimonio es la prenda general de los acreedores.

Este principio implica que todos los bienes que integran el patrimonio de la persona obligada garantizan los créditos a su cargo, por lo que, en caso de un incumplimiento es dicha unidad jurídica la que puede ser perseguida por los acreedores. Así, al pertenecer a la persona jurídica cuenta con una independencia inherente, y con ello se constituye una fehaciente limitación a la responsabilidad con unos efectos principales, como lo son: que los activos y pasivos que se radican en cabeza de la persona jurídica no se confunden con los activos y los pasivos de los socios constituyentes y que las obligaciones que le sean exigibles a la persona jurídica no le son exigibles a las personas que la conformaron.

Se ha expuesto entonces las consecuencias del surgimiento a la vida legal de la sociedad o la persona jurídica, lo cual ocurre al suscribirse en cumplimiento de las formalidades establecidas, el contrato social; para el cual y en el caso colombiano se debe cumplir con determinados requisitos *sine qua non* para que se materialicen los efectos esperados, lo cual no será objeto de estudio en el presente escrito; lo que si es cierto es que, cuando se suscribe el contrato social en cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley y con el lleno de las

formalidades establecidas puede hablarse de la persona jurídica independiente de sus socios o accionistas.

Es entonces esta personalidad jurídica una protección legal en tanto “*estos seres creados artificialmente son ficticios, pues no existen naturalmente de la misma manera que las personas físicas, sino solo para fines jurídicos*” (Atehortua Ochoa, 2005, pág. 13), es así porque aunque se dota a la persona de ciertas capacidades y cualidades, la misma no existe en el mundo fenomenológico toda vez que “*el derecho le atribuye capacidad jurídica a un ser que en realidad no tiene pensamiento ni voluntad no es sino por ficción que se suple una condición naturalmente indispensable y esta ficción consiste en admitir que este ser piensa y quiere, aunque en sí sea incapaz*” (Atehortua Ochoa, 2005, pág. 14).

Y es que el rubro de la persona jurídica no ha sido solo reconocido por el Código de Comercio, sino también por el Código Civil en su artículo 633, el cual la define así: “*Se llama persona jurídica a una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, de ser representada judicial y extrajudicialmente*”.

En reconocimiento de tal ficción se entiende que la persona jurídica es incapaz de obrar por sí misma, por lo que debe estar representada por una persona natural que le otorgue la voluntad que solo emana del ser humano para la celebración de actos jurídicos que obliguen a la sociedad. Con lo que a su vez se pretende avalar que es tal reconocimiento el que facilita la realización de transacciones económicas en el mercado, toda vez que “*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*” (Vanegas Franco, 2016, pág. 372).

Y es que incluso normas de diversas ramas del derecho reconocen esta protección adaptándola a su objeto de regulación, en las que encontramos por ejemplo el Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual establece en su artículo 36 que:

Son solidariamente responsables de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo de las sociedades de personas y sus miembros y de estos entre sí en relación con el objeto social y solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

Y lo anterior es así, toda vez que la esencia normativa no se limita al campo civil o comercial que son el caldo de cultivo y el origen de las figuras que se estudian en el presente artículo, sino que se extiende a las aplicaciones que la misma pueda tener, a efectos precisamente de representar una efectiva garantía en favor de quienes conforman el contrato social o de quienes como terceros a la misma se han establecido con interés para ello.

El velo corporativo

Debe resaltarse en este punto que podría pensarse inicialmente en dos tipos de vínculos, el primero es el de los socios o accionistas con la sociedad que constituyeron y que surge a la vida jurídica mediante el perfeccionamiento del contrato societario, el segundo vínculo es el de la sociedad, ya dotada de personería jurídica con los terceros que con ella interactúan en la creación, modificación y extinción de obligaciones.

Ahora bien, respecto del primer vínculo, por no tratarse del objeto de estudio propio del presente escrito, se dirá que se caracteriza por las disposiciones legales que integran el régimen societario, indicando que por regla general los socios no son personalmente responsables por las

acreencias que hayan sido adquiridas por la sociedad, que como se vio anteriormente están dotadas de independencia, por ostentar dicha sociedad de los atributos que la individualizan tanto en sus relaciones jurídicas como económicas.

Sin embargo, debe referirse que, aunque existe una determinación legal al respecto, los socios se encuentran facultados para hacer determinaciones en este sentido en el mismo contrato social, pues:

Quienes limitan el riesgo son los socios ya que la sociedad responde ilimitadamente frente a terceros hasta donde alcancen los activos o valores patrimoniales, salvo que excepcionalmente se haya estipulado de forma expresa en el contrato a cargo de uno o varios o todos los socios una mayor responsabilidad o garantía suplementaria con las que se amplíe la capacidad de endeudamiento de la compañía (Superintendencia de Sociedades, 2019, pág. 2).

Así las cosas, se encuentra que, al menos en lo relacionado a la Sociedad por Acciones Simplificada, existe una regla general por virtud de la cual, los socios solo responden con su propio patrimonio de forma extraordinaria y de forma limitada al monto de su aporte, lo que no ocurre en todos los tipos societarios. Siendo ello la máxima garantía otorgada en materialización de las normas ya enunciadas.

La figura del velo corporativo alude a lo que hasta ahora se ha denominado “limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas”; recibe tal denominación atendiendo a que facilita el desarrollo económico, impidiendo que las deudas sociales afecten el patrimonio personal de los socios o que las deudas de estos últimos afecten el estado financiero de la sociedad. Se trata

de un velo que se instituye con miras a proteger la independencia de la sociedad en lo que a responsabilidad jurídica y financiera refiere; pues en todo caso:

Negar la garantía de 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 (Gil Echeverry, 2017, pág. 118).

Resulta claro que, en lo que respecta a la constitución de Sociedades por Acciones Simplificadas, se encuentran materializados los derechos de los que la normativa estudiada precedentemente es garante; no solo porque se encuentran materializados los derechos instituidos en las normas de carácter constitucional respecto de la garantía del derecho de asociación, sino también porque dicha asociación se encuentra a su vez protegida por normativas que le otorgan a quienes suscriben el contrato societario libertades propias de la autonomía de la voluntad a efectos de materializar las consagraciones establecidas.

En esta tipología societaria se establecen límites claros respecto de la responsabilidad económica de quienes conforman la sociedad, respecto de acreencias que sean adquiridas por la sociedad como unidad jurídica en favor de terceros, figura jurídica a la que se ha nombrado “velo corporativo” que, entre otras finalidades, tiene la de incentivar mediante la protección del patrimonio de cada uno de los socios, la creación de empresa, el comercio, el equilibrio económico y de más.

En general 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, dado el incentivo de reducción del riesgo empresarial” (León & López, 2016). Bernal Gutiérrez explica esta situación

aduciendo que “a partir de la imposibilidad de acceder, en términos generales a la constitución de patrimonios por afectación o separados en nuestro medio, resulto siempre imperioso acudir a la forma societaria para tratar de obtener tanto el beneficio de la limitación del riesgo como el amparo de la persona jurídica distinta de los constituyentes de la sociedad individualmente considerados” (Bernal Gutiérrez, 1998, pág. 230).

Se hace entonces claro cuál es el contraste de las normativas que se establecen como protección a la constitución de la forma societaria estudiada en el presente escrito y la garantía efectivamente establecida en este sentido, con lo que se constata 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 empresa cuando estas se hagan exigibles, algunos de los riesgos del negocio serán asumidos por otras personas (Reyes Villamizar, 2010, pág. 56).

Y es precisamente la anterior, la real garantía, la efectivamente otorgada por la normativa a las sociedades por acciones simplificadas y a sus socios, lo que a su vez funge como un estímulo para su constitución y un beneficio para su funcionamiento. Es así porque al configurarse una persona jurídica independiente de los socios que la conforman, se establece una división de responsabilidad y principalmente de patrimonio, siendo ello denominado a través de la figura jurídica del velo corporativo.

Levantamiento del velo corporativo

Visto lo anterior, se tiene que en la Sociedad por Acciones Simplificadas, los socios solo responden por las obligaciones de la sociedad hasta el monto de sus aportes, por lo que no es

posible que sean llamados a responder con su propio patrimonio por las deudas de la compañía, salvo que haya lugar al levantamiento del velo corporativo, limitado ello a que se trate de obligaciones tributarias o contraídas en favor de la administración pública o que se presente alguna circunstancias excepcional de naturaleza defraudatoria, siendo esta el objeto de estudio del presente artículo.

Ahora bien, la protección que otorga el velo corporativo puede ser retirada, destruida o desvirtuada en aquellos casos en los que dicha figura jurídica ha sido utilizada con fines de fraude o engaño, o en todo caso, se ha utilizado de forma abusiva. Esto, atendiendo a que *“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 tenerla”* (Gil Echeverry, 2016, pág. 12) lo anterior a efectos de alcanzar una finalidad constitucional valido con fundamento en causas legales diferentes a aquellas que dan origen al contrato social, como se verá más adelante.

Ello es consecuencia de la utilización indebida de la personalidad jurídica instituida como forma de protección, la actuación maliciosa, desleal deshonesto de los accionistas que genera daños a terceros el fundamento factico de la despersonalización de la sociedad o del levantamiento del velo corporativo. Toda vez que vulnerar dicha expectativa de comportamiento con actuaciones que resulten ilegítimas y en todo caso, al constituir el abuso del derecho, dicha protección o limitación de responsabilidad es retirada por la correspondiente autoridad judicial, a efectos de que exista una garantía en favor de terceros que puedan estar afectados con el actuar abusivo.

Es menester referir que la legislación colombiana se rige entre otros, por el principio de la buena fe, el cual ha sido definido incluso por la sentencia C-1194 de 2008 en la que funge como Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil como:

Aquel que exige a los particulares y las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una persona correcta. Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada.

Y es en dicho sentido jurisprudencial en el que la misma Corte Constitucional colombiana se ha basado a fin de permitir el levantamiento del velo social corporativo, al respecto se refirió en la sentencia C-865 de 2004, con Magistrado Ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil que:

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 desconocerla limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Ello es así toda vez que la principal consecuencia del levantamiento de dicho velo corporativo es que, quienes suscriben el contrato social y fungen como socios de la persona jurídica utilizada como medio ilegítimo, son responsables por los daños que con la maniobra

fraudulenta de causaran. Sucede esto, no propiamente por el establecimiento de una consagración legal específica, sino por la adaptación de la institución del abuso del derecho, siendo tal levantamiento y la asignación de responsabilidad ilimitada en contra de los socios y en favor de los terceros eventualmente afectados, la consecuencia de su aplicación legal.

Ahora bien, el abuso del derecho supone que el titular de una facultad o garantía subjetiva la utilice para unos fines que son abiertamente contrarios a los otorgados por el ordenamiento jurídico, con independencia de que se cause o no daño a terceros. Es así como la mera extralimitación define el abuso del derecho siendo el daño un hecho accidental.

Tal como lo establece la Sentencia de Unificación proferida por la Corte Constitucional 631 del 2017, con Magistral Ponencia de la Doctora Gloria Stella Ortiz Delgado. En principio el patrimonio personal de los socios que conforman, para el caso de estudio, la Sociedad por Acciones Simplificada, es intangible, precisamente por los presupuestos normativos de dicha constitución societaria, lo que es más que muestra clara de lo que supone la construcción o materialización del velo corporativo

Existen entonces, pocas consagraciones legales referentes al levantamiento del velo corporativo, sin embargo, entre aquellas que lo refieren, podemos encontrar:

Ley 190 de 1995 *“por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”* la cual establece en su artículo 44 que: *“las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por esta”*.

Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*. Normativa que a pesar de ser específica en tanto el objeto de su regulación, establece en su artículo 37 que: *“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”*.

Con lo cual se establece que el principal propósito favorecido por la legislación, independientemente de su objeto de regulación es que la sociedad constituida cumpla con las finalidades propias de la figura comercial de asociación.

Ley 1258 de 2008 *“por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada”*, establece en su artículo 42 que *“cando 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”*.

A pesar de que no existe una consagración legal específica respecto de las causas, el procedimiento o incluso consecuencias del levantamiento del velo corporativo, si existe sustento jurisprudencial, atendiendo a que se utilizan: *“el deber constitucional y legal de no hacer daño a otro, la prohibición de abuso del derecho y la proscripción del empleo de la persona jurídica como instrumento*

para defraudar intereses de terceros”, tal como se estableció en la sentencia C – 865 de 2004, proferida por la Corte Constitucional Colombiana con magistral ponencia de Rodrigo Escobar Gil.

Ahora bien, será obligación del juez, determinar si para el caso concreto de su conocimiento, los accionistas se aprovecharon de la persona societaria para el engaño, hipótesis entre las cuales se encuentra, por ejemplo, constituir la sociedad para distraer bienes de la sociedad, conyugar, para evadir obligaciones, ocultar bienes de acreedores, eludir cumplimientos contractuales, concretar fraude pauliano, evadir normas tributarias y de más. Aunque debe establecerse que, una vez probado ello en el respectivo proceso jurisdiccional, no es el levantamiento del velo corporativo la única consecuencia jurídica posible.

También podrá el operador judicial optar por mantener la personalidad jurídica, declarar la nulidad de los actos que resultaron defraudatorios, establecer la responsabilidad solidaria de los accionistas, incluso la procedencia del pago de una indemnización que resulte correspondiente con los hechos probados y en último lugar y de forma extrema, decretar el levantamiento del velo corporativo a fin de eliminar cualquier tipo de limitación de responsabilidad existente entre los socios que conforman la sociedad, con la persona jurídica de la misma.

La Superintendencia de sociedades, mediante oficio 220-011545 del 17 de febrero de 2012, estableció que:

El levantamiento al velo corporativo es una medida indispensable para evitar que, tras la figura de la persona jurídica societaria, se realicen conductas contrarias a derecho y a los intereses de terceros, cuyos asociados y administradores que hubieren permitido o

realizado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de los mismos y por los perjuicios que hayan causado a terceros.

Ahora bien, inmersos en el proceso jurisdiccional que debe llevarse a cabo, es menester referir que será el demandante quien debe probar con suficiencia que se han desbordado los fines con los que son concebidas y regladas las formas asociativas, siendo el resultado, en caso en que se cumpla con dicha carga probatoria, la derogatoria temporal del beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Ahora bien, como fundamento legal para el proceder de dicha acción, se han encontrado los siguientes:

a. El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro. Establecido propiamente en el artículo 83 de la Constitución Nacional, el cual consagra:

Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. Siendo la consagración constitucional aquella que rige las disposiciones legales que, desde inferior jerarquía, se desarrollan, como por ejemplo aquella que realiza el artículo 2341 del Código Civil: “El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido un 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.

b. La responsabilidad por el abuso del derecho. Establecido para el objeto del presente estudio propiamente en el artículo 830 del Código de Comercio Colombiano, en el que se afirma que “el que abuse de sus derechos está obligado a indemnizar los perjuicios que cause”

c. Responsabilidad por actos defraudatorios. Que a efectos de este estudio puede encontrarse enmarcado en lo consagrado por el artículo 207 de la ley 222 de 1995, el cual establece que:

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.

Autoridades y procedimiento

Como se explicó anteriormente, el levantamiento del velo corporativo procede en caso de que la institución societaria sea utilizada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros; siendo la consecuencia jurídica directa la modificación en el régimen de responsabilidad; toda vez que los socios que en principio solo pagaban de su patrimonio de forma extraordinaria y limitado al monto de su aporte, deben reparar de forma solidaria y directa sin limitación alguna.

Ahora bien, debe acudirse ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario, a efectos de determinar si la actuación adelantada por la sociedad defrauda intereses de terceros. En caso de que se tome tal determinación se declarará por parte de dicha autoridad la nulidad de dichos actos.

Posterior a ello, debe incoarse la acción indemnizatoria, en la que se pretende resarcir los perjuicios que se derivan de los actos defraudatorios que fueron declarados nulos. Acción para la que son competentes a prevención la Superintendencia de Sociedades y los Jueces Civiles del Circuito.

Se tiene entonces que se trata de un proceso en el que, aunque no existen causales taxativas o limitantes si existe una carga probatoria absoluta que pesa sobre quien demanda el levantamiento del velo corporativo, pues no basta con probar la existencia de daños causados con el proceder de la sociedad, sino que los mismos con consecuencia de un proceder que resulta desleal, deshonesto, contrario a derecho, para lo que no basta la sola afirmación, sino que debe allegarse en debida forma el acervo probatorio que permita evidenciar la extralimitación en los derechos sociales de los que la sociedad es titular.

Ello es así por expresa alusión que realiza el Código General del Proceso en el numeral d, de su artículo 24, así:

“5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

d. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad 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. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios”

Se evidencia entonces que, el hecho de determinar si se incurrió o no en una conducta que resulte maliciosa, desleal, deshonesto, contraria a las obligaciones que le son propias a los socios, es una facultad que solo le está conferida a los jueces civiles del circuito o a la superintendencia de sociedades, especialmente a la Delegatura para Procedimientos Mercantiles.

Es así, además, toda vez que la ley 1450 de 2011, en su artículo 252, dispone que las funciones jurisdiccionales que fueron otorgadas a la Superintendencia de sociedades desde la expedición del Código General del Proceso proceden respecto de todas las sociedades que se encuentran sujetas a su supervisión.

Conclusiones

Se tiene que la personalidad jurídica se superpone al contrato de sociedad de forma en que, con ello es reconocida la personalidad jurídica independiente de quienes la conforman, con el reconocimiento de un privilegio particular para el caso concreto, que es el de la limitación de la responsabilidad de forma en que se promueva el comercio y la conformación y constitución de figuras sociales.

Sin embargo, los privilegios que han sido reconocidos por la ley no son permanentes, y por el contrario pueden ser afectados en caso de que se haya incurrido en los presupuestos del principio general del abuso del derecho, que es el fundamento base de las actuaciones engañosas o ilegítimas que atentan con la finalidad de la institución societaria.

Y es que el abuso del derecho es una institución autónoma y diferente que al ser aplicada de cara al levantamiento del velo corporativo de una sociedad abre a su vez las posibilidades que tienen los terceros que fueron perjudicados con el actuar dañoso a fin de que eleven a la entidad jurisdiccional pretensiones sobre el pago de las correspondientes indemnizaciones, entre otras solicitudes que aunque menos lesivas menoscaban el privilegio de la responsabilidad, las cuales no se examinan en el presente escrito por no ser propiamente el objeto de estudio deprecado.

A pesar de que en la legislación colombiana se encuentran algunas normativas que reconocen la posibilidad de efectuar un levantamiento del velo corporativo de una sociedad en determinados casos, dichas alusiones no son concretas en cuanto a causas, procedimiento y consecuencias específicas, por lo que, como se pudo evidenciar en las secciones anteriores, el desarrollo de la presente temática ha sido jurisprudencial, dejándose a cargo de los operadores judiciales el establecimiento de la prueba requerida respecto de la utilización indebida de la

institución, los perjuicios sufridos por los terceros y la asignación de diversas consecuencias, siendo la más gravosa la despersonalización de la sociedad y con ello la integración de los socios como responsables de forma solidaria de cara a los perjuicios aducidos por los terceros.

Referencias

- Atehortua Ochoa, J. (2005). Dimension institucional de la persona juridica en el derecho colombiano. La sociedad y la empresa como institucion. *Revista de Derecho Privado*.
- Bernal Gutiérrez, R. (1998). De la utilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada. *Jurisconsulta No. 1. Cámara de Comercio de Bogotá*, 114.
- Córdoba Acosta, P. A. (2006). *Derecho de sociedades, derecho comun y responsabilidad de la sociedad holding*. Bogotá: Revista de Derecho Privado.
- Gil Echeverry, J. H. (2016). Levantamiento del velo corporativo. Panoramas y perspectivas. El caso colombiano. *Universidad del Rosario*, 74.
- Gil Echeverry, J. H. (2017). Velo corporativo y jurisprudencia. *Revista de Derecho de la Universidad Javeriana*.
- León, E. I., & López, Y. (2016). Responsabilidad patrimonial de los accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas. *Universidad Externado de Colombia*, 227.
- Reyes Villamizar, F. (2010). La sociedad por acciones simplificada: una verdadera innovacion en el derecho societario latinoamericano. *Universidad del Rosario*, 23.
- Schlack Muñoz, A. (2008). *El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa*. Pontificia Universidad Católica.
- Sentencia T-133 A, T-645037 (Corte Constitucional Colombiana 2003).
- Suelt-Cock, V. (2016). *El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretacion constitucional. Aproximacion a los contenidos del bloque en derechos en colombia*. Bogotá: Vniversitas.
- Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-32221 (2019).
- Vanegas Franco, A. (2016). Ampliacion de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia: posibilidades y efectos. *Universidad del Rosario*, 371.