

**EL ACCIONISTA DE LA S.A.S. FRENTE A LA LIMITACIÓN DE
RESPONSABILIDAD Y LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA**

**CAMILO AUGUSTO RODRÍGUEZ MONTOYA
SANTIAGO BARRIENTOS GALLO**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
MEDELLÍN
2012**

**EL ACCIONISTA DE LA S.A.S. FRENTE A LA LIMITACIÓN DE
RESPONSABILIDAD Y LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA**

**CAMILO AUGUSTO RODRÍGUEZ MONTOYA
SANTIAGO BARRIENTOS GALLO**

Monografía para optar al título de Especialista en Derecho Comercial

**Asesor Temático
Dr. RODRIGO URIBE LÓPEZ
Docente U.P.B.**

**Asesor Metodológico
Dr. HOLMEDO PELÁEZ GRISALES
Coordinador de Investigaciones U.P.B.**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
MEDELLÍN
2012**

Nota de aceptación

Firma
Nombre:
Presidente del jurado

Firma
Nombre:
Jurado

Firma
Nombre:
Jurado

Medellín, 25 de Abril de 2012

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ACCIONISTA EN LA SAS	9
1.1 CONCEPTO	9
1.2 ORÍGENES DEL CONCEPTO	11
1.3 REFERENCIA DOCTRINARIA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL	16
1.4 IMPORTANCIA DE LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL EN EL DERECHO SOCIETARIO COLOMBIANO	21
2. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SAS	26
2.1 ACERCAMIENTO AL CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN	26
2.2 REFERENCIA DOCTRINARIA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO	33
3. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY SAS SOBRE LA “DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA”	45
3.1 CABIDA DE LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO COLOMBIANO	45
3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PERFORACIÓN DEL VELO SOCIETARIO	47
4. CONCLUSIONES	65
BIBLIOGRAFÍA	69

INTRODUCCIÓN

Es sabida la importancia que tienen las sociedades en el entorno comercial contemporáneo a nivel mundial, tanto para la cadena económica que beneficia el interés general, como para quienes pretenden desarrollar determinada actividad sin comprometer el patrimonio personal en su totalidad (sólo en determinados tipos societarios).

La importancia para la cadena económica, radica en que con el desarrollo de actividades comerciales a través de sociedades, se genera formalización empresarial, lo cual significa más recursos provenientes de tributos para un Estado que pueden ser destinados a seguir fomentando empresa, promoviéndose a su vez mayor creación de empleo formal, con ello mayor consumo y productividad empresarial, y así, un dinamismo comercial que beneficia a todos los sectores de nuestra economía, viéndose ello reflejado en el progreso de un Estado fundado en la prevalencia del interés general¹.

Por su parte, el empresario, inversionista, socio o, en general, quien desarrolla determinada actividad a través de la constitución de una persona jurídica societaria, encuentra además otra importancia con respecto a las sociedades y es que no compromete la totalidad de su patrimonio para el desarrollo de la actividad mediante la cual pretende lucrarse y puede medir el riesgo de pérdida que asumirá para la explotación de determinado negocio. Es de aclarar que tal limitación de responsabilidad no es aplicable a todos los tipos societarios, ya que en las Sociedades Colectivas los socios responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales², al igual que los socios gestores de las Sociedades Comanditarias³. De resto, es decir, en las Sociedades Anónimas, en las Sociedades Limitadas, los socios comanditarios en las Sociedades en Comandita, en las Empresas Unipersonales, las extintas Sociedades Unipersonales y las Sociedades por Acciones Simplificadas, sus socios responden únicamente hasta el monto de sus aportes, por lo cual se cuenta con limitación de responsabilidad patrimonial de los socios o accionistas frente a las obligaciones adquiridas por la sociedad, las cuales recaen sobre el patrimonio de la persona jurídica.

Sin embargo, surge un problema con el beneficio de limitación de responsabilidad del accionista que acabamos de mencionar y es que no siempre se aprovecha éste para la protección del propio patrimonio producto de la medición racional y objetiva del riesgo, sino que se utiliza este beneficio que otorgan ciertas sociedades para defraudar a terceros mediante diversas modalidades, algunas de las cuales se mencionarán en el desarrollo del presente trabajo, ante lo cual se debe establecer una excepción al beneficio para que éste no sea absoluto en el evento de circunstancias fraudulentas.

¹ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Leyer, 2010. Art. 1.

² COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Código de Comercio. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1991. Art. 294.

³ Ibid., Art. 323.

Es así como surgen las teorías de la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica, levantamiento del velo societario, *disregard of legal entity*, *piercing of the veil*, entre otras acepciones tanto del *civil law* como del *common law*. Ésta teoría se inspira precisamente en el hecho de que la limitación de la responsabilidad no puede ser absoluta, a tal punto que se valga de ella para perjudicar a terceros y ante tales situaciones fraudulentas o abusivas se debe desconocer ese beneficio con el fin de extraer a los socios para que respondan con su propio patrimonio por las obligaciones y los perjuicios causados. Planteado lo anterior, se evidencia allí una tensión entre el beneficio de la limitación de responsabilidad patrimonial del socio y la figura del levantamiento del velo societario; es decir, más allá de hablarse de actos defraudatorios, ¿cuáles son los elementos y eventos precisos que se proscriben para que tenga entrada la sanción del *disregard*?

Lo anterior cobra relevancia, dado que ambas figuras, la limitación de responsabilidad y su desestimación, son vitales para mantener un equilibrio socio-económico a tal punto que por no aplicar la sanción del levantamiento del velo dada su vaguedad e indeterminación precisa, se presenten situaciones fraudulentas reiteradamente sin control jurídico-societario, generándose una correlativa desconfianza para quienes interactúan en el mundo de los negocios con las sociedades mercantiles y viéndose afectada la cadena económica que mencionábamos al comienzo, produciéndose una atrofia en ese dinamismo que requiere el entorno mercantil para que funcione en todos los sectores y repercuta en beneficio del interés general. Pero a su vez, cambiándonos hacia el otro extremo, tendríamos que dada la vaguedad de la consagración de la teoría del *disregard*, se caería en una degeneración de la teoría, al punto de que se sancionarían conductas que eventualmente no se realizaron para defraudar a nadie, pero que generaron un resultado adverso para ese tercero, situación que es muy corriente en el mundo comercial y por ende, se desincentivaría la formalización de sociedades para el desarrollo de actividades mercantiles, produciéndose también un efecto adverso en el proceso económico del Estado.

Aterrizaremos pues la situación planteada al tema particular de la Sociedad por Acciones Simplificada, ya que, aparte de que es el tipo societario de mayor apogeo y revolución en este momento histórico* y que actualmente se ubica a la cabeza de los tipos societarios constituidos en Colombia, su ley de creación, la 1258 de 2008, en su primer artículo establece que el accionista o los accionistas de la S.A.S. sólo son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. No obstante, a renglón seguido, en ese mismo primer artículo, señala una excepción a este principio de responsabilidad, remitiéndose al artículo 42 de la misma ley, el cual consiste en la “desestimación de la personalidad jurídica”.

* La SAS ha inspirado la formalización societaria en los últimos años en Colombia, al punto de que, como lo manifiesta el Dr. FRANCISCO REYES VILLAMIZAR en la contracubierta de su obra “SAS La Sociedad por Acciones Simplificada”, “Más de 60.000 Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) constituidas en los dos primeros años de vigencia de la Ley 1258 de 2008 convirtieron a la SAS en el mayor fenómeno del derecho societario colombiano en la últimas décadas.”

Así las cosas, el accionista en la SAS posee el beneficio de la limitación de responsabilidad, salvo que se utilice la sociedad “en fraude a la Ley o en perjuicio de terceros”, evento en el cual “los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios”, responderán solidariamente con su propio patrimonio por tales actuaciones.

Así, según se ha mencionado arriba con respecto a las posibles repercusiones de inutilizar la sanción del *disregard* o desnaturalizar la limitación de responsabilidad, eventualmente y con mayor razón se podría generar una amenaza para el accionista de una SAS frente al tema de la limitación de su responsabilidad hasta el monto de sus aportes, puesto que lo que en principio se pudiera entender como limitación plena de responsabilidad en virtud de lo mencionado en el primer artículo de la referida ley de creación de este tipo societario, podría desvirtuarse totalmente debido a la indeterminación de los elementos normativos que regulan la figura sancionatoria de la desestimación de la personalidad jurídica, en el sentido de que son muchas las conductas, decisiones sociales, contratos o actos jurídicos en general que tendrían propensión de ocasionar en determinado momento un fraude a la ley o un perjuicio a terceros, máxime si se tienen en cuenta la cantidad de situaciones que se pueden presentar con respecto a este tipo societario dada la libertad para disponer su estructuración orgánica y su funcionamiento, además del amplísimo albedrío contractual debido a su flexibilidad resultante del carácter principalmente dispositivo de las normas de la Ley 1258 de 2008 que crea dicha sociedad para nuestro país, teniéndose la posibilidad incluso de desarrollar un objeto social indeterminado. O también, igualmente debido a esa amplitud en el supuesto de conducta de fraude a la ley o perjuicio de terceros, eventualmente se generaría la inutilización de la sanción del *disregard*, con sus correlativos efectos que en determinado momento llegarían a “satanizar” la SAS a la hora de contratar con ellas, dada la limitación absoluta de responsabilidad que tendrían los accionistas y su propensión a situaciones irregulares sin control de la legislación y jurisdicción societaria.

Son pues los extremos que mediante el presente proyecto pretendemos evitar, para lo cual desarrollaremos tres capítulos fundamentales que aborden, por una parte el beneficio de limitación de responsabilidad en la SAS, un acercamiento conceptual, pasando por sus orígenes, una referencia doctrinaria, normativa y jurisprudencial para conocer su alcance y finalmente concretar la importancia de dicha figura en nuestro derecho societario.

Como un segundo capítulo, trataremos la sanción de la “desestimación de la personalidad jurídica” en la SAS, para lo cual realizaremos un acercamiento conceptual donde mencionaremos aspectos relevantes de dicha teoría e igualmente realizaremos una referencia doctrinaria, normativa y jurisprudencial para estudiar la situación de dicha teoría en Colombia, que si bien no tiene mayor consagración y desarrollo, existen ciertas normas que se fundamentan en ella y ciertas instituciones jurídicas y principios generales de derecho incorporados en nuestro país, que sirven de fundamento para elaborar una teoría del *disregard* para nuestro sistema jurídico por parte de las fuentes

auxiliares del derecho como son la doctrina y la jurisprudencia, cobrando especial relevancia para el tema de la SAS, la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (o los jueces Civiles del Circuito Especializados o del Circuito del domicilio del demandante en su defecto)⁴.

Finalmente, desarrollaremos un tercer capítulo con nuestra propuesta acerca de las pautas para la formulación de una teoría del levantamiento del velo societario para Colombia, estructurándolo en dos partes, una para determinar la viabilidad y necesidad de desarrollarla, partiendo de nuestro ordenamiento jurídico con base en el numeral 2.2. del capítulo segundo, y otra para mencionar ciertos supuestos generadores y proponer elementos objetivos y subjetivos que a nuestro juicio constituyen la sanción de la “desestimación de la personalidad jurídica” del artículo 42 de la Ley SAS, ante lo cual hacemos énfasis en que si bien nuestra propuesta puede brindar una guía de interpretación y aplicación de la norma en comento, se tienen en cuenta ciertos elementos para ser considerados especialmente en un ambiente académico, y son fundamentalmente la doctrina más reconocida a nivel nacional y la jurisprudencia, las que deben desarrollar la teoría del *disregard*, formulando algunas pautas hermenéuticas, pero principalmente a partir de casos reales que se vayan presentando, pues desafortunadamente y como una muestra de los que hemos afirmado frente a la posible inutilización de la figura, para este momento no se observan procesos verbales sumarios por “desestimación de la personalidad jurídica” de una SAS ante la Superintendencia de Sociedades ni conceptos de fondo de esta entidad frente al tema*.

Todo lo anterior, en aras de responder un simple pregunta sobre si ¿la desestimación de la personalidad jurídica en la SAS, desnaturaliza el principio de limitación de responsabilidad de sus accionistas?, la cual pretendemos dilucidar en el aparte de las conclusiones.

⁴ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El autor, 2008. Art. 42.

* Lo afirmado, más allá del Oficio 220-011545 del 17 de Febrero de 2012 de la Superintendencia de Sociedades, en el cual, cuando se refiere a la sanción del *disregard* en la SAS, se limita a transcribir el enunciado normativo del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

1. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ACCIONISTA EN LA SAS

1.1 CONCEPTO

La limitación de responsabilidad de los socios hace parte esencial del derecho societario colombiano, esto queda evidenciado en nuestro Código de Comercio: Para las sociedades en comandita el artículo 323 del Código de Comercio señala un régimen mixto de responsabilidad, por lo cual el socio gestor responde ilimitadamente, y el comanditario sólo hasta el monto de lo aportado. También, el artículo 353 del mencionado código confiere una responsabilidad limitada hasta el monto de los aportes para los socios de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la misma regla la establece el artículo 373 *ibídem* en cuanto a la Sociedad Anónima. Como exclusiones a la limitación de responsabilidad, encontramos el mismo artículo 323 ya citado previamente en cuanto al socio gestor y el artículo 294 del Código de Comercio establece que los socios de la Sociedad Colectiva responden en forma solidaria e ilimitada por todas las operaciones sociales.

Así entonces, la limitación de responsabilidad es una característica distintiva de las sociedades de capital, o más bien, una de las características principales. Mientras los socios en las sociedades personalistas son responsables solidariamente con las deudas de la sociedad, la limitación de responsabilidad al monto del aporte de los socios o accionistas de las sociedades de capitales, es un privilegio que se confiere a los inversionistas y tiene una consecuencia de fondo muy importante para el desarrollo económico y las inversiones en un país, según hemos mencionado.

La limitación de responsabilidad es un beneficio legal que facilita el desarrollo económico a través de un tipo societario, como lo puede llegar a ser una Sociedad Anónima, la Sociedad de Responsabilidad Limitada o la Sociedad por Acciones Simplificada principalmente, en las cuales se impide la comunicación de las deudas sociales con el patrimonio personal de los socios o accionistas. Es la persona jurídica quien se configura como sujeto pasivo de las obligaciones, cualquiera que sea la forma asociativa o constitutiva que detente; por lo que sus constituyentes o socios son liberados de cualquier responsabilidad directa por las deudas sociales.

Es claro que la creación de una sociedad comercial diferente a las *intuitio personae*, está motivada en proteger la integridad patrimonial de cada uno de los asociados en tanto se vea íntimamente relacionada con el desarrollo de la actividad mercantil de la misma. Tal protección es consecuencia de la *incomunicación* que el ente societario establece entre el patrimonio de los accionistas y el patrimonio de la sociedad. El profesor REYES VILLAMIZAR ha expuesto sobre el particular que: *“Esta separación patrimonial entraña dos efectos jurídicos muy conocidos: en primer lugar, que los acreedores de los socios o accionistas no pueden ir contra los bienes de la sociedad para obtener la satisfacción de sus créditos (a lo sumo, podrán perseguir las participaciones*

*de capital que estos tengan en aquella); en segundo término, que los acreedores de la compañía no pueden ir en contra de los bienes de los socios o accionistas para cubrir con su producto acreencias de la compañía*⁵.

Así pues, se busca como objetivo principal, limitar la responsabilidad de los socios para que su patrimonio personal no pueda ser perseguido en un caso eventual, en el cual se deba cubrir un pasivo que haya adquirido la sociedad. De esta forma, cada uno de los socios aporta confiadamente sumas de dinero considerables para la creación de una persona jurídica diferente, que pueda contraer derechos y adquirir obligaciones autónomamente para el desarrollo de determinada actividad comercial. En cuanto al artículo primero de la Ley 1258 de 2008, también conocida como ley SAS, en su primer inciso establece que la Sociedad por Acciones Simplificada podrá ser constituida por uno o más socios quienes solo serán responsables por el monto de sus aportes; esto quiere decir que quienes constituyen este tipo societario gozan de una limitación del riesgo en cuanto a la actividad comercial que vayan a emprender.

Lo anterior se ratifica con lo expresado por el artículo segundo de la Ley 1258 de 2008, cuando prescribe que una vez la sociedad se encuentra inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica distinta de sus socios que tendrá también un patrimonio diferente conformado por lo aportado por cada uno de sus socios y que las obligaciones que adquiera este tipo societario, las adquiere como un “comerciante” autónomo que responderá con su propio patrimonio por las obligaciones que contraiga, sin que estas lleguen a sus accionistas, con la excepción de lo consagrado en el artículo 42 de la mentada ley, la cual será objeto de análisis en el segundo capítulo de esta investigación.

Es importante remarcar que si el acto constitutivo de la SAS no es inscrito en el registro mercantil, según el artículo 7 de la ley 1258 de 2008, dicha sociedad no tendrá personería jurídica y sería equivalente a una *sociedad de hecho*, dicho precepto normativo dispone: *“Mientras no se efectúe la inscripción del documento privado o público de constitución en la cámara de comercio del lugar en el 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.”* Es decir, sin importar que existan uno o varios accionistas, si el documento de constitución de la sociedad no se ha registrado debidamente, no surgirá la persona jurídica y por consiguiente, la responsabilidad será personal.

Expuesto lo anterior, revisaremos los orígenes del beneficio de la limitación de responsabilidad para comprender mejor su razón y finalidad, para posteriormente estudiar su consagración doctrinaria, normativa y jurisprudencial, en aras de identificar su alcance y relevancia en el derecho societario colombiano.

⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario I. Bogotá: Temis, 2002. p. 177.

1.2 ORÍGENES DEL CONCEPTO

La primera noción de responsabilidad limitada de los comerciantes, fue apareciendo a finales de la Edad Media y tuvo como principal antecedente la figura de la *commenda*, la cual era utilizada para desarrollar negocios mercantiles con la aristocracia feudal, por cuanto las clases no mercantiles estaban imposibilitadas para participar en tales actividades, ya que se consideraba como una actividad de un gran reproche social⁶.

En palabras del Magistrado JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR:

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, societás. 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 sociedad⁷.

A su vez, estas compañías de mercaderes y comerciantes obtenían gran provecho de esta posibilidad, ya que por medio de esta estructura societaria podían seguir financiando sus negocios y travesías comerciales, teniendo en cuenta que no había otra forma de obtenerla, puesto que desarrollar operaciones de crédito a través de los bancos estaba prohibido, pues en ese momento no era lícito 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. En esta estructura societaria, se distinguen dos tipos de socios: los nobles eran entonces los socios comanditarios, quienes aportaban únicamente sus recursos y quedaban excluidos de las labores de dirección, pero obtenían una responsabilidad limitada. Así, este tipo de sociedad le permitiría a estos invertir en negocios y travesías mercantiles arriesgando únicamente su capital aportado y con la posibilidad de mantener su estatus de “nobleza”, evitando ser vistos como comerciantes. Por su parte, en su calidad de socios colectivos, los burgueses ejercían las labores de dirección de la empresa y por ello su

⁶ BRUNETTI, Antonio. Tratado del derecho de las sociedades. Buenos Aires: Uteha, 1960. p. 708.

⁷ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. El Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia. En: Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y Perspectivas. El Caso Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010. p. 59-80.

⁸ Para el autor Madriñán, el préstamo a interés se encontraba prohibido porque era contrario a los postulados de la iglesia. MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón. Principios de derecho comercial. Bogotá: Temis, 2007. p. 7.

responsabilidad por las deudas sociales era ilimitada y solidaria⁹. Dichas 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, fue así como en 1602 se creó la *Compañía Holandesa de las Indias Orientales*, conformada en principio por ocho sociedades de navegación.

En Francia se crearon las llamadas *Compañía de las Indias Occidentales y la de Indias Orientales* creada por Colbert en 1664; la *Compañía de Santo Domingo, del Canadá y de la Bahía de Hudson* en el mismo año; y la *Compañía General de Seguros y Préstamos a la Gruesa* en 1686. Por su parte, en Inglaterra se formó la *Sociedad Inglesa de las Indias Orientales* en 1612. Semejantes se dieron en Dinamarca en 1616 y en Portugal en 1649¹⁰.

Con el transcurso del tiempo y el evolucionar de la actividad mercantil, estas compañías fueron avanzando al punto en que ya se vislumbraba una estructura semejante a la de las sociedades anónimas actuales. En ellas, la participación en la sociedad estaba representada por acciones negociables y existía la limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones que surgieran del contrato. Posteriormente, el Código de Comercio francés de 1807, constituyó la primera normativa en consagrar una regulación general de la actividad comercial y prever allí el régimen jurídico de las sociedades comerciales¹¹.

Allí, se convirtió ese beneficio excepcional de la responsabilidad limitada en algo general para ciertos tipos societarios. Algo similar ocurriría en Inglaterra a mediados de siglo con *Limited Liability Act* de 1855. En los Estados Unidos la evolución fue más rápida. Aquí el principio del *general incorporation*, es decir, la libre constitución de las sociedades por acciones, fue introducida en el estado de Nueva York a finales de 1811.¹²

Volviendo al cuerpo legislativo francés de 1807, es importante mencionar que este dejó una marcada diferenciación respecto del régimen de las sociedades de capital, introduciendo dos modelos corporativos importantes: la empresa y la sociedad anónima. La empresa apareció como un acto de comercio configurativo de la calidad de comerciante, mientras que la sociedad anónima fue considerada como adecuación de la empresa bajo la forma de sociedad comercial¹³.

⁹ LEÓN ROBAYO, Edgar Iván y LÓPEZ CASTRO, Yira. Marco General del Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia: Responsabilidad Patrimonial de los Accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010. p. 2.

¹⁰ LUCARELLI MOFFO, Ricardo M. Historia de las Sociedades Comerciales. [En línea] s.p.i. Disponible en internet: <<http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>> [Consulta: 23 Mar. 2012].

¹¹ VILLEGAS, Carlos Gilberto. Derecho de las Sociedades Comerciales. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 12.

¹² GALGANO, Francesco. Historia del derecho mercantil. Barcelona: Laia, 1987. p. 61.

¹³ OTAEGUI, Julio C. Concentración Societaria. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 1984. p. 26 y ss.

A la postre y debido a los altos costos de las sociedades anónimas propias del código francés que hacía que éstas fueran utilizadas sólo por las grandes empresas, se buscó un tipo de sociedad simplificado que tuviera menores costos que la anónima, pero que al mismo tiempo permitiera a los socios la limitación de su responsabilidad a los aportes efectuados. Si bien la “*Companies Act*” sancionada en Inglaterra en 1862, estableció la posibilidad de constituir sociedades con los rasgos de la sociedad de responsabilidad limitada, fue en Alemania en 1892 donde que estructuró completamente la organización legal de este tipo societario. Esta ley alemana significó un modelo y antecedente para otras legislaciones, que posteriormente regularon la sociedad de responsabilidad limitada de Portugal en 1901, Austria en 1906, Brasil en 1919, Polonia en el mismo año, España en 1920, Rusia en 1922, Chile en 1923 y Francia recién en 1925, así como también el Código de Comercio de Italia de 1942, entre otros¹⁴. Se van generando así pues a través de la historia, las personas jurídica que permiten una separación patrimonial entre el socio y la sociedad. Por su parte, el Código Civil chileno de Andrés Bello, establece en su artículo 2053, inciso segundo que “*La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*”, lo que sería idénticamente establecido en el Código Civil colombiano en su artículo 2079.

En cuanto al *Common Law*, en 1819 la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció personalidad jurídica a las *Corporations*¹⁵. A partir de 1870, los abogados norteamericanos comienzan a aceptar que las *corporations* (Sociedades por Acciones), son personas jurídicas con los mismos derechos de las personas físicas, situación que es diferente con las sociedades civiles de responsabilidad limitada (*limited liability company*)¹⁶. Posteriormente, en 1914 *The Conference of the Commissions of Uniform State Laws* (Conferencia de Comisiones de Leyes Uniformes Estaduales), aprobó la *Uniform Partnership Act* y recomendó la adopción de ella por parte de todas las legislaciones estaduales.¹⁷ Anterior a esta ley, las *partnerships* eran reguladas por las normas del *common law* y el *civil law*. En 1992, la misma institución adoptó la *Revised Uniform Partnership Act*, revisión de la originaria de 1914, siendo ésta ley la que fue adoptada por la mayoría de los Estados de la Unión.

En el año 1916, se dictó la *Uniform Limited Partnership Act*, que regulaba este tipo societario. Tuvo dos revisiones, la de 1976 y la de 1985, ésta última incluyó radicales cambios en el régimen. Referentes a este tipo, cabe destacar que los Estados de Vermont y Virgin Island, siguieron desde siempre aplicando la ley original de 1916. Así también, el Estado de Louisiana sigue adoptando

¹⁴ LUCARELLI MOFFO, Op. Cit.

¹⁵ Trustees of Darmouth College vs Wordward. La Personalidad del accionista y del funcionario en las sociedades conforme a la jurisprudencia norteamericana. Citado por HARPER, George R. Ponencia al Congreso sobre la despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. p. 13 y ss.

¹⁶ DOBSON, Juan M. El Abuso de la Personalidad Jurídica (En el Derecho Privado). 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. 6.

¹⁷ SHNEEMAN, Angela. *The Law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships*. 2. ed. New York: Lawyers Cooperative Publishing, 1997. p. 21.

estatutos basados en el *common law*. También con estos antecedentes legislativos, en los Estados de Wyoming (1977), Florida (1982) y en los demás a partir de 1988. En el año 1994, *The Conference of the Commissions of Uniform State Laws* adoptó la *Limited Liability Company Act*, la cual reguló un tipo societario semejante a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, pero sin personalidad jurídica¹⁸.

Estos antecedentes, nos llevan a concluir que la figura de la limitación de responsabilidad dejó de ser una excepción para ser la regla general de las sociedades comerciales, especialmente las sociedades por acciones, las cuales bajo este principio se constituyen como un comerciante distinto de los asociados que la componen, quienes gozan de una responsabilidad limitada, y además nos demuestran que la sociedad comercial ha sido una valiosa herramienta jurídica para la consecución de fines que aisladamente el hombre no hubiera podido conseguir, pese a cualquier esfuerzo individual. El privilegio de la responsabilidad limitada hasta el monto del aporte, concedido a los socios respecto de las deudas de la compañía, permitió la expansión de las sociedades comerciales, así como la asunción de grandes riesgos que, en otras circunstancias, no se hubieran podido correr. En Colombia existe entre las estructuras societarias, una forma de clasificar las sociedades que responde a la forma cómo los socios son responsables por las obligaciones sociales. Así, en las denominadas sociedades de personas, existe una responsabilidad personal de los socios por las obligaciones de la compañía, en tanto que en las denominadas sociedades de capital, la responsabilidad recae en la sociedad, pues los socios sólo responden hasta el límite de sus aportes.

El profesor GABINO PINZÓN, expone frente al tema particular lo siguiente:

Según la posición jurídica de los socios frente a terceros, es decir, según la responsabilidad que les incumba por las obligaciones que ha contraído 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 separación 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 solo 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 jurídica¹⁹.

¹⁸ PELÁEZ, Enrique Alberto, Breve comentario a la Ley del año 2000 del Reino Unido de Gran Bretaña sobre *Limited Liability Partnerships*. En: Revista Electrónica de Derecho Societario. [En línea] No. 3, (2000). Disponible en internet: <www.societario.com> [Consulta: 23 Mar. 2012].

¹⁹ PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales. Bogotá: Temis, 1997. p. 18.

Teniendo claro lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico con el Decreto-Ley 410 de 1971, le concedió los beneficios de la limitación de responsabilidad en materia corporativa a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y a los socios comanditarios en la sociedad en comandita. Así mismo y con posterioridad, la ley 222 de 1995 confiere esta prerrogativa al empresario unipersonal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que cuando se trata de obligaciones laborales, se ha previsto que las sociedades de personas, incluidas las de responsabilidad limitada por extensión jurisprudencial, deben responder solidariamente por las prestaciones sociales de los empleados de la persona jurídica²⁰. Es así como este tipo societario quedó incluido en la clasificación correspondiente a las sociedades de personas, lo que además fue señalado por la Corte Suprema de Justicia²¹, al evaluar el alcance del artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social.

También sucede lo mismo en materia tributaria, en donde el legislador ha dejado en claro que en cuestiones de responsabilidad por las obligaciones fiscales a cargo de la compañía, cada una de los socios de la persona jurídica deberán responder solidariamente a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo periodo gravable, cuando de sociedades de personas se trata, entre las que se encuentran incluidas las sociedades de responsabilidad limitada²².

Por otra parte, y de forma paralela al régimen societario tradicional, nace la Sociedad por Acciones Simplificada creada en el año 2008 por medio de la ley 1258 del 5 de diciembre, modelo societario que también se caracteriza por la limitación de la responsabilidad o del riesgo de los accionistas una vez se perfeccione su constitución en el registro mercantil de la Cámara de Comercio respectiva²³.

²⁰ CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Bogotá: Legis, 2011. Art. 36. del: *“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 solo hasta limite de responsabilidad de cada socio, los codueños o comuneros de la misma empresa entre sí mientras permanezcan en la indivisión”*.

²¹ BOGOTÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral. Sentencia del 26 de Noviembre de 1992. M.P. Hugo Suescún Pujols. Radicación 53861. Bogotá: El autor, 1992.

²² DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Estatuto Tributario. Bogotá: Legis, 2005. Art. 794. *“En todos los casos los socios, coparticipes, 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, coparticipes, 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 periodo gravable, (...) Lo dispuesto en este artículo no será aplicable (...) a las sociedades anónimas y asimiladas a las anónimas”*.

²³ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El autor, 2008. *“Artículo 1o. 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 2o. PERSONALIDAD JURÍDICA. La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el Registro Mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas.” Ley 1258 de 2008, Sociedad por Acciones Simplificada.”*

Así, luego de este recorrido histórico por el beneficio de limitación de responsabilidad que se ha consagrado a través de diversos tipos societarios principalmente de capitales, llegamos a la novedosa Sociedad por Acciones Simplificada en Colombia, objeto de estudio en esta investigación, caracterizada entre otras cosas por la limitación de responsabilidad que le brinda a sus accionistas, incluso, **en principio**, por encima de obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

1.3 REFERENCIA DOCTRINARIA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

Como se enunció anteriormente, el Código de Comercio, la ley 222 de 1995 y la ley 1258 de 2008, consagran en sus disposiciones normativas, las figuras de limitación de responsabilidad de socios o accionistas y de separación patrimonial entre éstos y la sociedad, tanto para la Sociedad Anónima, la de Responsabilidad Limitada, las en Comandita (en cuanto a los socios comanditarios), la Empresa Unipersonal, y la Sociedad por Acciones Simplificada, con el fin de que las deudas sociales no fueran trasladadas a los socios. De aquí que en el derecho comparado, dadas ciertas similitudes en los tipos societarios, sea común 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 y su utilidad e importancia, se ha dicho por la CORTE CONSTITUCIONAL lo siguiente:

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 jurídico²⁴.

Con este importante fallo de la Honorable CORTE CONSTITUCIONAL, en donde se ratifica la constitucionalidad del artículo 373 del Código de Comercio, se resaltó lo importante que es el atributo conferido por la personalidad jurídica propia de las sociedades de capital y ciertas consecuencias como lo es la limitación del riesgo o separación patrimonial entre socios y sociedad, ya que en los términos expuestos por esta sentencia, dicho atributo permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la constitución económica y de las reglas de la economía social de mercado. Así mismo, dicha corporación manifestó que la limitación de responsabilidad es un principio fundamental del sistema económico, puesto que permite el crecimiento y progreso en general, principios básicos de la Constitución de Colombia.

En este punto es importante citar al Doctor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, que frente a esta sentencia expone lo siguiente:

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 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 asuntos²⁵.

²⁴ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 del 07 de septiembre de 2004. MP: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá: El autor, 2004.

²⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Marco General del Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia: Algunas Vicisitudes del Régimen Societario Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010. p. 22.

Sobre esto último, dispuso la citada sentencia lo siguiente:

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 determinación²⁶.

En este orden de ideas, tal como se consigna en los artículos 252, 363 y 373 del Código de Comercio, así como en la Ley 1258 de 2008, se 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. Así, la Honorable Corte Constitucional ha expresado:

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. 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

²⁶ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 de 2004, Op. Cit.

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 tributaria²⁷.

En la misma línea y siguiendo con la tendencia de incentivar el desarrollo de los negocios, la ley 1258 exoneró expresamente a los accionistas de la SAS por el cumplimiento de las obligaciones laborales y tributarias a cargo de la sociedad. Lo anterior si tenemos en cuenta que la legislación laboral establece que los miembros de las sociedades de personas responden solidariamente por todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo²⁸.

Este 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.²⁹ Por estas razones, el legislador dejó muy en claro en el artículo 3 de la ley 1258 de 2008 que la Sociedad por Acciones Simplificada es una sociedad de capital y no de personas.

Así mismo, lo anterior también se puede dilucidar por los antecedentes jurisprudenciales que se han sentado a través de sentencias de unificación de tutela, como lo son las SU-1023 de 2001³⁰ y SU-636 de 2003³¹.

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 acreencias laborales que no canceló esta última.

En el segundo precedente, 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 capital.

²⁷ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-210 del 1 de marzo de 2000. MP Fabio Morón Díaz. Bogotá. El autor, 2000.

²⁸ 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 DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Bogotá: Legis, 2011. Art. 36.

²⁹ BOGOTÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Laboral, radicado 53861, 26 de noviembre de 1992. MP Hugo Suescún Pujols. Bogotá: EL autor, 1992.

³⁰ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1023, 26 de septiembre de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: El autor, 2001,

³¹ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia, SU-636, 31 de julio de 2003. MP Jaime Araujo Rentería. Bogotá: El autor, 2003,

Frente a estas posibles contradicciones e inconsistencias de los fallos de la CORTE CONSTITUCIONAL, es muy pertinente introducir una reflexión traída por el Doctor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR en el siguiente sentido:

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 Constitucional³².

En cuanto a la responsabilidad de los socios por las obligaciones tributarias, el artículo 794 del Estatuto Tributario establece que los socios, copartícipes, asociados, cooperados, comuneros y consorciados responderán solidariamente por las obligaciones tributarias de la persona jurídica o ente colectivo sin personería jurídica. Igualmente, esta norma precisa que tal responsabilidad no les será aplicable a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas³³. Mencionado lo anterior, reiteramos en este punto que la Ley 1258 de 2008 excluyó expresamente la responsabilidad directa de los accionistas por obligaciones fiscales en virtud, además de lo consagrado en su artículo primero, de lo establecido en el artículo 3 que indica: *“Para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas”*. Por consiguiente, a la SAS no se le aplica lo dispuesto en el artículo 794 del Estatuto Tributario sobre la responsabilidad solidaria.

³² REYES VILLAMIZAR, Marco General del Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia, Op. Cit., p. 26.

³³ 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. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Estatuto Tributario. Bogotá: Legis, 2005. Art. 794, Inciso. 1°.

Frente a esto, la Honorable Corte Constitucional 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, solo es aplicable a determinados tipos de agrupaciones societarias, en donde la característica personal es un elemento relevante, como quiera que, el vínculo intuito 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 intuito 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 fundacionales³⁴.

Finalmente, reseñado el panorama jurídico de la limitación de responsabilidad patrimonial del asociado en Colombia con especial referencia a dicho atributo en la SAS, resaltaremos la importancia que tal beneficio comporta a nivel jurídico-económico, para que así quede establecido el análisis de este atributo y subsiguientemente darle paso al segundo capítulo donde estudiaremos el otro elemento protagonista de esta tensión, cual es la desestimación de la limitación de responsabilidad patrimonial en la SAS.

1.4 IMPORTANCIA DE LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL EN EL DERECHO SOCIETARIO COLOMBIANO

Como se expresó anteriormente, son varios los tipos societarios que en nuestro ordenamiento jurídico consagran una separación patrimonial entre la sociedad y los socios individualmente considerados, de este grupo forman parte: La Sociedad Anónima, la Sociedad de Responsabilidad Limitada, la Sociedad en Comandita (en cuanto a los Socios Comanditarios), La Empresa Unipersonal a pesar de no ser considerado como una sociedad comercial estrictamente³⁵ y la Sociedad por Acciones Simplificada. La separación patrimonial en el derecho societario es una consecuencia de la personalidad jurídica propia de las sociedades comerciales de capital, la cual hace alusión al momento en el que nace un ente o persona moral diferente a los socios. Valga aclarar que más allá de que no siempre que se habla de separación patrimonial se deriva el

³⁴ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-210, 21º marzo de 2000. MP Fabio Morón Díaz. Bogotá: El autor, 2000.

³⁵ NEIRA ARCHILA, Luis. Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades. Bogotá: Temis, 2006. p. 19.

beneficio de limitación de responsabilidad, pues piénsese en una Sociedad Colectiva que como persona jurídica tiene un patrimonio distinto al de sus socios pero que éstos responderán sin limitación de responsabilidad patrimonial, nos enfocaremos en este aparte en aquellos eventos en que sí se genera tal beneficio, estos son, los casos para las sociedades de capital mayoritariamente y principalmente para los efectos de la presente monografía, el caso de la SAS.

En este orden de ideas, señala el Código de Comercio colombiano en su artículo 98 que la sociedad una vez constituida legalmente, esto es cuando se eleve el acta de constitución a escritura pública y se cumplan con las formalidades exigidas en el artículo 110 del Código de Comercio, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, por su parte, la ley 222 de 1995 y la 1258 de 2008, establecen que una vez inscrito el documento de constitución en el registro mercantil tanto de la Empresa Unipersonal como de la Sociedad por Acciones Simplificada, se forma un persona jurídica.

Ahora bien, ¿qué es lo que se busca con la separación patrimonial? El autor REYES VILLAMIZAR ha expuesto sobre el particular lo siguiente:

Esta separación patrimonial entraña dos efectos jurídicos muy conocidos: en primer lugar, que los acreedores de los socios o accionistas no pueden ir contra los bienes de la sociedad para obtener la satisfacción de sus créditos (a lo sumo, podrán perseguir las participaciones de capital que estos tengan en aquella); en segundo término, que los acreedores de la compañía no pueden ir en contra de los bienes de los socios o accionistas para cubrir con su producto acreencias de la compañía³⁶.

Es claro entonces, que la creación de una persona jurídica sociedad comercial diferente a las *intuito personae*, está motivada además en proteger la integridad patrimonial de cada uno de los socios en tanto se vea íntimamente relacionada con el desarrollo de la actividad mercantil de la misma, JULIO GUILLERMO BORDA resalta lo fundamental de este atributo de la personalidad jurídica de la siguiente manera:

Hoy en día es impensable que la concreción de las monumentales obras que vemos realizar, las innovaciones tecnológicas del proceso productivo, los trabajos de investigación, etc., que la sociedad moderna exige como algo imprescindible, a diario y con una necesidad impostergable, puedan ser emprendidos y llevados a cabo por una sola persona; son el fruto del trabajo colectivo, y este trabajo colectivo se efectúa bajo

³⁶ REYES VILLAMIZAR, Derecho Societario I, Op. Cit., p. 177.

*diversas formas asociativas tales como las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, cooperativas, fundaciones, asociaciones civiles ,entre otras*³⁷ .

Es también importante remarcar que los tipos societarios en donde existe separación patrimonial y en donde la responsabilidad del socio sea hasta el monto de su aporte, son los más acogidos para el desarrollo de los negocios mercantiles debido al incentivo consistente en la reducción del riesgo corporativo o empresarial.³⁸ Para algunos detractores del principio de la personalidad jurídica, éste resulta ser perjudicial³⁹, sin embargo, consideramos que ésta, con sus atributos como la limitación de la responsabilidad y la separación patrimonial son necesarios para el desarrollo económico, la productividad, estimular los negocios e incentivar nuevas actividades comerciales que generen empleo y conlleven a un adecuado funcionamiento de la economía, frente a lo expuesto, vale la pena retomar un fragmento de la sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004, ya citada previamente en el sentido de que:

*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*⁴⁰.

³⁷ BORDA, Guillermo Julio. El Abuso de la Persona Jurídica en el Contrato de Sociedad, en Contratación Contemporánea 2. Bogotá: Temis-Palestra, 2001. p. 26

³⁸ 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 GUTIERREZ, Rafael. De la utilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada. En: Juris Consulta, No. 1, (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 disfrutan 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: McGraw-Hill, 1993. p. 129-130.

³⁹ Así lo expuso RIPERT: “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.

⁴⁰ BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: El autor, 2004.

Ratificando lo anterior y advirtiendo sobre el carácter no absoluto del beneficio de limitación de responsabilidad por la separación patrimonial, RALPH FOLSOM y ALAIN LEVASSEUR, afirman:

Una de las razones fundamentales que preceden a la constitución de la sociedad es la de instituir una barrera o un límite a la responsabilidad contractual de los accionistas. Esta responsabilidad limitada se les garantiza a los accionistas mayoritarios en la medida en que las formalidades de constitución de la sociedad hayan sido cumplidas, si existe una adecuada capitalización y si la compañía no ha sido constituida con el propósito de sustraerse a ciertas obligaciones o de incurrir en fraude a la ley⁴¹.

Así pues, sobre los incentivos que usualmente pueden ser tenidos en cuenta para escoger un tipo societario, sin duda lo encabezaría la lista la limitación del riesgo o la separación patrimonial que los asociados tengan respecto de la sociedad. Frente a esta afirmación, el Profesor PIERRE MOUSSERON destaca:

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, etc.) o aun peor, indefinida y solidaria como en la SNC o en la sociedad civil profesional. Ello explica en buena parte el éxito de formas sociales como la S. R. L. y la S. A⁴².

Ahora, centrándonos una vez más en la sociedad de la Ley 1258 de 2008, al ser la SAS una sociedad por acciones, también confiere el beneficio de la responsabilidad limitada. Sin embargo, la verdadera innovación en este campo, está dada por la exoneración expresa de responsabilidad para los accionistas por obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza que adquiera la sociedad según hemos mencionado.

Es por esto que la Ley SAS en su artículo 3 señala de manera explícita que “*para efectos tributarios, la sociedad por acciones simplificada se regirá por las reglas aplicables a las sociedades anónimas*”, lo que implica que a este tipo societario deberá aplicársele como vimos previamente, lo previsto en el Estatuto Tributario para las sociedades anónimas o asimiladas.

⁴¹ FOLSOM, Levasseur. *Pratique du droit des affaires aux états. unis.* Paris: Dalloz, 1995. p. 257-258.

⁴² MOUSSERON, Pierre. *Droit des Sociétés.* 2. ed. Paris: Montchrestien, 2005. p. 79.

Esta separación patrimonial entre sociedad y socios, que conlleva a la limitación de responsabilidad del accionista, es una clara muestra de la intención del legislador de fomentar la inversión nacional y extranjera, garantizando la intangibilidad del patrimonio personal del asociado por cualquier deuda que pueda generar la sociedad.⁴³ Es además el resultado de la evolución de los negocios mercantiles, de su armonía con las instituciones jurídicas, instituciones que cada vez más deben facilitar o fomentar la constitución de inversiones que traigan dinamismo a una economía, articulando un derecho fundamental como el derecho de asociación, que debido a la evolución capitalista y a la importancia de la acumulación, se hace día a día más importante para el desarrollo una comunidad más estable y próspera.

⁴³ VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden Societario. Medellín: Señal Editora, 2004. p. 143.

2. LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SAS

2.1 ACERCAMIENTO AL CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

Como lo hemos mencionado, las necesidades del mundo del comercio han llevado a que el inversionista pueda tener la capacidad de medir el riesgo asumido ante determinado negocio, con el fin de estimular la actividad comercial y el consecuencial beneficio del interés común, dadas las implicaciones positivas del mercado en el desarrollo de un país. Surge entonces la limitación de responsabilidad de la cual se habló en el primer acápite de este trabajo. No obstante, y según nos lo ha enseñado la historia, toda situación requiere de un contrapeso para evitar así los extremos y los absurdos que ello implica. Es así como surge la necesidad de establecer un límite, una cortapisa al beneficio de limitación de responsabilidad del que gozaban los socios que constituían una persona jurídica consistente en una sociedad de acciones, dados los fraudes y abusos que se generaban con la limitación plena de responsabilidad cuando se actuaba en el mundo comercial a través de dichos tipos societarios, pues se estaba fomentando un perjuicio a terceros acreedores voluntarios e involuntarios, involucrados en el trasegar de la sociedad en el mundo comercial y en otros escenarios inherentes a su actividad.

Es así como surge en el derecho norteamericano el concepto de *disregard of legal entity*, el cual fue una decantación jurisprudencial de los tribunales en equidad del sistema jurídico del *common law*, tribunales a los que se acudía excepcionalmente una vez el perjudicado era desestimado en su pretensión ante los tribunales en derecho, para perforar el velo corporativo de determinada corporación y así extraer a los socios frente a la responsabilidad de su acreencia⁴⁴.

Básicamente, la teoría del levantamiento de la personalidad jurídica, consiste en la sanción o consecuencia jurídica que traspasa la muralla del patrimonio societario que protege el patrimonio del socio (para que en un caso determinado responda éste también), a causa de constituir o utilizar una sociedad con fines abusivos o fraudulentos en perjuicio de intereses de terceros. Lo anterior se puede deducir, ya que algunos importantes juristas de nuestro país como JAIME ARRUBLA PAUCAR, han manifestado que esta teoría se podría fundamentar en nuestro derecho colombiano, sobre la base de la teoría del abuso del derecho, lo cual resulta explicable si se tiene en cuenta que esta teoría del *disregard* proviene del derecho del *common law*, donde se concibió la misma como una reacción frente a los abusos que se venían presentando por parte de las personas jurídicas, con lo cual se tergiversaba la limitación de responsabilidad patrimonial de los socios en las sociedades, afectando los intereses de terceros⁴⁵.

⁴⁴ JARAMILLO HERRERA, Liyer Andrea. Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Societario Colombiano. En: Revista CES DERECHO. Medellín. Vol. 2, No. 2, (Jul-Dic. 2011); p. 125-133.

⁴⁵ ARRUBLA PAUCAR, Op. Cit., p. 59 a 80.

Así, es en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas, productora de un perjuicio para los terceros, en donde se haya la fuente para desconocer la incomunicación de la responsabilidad patrimonial con la sociedad y exigir de los socios la indemnización del daño acontecido. Estas herramientas jurídicas se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo, y en el derecho anglosajón como “*disregard of the legal entity*” o “*piercing the corporate veil*” cuya finalidad es 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 limitación producto de la separación patrimonial. Para algunos autores, la sanción proveniente de la teoría del *disregard*, tiene el carácter de **subsidiariedad**, pero no como la obligación subsidiaria según se verá más adelante, sino como el carácter de *ultima ratio* con el que se debe aplicar. Nos referimos a este principio de subsidiariedad dentro de la teoría del levantamiento del velo societario, para significar que esta teoría no es un remedio jurídico exclusivo para eventuales conductas que pudieran encuadrar en la desestimación del velo societario, sino que la teoría del *disregard* es una institución jurídica que entra en la escena de una conducta abusiva o fraudulenta, cuando la mencionada situación no se puede resolver con la ayuda de otras instituciones y principios jurídicos como la teoría de la simulación o los principios de abuso del derecho, razón por la cual se estandariza la figura como subsidiaria.

Frente al tema, manifiesta ROBERTO OBANDO PÉREZ, citando a CARMEN BOLDÓ RODA, que “*Este principio implica que el levantamiento del velo únicamente debe aplicarse ante supuestos extremos, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales frente a la actuación del ente societario, es decir, que ésta ha de ser aplicada como ultima ratio*”⁴⁶.

En igual sentido, se refiere a este principio el doctrinante JOSÉ ALBERTO GAITÁN al decir que “*(...) 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*”⁴⁷.

En conclusión sobre esta característica, la teoría del *disregard* aparece como una teoría autónoma, que acude en procura de la salvaguarda de los intereses de terceros afectados por actos fraudulentos ante la inexistencia de figuras o

⁴⁶ OBANDO PÉREZ, Roberto. Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. [En línea] No. 25, (Ene. 2008). Disponible en internet: <<http://vlex.com/vid/71681398>> [Consulta: 20 Feb. 2012].

⁴⁷ GAITÁN, José Alberto. Marco General del Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia. En: Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y Perspectivas. El Caso Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010. p. 17-34.

principios que no encuentren cabida para esa situación determinada. No obstante lo anterior y lo importante que pudiese resultar el principio de subsidiariedad para darle una aplicación mesurada a la teoría de la perforación del velo, tal situación resulta poco probable e insostenible en nuestra legislación, pues como veremos en el numeral a continuación, existen varias figuras jurídicas y principios en nuestro ordenamiento que guardan gran similitud con las causas y efectos del levantamiento del velo societario, razón por la cual, de aceptar completamente el principio de subsidiariedad para esta teoría, entraría en inoperancia la teoría del *disregard*, además, para el caso de la SAS, esta se encuentra expresamente consagrada en la Ley 1258 de 2008, por lo cual goza de una aplicación principal, y más bien diríamos que la “desestimación de la personalidad jurídica” en la SAS, es procedente sin perjuicio de las demás normas aplicables.

En igual sentido, el profesor JAIME ARRUBLA PAUCAR, expresa que “*La teoría del abuso de la personalidad jurídica no excluye el ejercicio de otras acciones que los terceros quieran intentar contra a (sic) 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.*”⁴⁸ Y por su parte, los autores EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO y YIRA LÓPEZ CASTRO, manifiestan que “*(...) 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.*”⁴⁹

Cobra gran importancia hacer en este punto, una **diferenciación entre la personería jurídica societaria y la limitación de la responsabilidad** como beneficio en algunas sociedades, siendo a grandes rasgos la *personería jurídica* una ficción legal para que un ente distinto de un ser humano contraiga derechos y adquiera obligaciones a través de un representante legal. Así lo establece nuestro Código Civil, en su artículo 633.⁵⁰ Centrándonos propiamente en el campo societario, tenemos que todas las sociedades legalmente constituidas y registradas gozan del atributo de personalidad jurídica (algunas como la SAS adquieren la personalidad jurídica sólo hasta el momento del registro⁵¹), y con este se les otorga una serie de derechos como el nombre, el domicilio, la capacidad, el patrimonio, entre otros.⁵²

⁴⁸ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit., p. 59 a 80.

⁴⁹ LEÓN ROBAYO, Op. Cit., p. 227-256.

⁵⁰ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Código Civil. Bogotá: Fundación Jurídica Colombiana, 2001. Art. 633: “*Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*” (...)

⁵¹ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El autor, 2008. Art. 2.

⁵² COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Código de Comercio, Op. Cit., Art. 98: “*<Contrato de sociedad - concepto - persona jurídica distinta>. 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 considerados.*”

Por su parte, la *limitación de responsabilidad* en el ámbito societario, es la barrera que protege el patrimonio del socio frente al de la sociedad y sus cargas y obligaciones, en virtud de la separación patrimonial generada por la personalidad jurídica, de tal forma que sólo responde el patrimonio social ante las obligaciones adquiridas en el desarrollo de la actividad y por tanto, los socios responden únicamente hasta el monto de sus aportes. En la SAS, la limitación de responsabilidad patrimonial es un elemento imperativo, a tal punto que la misma ley niega en principio cualquier posibilidad de que los socios se vean avocados a responder con su propio patrimonio por obligaciones laborales, tributarias, u otras de cualquier naturaleza⁵³.

Así, una vez establecida la diferenciación, tenemos que la importancia de la misma radica en determinar cuál es la característica societaria que se ve atacada con la teoría del *disregard*, pues más allá de que si fuera la personalidad jurídica o la limitación de responsabilidad la consecuencia sería la misma, es decir, la afectación del patrimonio del socio para que responda por las obligaciones y perjuicios generados, resaltamos que existe una implicación, cual es que en el caso de que sea la personalidad jurídica, el socio respondería solidariamente porque no habría en estricto sentido otro patrimonio al cual reclamar en una primera instancia dada su desestimación (se confundirían el patrimonio que tenía la sociedad con el del asociado), caso contrario de si fuera la limitación de responsabilidad, pues allí si existiría la persona jurídica con su patrimonio social, por tanto respondería el socio *subsidiariamente* ante la insuficiencia de la sociedad. Valga aclarar que lo anterior no aplica para la SAS ni para las normas que expresamente establecen como sanción, que se responde *solidariamente*.

Con la salvedad hecha, decimos pues que generalmente de forma subsidiaria respondería el socio cuando se afecta sólo la limitación de su responsabilidad, ya que en reiteradas normas así responden los asociados en materia societaria, cuando la ley por alguna razón los obliga a responder con su patrimonio personal ante las obligaciones sociales o cuando obliga a responder a una matriz o controlante ante las obligaciones de una subordinada.⁵⁴ Además, esto es apenas lógico, toda vez que de lo contrario, es decir debiendo el socio responder de manera principal a nivel general, se carecería de sentido y de justicia, pues, por una parte, es perfectamente viable que, aun bajo una situación fraudulenta de los socios a través de la sociedad, se acuda primero al patrimonio de ésta para responder cuando sea suficiente y por otra parte, sería

⁵³ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008, Op. Cit: “*ARTÍCULO 1o. 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.*”

⁵⁴ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Código de Comercio, Op. Cit., Art. 294 (en la Colectiva), 323 (Comanditas, cuando dispone que tendrá unos socios gestores o colectivos), 355 (en la Limitada), Ley 222 de 1995, artículo 148, parágrafo (Responsabilidad subsidiaria de las matrices frente a las obligaciones de las subordinadas en caso de concordato o liquidación obligatoria), Ley 1116 de 2006, artículo 61 (Igual supuesto que el relacionado de la Ley 222 de 1995, pero en caso de insolvencia o liquidación judicial).

injusto puesto que una de las finalidades de la separación patrimonial producto de la personalidad jurídica y de la consecuencial limitación de responsabilidad que se genera en algunos tipos societarios, es la protección de los intereses de terceros en cuanto a sus acreencias, ya que la existencia de un patrimonio independiente para el socio, protege los intereses de los acreedores del socio y la existencia de un patrimonio independiente para la sociedad, protege los intereses de los acreedores de la sociedad, en el sentido de que ambos acreedores (del socio y de la sociedad) no se verían avocados a concurrir entre sí por sus acreencias, producto de la confusión de su prenda general con otro patrimonio, otras deudas y acreedores, entonces los créditos de los acreedores del socio se pagan exclusivamente con su patrimonio y los de los acreedores de la sociedad se pagan principalmente con el patrimonio de la sociedad, sin que estas acreencias se vean afectadas por tener que pagarse junto con otras que en principio no afectaban el patrimonio de su deudor. Solamente se justificaría pues esta situación, cuando ante una conducta fraudulenta o en perjuicio de terceros, se generen unas responsabilidades para la sociedad que no esté en capacidad de asumir con su prenda general, caso en el cual, ante el abuso de la personería jurídica y la insuficiencia del patrimonio de la sociedad, se tiene que afectar también, subsidiariamente, el patrimonio del accionista, aun en desmedro de los acreedores de éste. Resaltamos nuevamente que en el caso de la SAS, expresamente dice el artículo 42 de su ley, que en esos eventos de actuaciones fraudulentas, responderá el accionista solidariamente.

Otra importancia de la diferenciación hecha entre la afectación a la personería jurídica o a la limitación de responsabilidad, es que podemos concluir que, según veremos en el acápite siguiente, existen normas jurídicas en el ordenamiento colombiano, que guardan similitudes con la teoría de la *disregard* y que buscan afectar el patrimonio del socio en ciertas circunstancias, pero que en ocasiones atacan la personería jurídica de la sociedad, caso en el cual se extingue la misma (como en el caso de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita), en otras ocasiones ataca la personería jurídica para una situación particular, subsistiendo la sociedad para los demás efectos y circunstancias, pero desestimándose la personalidad jurídica de la sociedad para un caso determinado (tal es el caso de la teoría de la apariencia)** y en otras, ataca directamente la limitación de responsabilidad del asociado, obligándolo a responder solidariamente por encima de lo aportado (como es el caso de la simulación de un aporte mayor al efectivamente realizado***)

Sin embargo, según manifiesta el profesor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, no se trata de eliminar la existencia de la sociedad como persona jurídica, “(...) sino del desconocimiento del atributo de la limitación de responsabilidad de los socios”.⁵⁵ Así las cosas, se desprende de lo anterior que el atributo que se ve afectado cuando se menciona la teoría de la “desestimación de la personalidad jurídica”, es la limitación de la responsabilidad respecto de los socios.

* *Vid infra*, nulidad por objeto y causa ilícita en el aparte 2.2.

** *Vid infra*, teoría de la apariencia en el aparte 2.2.

*** *Vid infra*, simulación en el aparte 2.2.

⁵⁵ REYES VILLAMIZAR, Derecho Societario, Op. Cit., p. 224. Cit. 48.

Dicho lo anterior, la denominación del enunciado normativo del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, no debería ser la “Desestimación de la Personalidad Jurídica”, sino “Desestimación de la Limitación de Responsabilidad” o “Perforación del Velo Societario”, evento en el cual subsiste la sociedad, más no la limitación de la responsabilidad para accionistas o administradores implicados frente a los actos defraudatorios a efectos de responder por las obligaciones e indemnizaciones correspondientes⁵⁶, responsabilidad que, a diferencia de lo acabado de plantear con respecto a la obligación subsidiaria como situación aplicable a las normas que atacan la limitación de responsabilidad y no expresan de qué forma respondería el socio, no se puede predicar respecto de la SAS, pues el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 que establece la “desestimación de la personalidad jurídica”, consagra expresamente que los accionistas y administradores implicados en los actos defraudatorios, **responderán solidariamente**, razón por la cual se les puede demandar a ellos en forma directa por toda la obligación surgida o el perjuicio generado⁵⁷.

De esta forma, en términos generales la teoría del levantamiento del velo corporativo es aquella por la cual se desconoce el principio de limitación de responsabilidad de los socios (o administradores) en las sociedades, cuando se han constituido o utilizado éstas en fraude a la ley o abuso del derecho, generándose una amenaza o vulneración a los intereses de terceras personas y que conlleva como consecuencia jurídica el levantamiento de la protección patrimonial societaria y la afectación del patrimonio del socio para responder ante esos terceros.

Esta teoría fue introducida en la legislación colombiana por la ley 190 de 1995, llamada estatuto anticorrupción y desarrollada con la finalidad de evitar la comisión de actos ilícitos o irregulares por una sociedad interpuesta y encontrar el beneficiario real de una operación o actividad comercial. Posteriormente, vendría la Ley 222 de 1995, en la cual se consagraría una norma (parágrafo del artículo 71) casi idéntica a la del artículo 42 de la Ley SAS sobre la perforación del velo, la cual podríamos decir que es su referente más inmediato. Según JAIME ARRUBLA, ese proyecto de ley con el que finalmente se promulgaría la Ley 222, contemplaba la posibilidad de que se estableciera la teoría del corrimiento del manto corporativo para todo tipo de sociedad a nivel general

⁵⁶ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008, Op. Cit., Art. 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 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.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

⁵⁷ Para JOSÉ ALBERTO GAITÁN, “la obligación solidaria o in sólidum es aquella que en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse de manera total a cada uno de los deudores.” Y termina diciendo que este elemento es el que ha dado lugar a la clasificación de las sociedades en de personas y de capital. GAITÁN, Op. Cit., p. 17-34.

para los eventos de utilizaciones defraudatorias, lo cual no prosperó finalmente y se consagró esa norma únicamente para la E.U. en dicho momento⁵⁸. Dado lo anterior, se consagra expresamente la sanción de la desestimación de la personalidad jurídica en la Ley 1258 de 2008⁵⁹, para condenar los actos defraudatorios que sean cometidos contra la ley o en perjuicio de terceros, realizados, participados o facilitados por parte de accionistas o administradores de una SAS, quienes deberán responder *solidariamente* por las obligaciones surgidas en tales actos y por los perjuicios causados con su respectiva indemnización.

Como una importante novedad, encontramos que es la Superintendencia de Sociedades (por el procedimiento verbal sumario), quien tiene la competencia tanto para la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios, como para conocer, a prevención, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios, pudiéndolo hacer también en este punto, los Jueces Civiles del Circuito Especializados y a falta de estos, los Jueces Civiles del Circuito del domicilio del demandante, mediante el proceso verbal sumario.

Tal enunciado normativo del artículo 42 de la Ley SAS es más que imperioso, pues a parte del mencionado contrapeso necesario que se le debe poner al beneficio de limitación de responsabilidad patrimonial para los socios en las sociedades de capital, se agrega otra circunstancia muy relevante en nuestro concepto, la cual es el hecho de que la Sociedad por Acciones Simplificada es el tipo societario que más libertad le otorga a los accionistas actualmente en Colombia, debido principalmente al carácter dispositivo con el que cuentan la mayoría de las normas de la Ley que las regula y al establecimiento de los estatutos sociales como primera fuente de regulación en lo no previsto en la ley⁶⁰, puesto que tal circunstancia le brinda a los accionistas unas amplísimas facultades de regulación en los temas de objeto de la sociedad, el cual puede ser ilimitado y restringido sólo a actividades lícitas, duración de la SAS que puede ser indefinida, viabilidad para constitución con accionista único, posibilidad de registrar la sociedad con cero pesos de capital pagado, no obligatoriedad para la constitución de reservas legales, opción de constituir un

⁵⁸ ARRUBLA, PAUCAR, Op. Cit., p. 59 a 80.

⁵⁹ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1258 de 2008, Op. Cit., Art. 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.” (...)*

⁶⁰ Expresamente se establece en el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008 que *“En lo no previsto en la presente ley, la sociedad por acciones simplificada 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. Así mismo, las sociedades por acciones simplificadas estarán sujetas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Sociedades, según las normas legales pertinentes.”* Con ello, al manifestar que cuando la ley no regule determinado punto, la SAS se regirán en primer orden por los estatutos sociales, les está otorgando a los accionistas constituyentes de este tipo societario, un amplio poder de regulación. BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1258 de 2008, Op. Cit., Art. 45.

grupo empresarial entre SAS unipersonales, entre otras situaciones que de suyo, propician un actuar defraudatorio por parte del accionista frente a la misma ley y los terceros dadas las considerables ventajas que ofrece la gran cantidad de facultades de regulación otorgadas al accionista, producto de la eliminación de ciertos formalismos propios del sistema jurídico societario que imperaba en el país para el momento de creación de la SAS, más allá de ciertos matices que se habían iniciado con la creación de las Empresas Unipersonales y las Sociedades Unipersonales.

Al respecto de ese carácter dispositivo, manifiesta el redactor de la Ley 1258 de 2008, Dr. FRANCISCO REYES VILLAMIZAR que *“Las menciones requeridas en el documento de constitución también reflejan la filosofía simplificadora del nuevo tipo de sociedad. Debido a que las cámaras de comercio deben cumplir un trámite de verificación de las estipulaciones vertidas en tal documento, el texto legal dispone la menor complejidad posible, de modo que el (sic) tal control pueda cumplirse con rapidez por el registrador mercantil. De otra parte, la enorme libertad contractual, derivada del carácter dispositivo del régimen de la SAS, hace que las estipulaciones pactadas por los accionistas deban considerarse, en general, válidas. (...)”*⁶¹

Es clara entonces la sobresaliente necesidad de que exista una norma sancionatoria expresa para la constitución o empleo de la SAS con fines defraudatorios, pues sin tal regulación se convertiría este tipo societario en un incitador de conductas de fraude a la ley o perjuicios a terceros, lo cual, a parte de que generaría un escenario complicado para acreedores voluntarios e involuntarios que hayan interactuado con estas sociedades, haría entrar en obsolescencia a este exitoso y revolucionario tipo societario, ya que nadie querría ser acreedor de las mismas. No obstante, queda por preguntar; ¿Era necesaria la consagración expresa de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica en la Ley 1258 de 2008, o dicha sanción se podía aplicar de igual manera con las figuras ya existentes en el Derecho Colombiano?, y, ¿Existe la necesidad de concretar los elementos y algunos supuestos de la sanción del levantamiento del velo, o la figura (sea como la teoría del derecho anglo-americano o de las instituciones propias de nuestro derecho), ofrece de por sí sus elementos configurantes? Son pues interrogantes que nos proponemos responder a lo largo de los acápites siguientes, pero para lo cual era menester tener un concepto claro y justificado de la teoría del levantamiento del velo corporativo, específicamente en la SAS.

2.2 REFERENCIA DOCTRINARIA, NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

Antes de abordar el tema propuesto en este numeral, debemos advertir nuevamente que la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica, proviene del derecho estadounidense, dentro del cual impera el sistema jurídico

⁶¹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS la Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá: Legis, 2011. p. 178-179.

del *common law*, principalmente guiado por una serie de precedentes jurisprudenciales, producto de una aplicación casuística de sus normas. Dentro de dicho sistema jurídico, encontramos también el derecho de equidad o “*equity*”, entendiendo este derecho o principio como un sistema de normas de derecho sustancial y adjetivo que se elaboraron paralelamente al *common law* y el derecho emanado del parlamento, con la finalidad de mitigar los rigores de aquél para terminar generándose una fusión entre la *equity* y el *common law*, en palabras de L. B. CURZON, citado por el profesor DOBSON. Así, se caracterizan los remedios de *equity* por ser complementarios, suplementarios y accesorios del sistema jurídico anglosajón y por ende por su flexibilidad, sobre lo cual los jueces tienen amplias facultades y diversas perspectivas para abordar los hechos particulares en un momento determinado⁶².

No obstante, distinta es la situación del juez que aplica las normas del derecho continental europeo o derecho civil, específicamente y para el caso de este trabajo de grado, el juez colombiano, puesto que éste no se rige por reglas generales como las de la *equity*, es decir, reglas como que “la equidad contempla la realidad más que a las formas”, “aquél que pide la equidad debe comportarse equitativamente”, etc., ya que claramente está sometido al imperio de la Constitución y la Ley, donde criterios como la equidad (no es igual a la “*equity*” del derecho anglosajón en términos de concepto y alcance), la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina se tornan en auxiliares de tal actividad⁶³, razón por la cual requiere de una herramienta normativa que contenga la claridad suficiente para que el operador judicial se pueda pronunciar con base en lo que ella le indique, y sin correr el riesgo de emitir una providencia contraria a derecho, con las consecuencias negativas que ello le puede conllevar tanto a las partes involucradas en el respectivo proceso, como a él por las sanciones que como funcionario judicial le pueden ser aplicadas.

Con dicho presupuesto, debemos pues entrar a estudiar la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica en el derecho colombiano, ya que para lograr su desarrollo y aplicabilidad en nuestro sistema, no es procedente estudiar solamente una providencia judicial de un caso resuelto con base en el *common law*, ya que estaría basada en normas de la *equity* que no existen en nuestro sistema y en una estructura jurídica muy diferente, tornándose contraria a derecho tal decisión para nuestro ordenamiento, sino que se deben identificar elementos configurantes de la teoría del levantamiento del velo corporativo y fundamentar sobre cuáles normas o principios vigentes para Colombia, podría dársele uso a tal teoría y, con el ánimo de otorgarle autonomía, establecer cuáles podrían ser sus elementos propios, dada la consagración legal expresa de la desestimación de la personalidad jurídica que para el caso de la SAS se encuentra en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

⁶² DOBSON, Op. Cit., p. 134-135.

⁶³ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS, Constitución Política de Colombia, Op. Cit., Art. 230.

Pero antes, en este punto, es de aclarar que si bien la figura de la desestimación de la personalidad jurídica, sólo se encuentra consagrada expresamente en Colombia para la Empresa Unipersonal (**Ley 222 de 1995, artículo 71**) y para la SAS (**Ley 1258 de 2008, artículo 42**)⁶⁴, podemos afirmar que es la teoría del *disregard* la que inspira normas como el **Código de Comercio** en sus **artículos 265, modificado por el artículo 31 de la Ley 222 de 1995** (Otorgándole poderes a los organismos de inspección, vigilancia y control para que comprueben la realidad de las operaciones realizadas entre las sociedades y sus vinculados, con el fin evitar la burla de prohibiciones e inhabilidades para personas naturales, facilitar la investigación de conductas irregulares y evitar que se legalicen u oculten bienes provenientes de actividades ilícitas, para que eventualmente se perfore el velo societario, identificar el beneficio oculto y así obtener las reparaciones correspondientes⁶⁵), **105** (tal cual se detallará más adelante para el caso de la nulidad absoluta por objeto y/o causa ilícita, como institución que podría dar lugar a la elaboración de la teoría de allanamiento de la personalidad jurídica en Colombia), **135** (responsabilidad solidaria de los socios o accionistas por el valor atribuido a los aportes en especie); la **Ley 80 de 1993, artículo 8, numeral 1, literal i**, que establece una inhabilidad de 5 años para participar en licitaciones y para celebrar contratos, tanto a los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, como a las sociedades de personas de que ellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria, norma frente a la cual el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de agosto de 1999⁶⁷, estableció que deben entenderse como consagraciones legales de la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica; la **Ley 190 de 1995, artículo 44** (Estatuto Anticorrupción), la cual establece que los jueces pueden levantar el velo corporativo de las personas jurídicas para determinar quién es el verdadero beneficiario de las actuaciones realizadas por ella; **Ley 222 de 1995, artículos 71, parágrafo** (ya referido como el antecedente inmediato de la “desestimación de la personalidad jurídica en la SAS”), **148*** (donde la ley presume legalmente que cuando una sociedad subordinada por una matriz se encuentra en situación de concordato o liquidación obligatoria, tal situación se debe a los manejos de la controlante o matriz y en interés de ésta o cualquiera de sus subordinadas, razón por la cual debe ésta responder subsidiariamente por las obligaciones insolutas, salvo que demuestre lo contrario), **207**

⁶⁴ Como lo manifiesta el magistrado de la CSJ y doctrinante, JAIME ARRUBLA PAUCAR, en el proyecto de ley inicial de la hoy Ley 222 de 1995, se incluía el levantamiento de la personalidad jurídica para todos los tipos societarios en Colombia, recortándose tal proyecto al final y quedando en ese entonces sólo consagrada para la E.U. (Hoy también para la SAS según lo hemos manifestado). ARRUBLA PAUCAR, Op. Cit., p. 59 a 80.

⁶⁵ BOGOTÁ. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia 10641 del 19 de agosto de 1999. MP. RICARDO HOYOS DUQUE. Bogotá: El autor, 1999.

⁶⁶ GAITÁN, Op. Cit., p. 17 a 34.

⁶⁷ BOGOTÁ. CONSEJO DE ESTADO, Op. Cit.

* Es sobre esta norma donde más desarrollo jurisprudencial se observa, obligándose subsidiariamente a una matriz o controlante a que responda por el pasivo insoluto de la subordinada, en uso de la presunción de responsabilidad cuya prueba en contrario corresponde a aquella. Algunas sentencias en ese sentido son la sentencia C-510 de 1997, MP. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, sentencia SU 1023 de 2001, sentencia SU 636 de 2003.

(establecía que cuando la sociedad hubiera sido utilizada por los socios para defraudar a terceros y los bienes de la liquidación no fueran suficientes para cubrir las obligaciones de la sociedad, los socios tendrían que responder por el faltante del pasivo externo); **Ley 1116 de 2006, artículos 61** [en igual sentido que el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 relacionado, pero con variaciones en cuanto al procedimiento aplicable (abreviado en lugar de ordinario), la competencia para la acción que fue radicada en el juez de concurso y el término de 4 años para interponer la acción], **49, inciso final** (tratándose de las causales para la apertura de proceso de liquidación judicial inmediata, establece que cuando el juez verifique que la sociedad no cumplía con los deberes legales, especialmente el de llevar contabilidad regular de sus negocios, podrá ordenar la disolución y liquidación de la sociedad, pudiendo los acreedores acudir subsidiariamente a los socios, administradores o controlante, para la satisfacción de sus créditos), **82** (los administradores, socios, revisor fiscal o empleados, deberán responder civilmente por el faltante por pagar del pasivo externo, cuando *dolosa o culposamente* afectaron la prenda general), **83.1** (los socios y administradores de la sociedad deudora y las personas naturales, quedarán inhabilitados por 10 años para ejercer el comercio, cuando constituyan o utilicen la sociedad para defraudar a acreedores.

Son pues varias las normas y jurisprudencia que se podría decir que se apoyan en la teoría de la perforación del velo societario para su consagración o *ratio decidendi*, respectivamente, pero es particularmente en la SAS (más allá del parágrafo del artículo 71 de la Ley 222 de 1995 para las E.U.) que se dedica un artículo denominado propiamente como “Desestimación de la Personalidad Jurídica”, como sanción ante la utilización irregular de la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, obligándose a accionistas (y administradores eventualmente) que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios a responder solidariamente por las obligaciones resultantes de tales actos y los perjuicios causados⁶⁸. Es pues una consagración general, sin limitarla a un momento o situación determinada, como pueden ser los procesos de reorganización o liquidación judicial, la realización de aportes en especie, asuntos de moralidad administrativa, etc., según vimos ciertas normas arriba, sino que se refiere a la sanción que recae sobre una SAS o la limitación de responsabilidad que se le otorga a los accionistas, en cualquier momento, ante cualquier circunstancia que constituya fraude a la ley o genere perjuicios a terceros, razón por la cual queremos cimentar una orientación interpretativa, a efectos de aplicar la llamada teoría del *disregard* en nuestro sistema jurídico societario colombiano, con base en las instituciones jurídicas propias que podrían dar lugar a determinar unos elementos constitutivos de la figura en comento, con miras a que se genere tanto una seguridad jurídica para el accionista y administrador de la SAS frente a la limitación de su responsabilidad, como la garantía adicional a los terceros acreedores de la SAS, en el sentido de que la barrera que separa los patrimonios del accionista y de la sociedad, no es infranqueable ante el acaecimiento de determinados hechos.

⁶⁸ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008, Op. Cit., Art. 42.

Siendo así, empezaremos a realizar un recuento de las instituciones jurídicas imperantes en nuestro ordenamiento jurídico y principios generales de derecho, que podrían dar lugar a que la doctrina y la jurisprudencia, como criterios auxiliares del derecho, elaboren una teoría de la desestimación de la limitación de responsabilidad, propia para Colombia y su régimen societario, particularmente tratándose de la Sociedad por Acciones Simplificada, apoyándonos, cuando sea pertinente y viable según la aplicación normativa, en algunas de las normas ya relacionadas.

Es preciso anotar previamente la importancia de los principios generales del derecho en este propósito, toda vez que éstos, como los define el profesor HERNÁN VALENCIA RESTREPO, son normas fundamentales, con ciertas características, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico⁶⁹, los cuales pueden ser incorporados a un ordenamiento jurídico determinado a través de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, empleando dos métodos: el inductivo, de una parte y la intuición emotiva y el sentido común, como otro método. El método inductivo, consiste en extraer el principio de las normas particulares que lo aplican. El método de la intuición emotiva y el sentido común, consiste, respectivamente, en aprender lo que una cosa vale, por un lado, y por el otro, la propensión innata al entendimiento de asentir a ciertas verdades o principios comunes al género humano⁷⁰.

De este modo, serán la ley y la jurisprudencia las que en este caso ayuden a las fuentes auxiliares del derecho a elaborar la teoría del levantamiento del velo societario para nuestro país, como ya se ha dicho, básicamente con la incorporación de principios generales de derecho, cuya aplicación emana primordialmente de la Constitución Política, al establecer en su artículo 230, que los principios generales del derecho son criterios auxiliares en caso de insuficiencia de la Ley. Además, la Ley 153 de 1887, expresamente consagra en su artículo 8 que *“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”*

Retomando, y una vez aclarada la importancia de los postulados generales de derecho para el tema en desarrollo, se mencionarán pues algunos principios e instituciones jurídicas que guardan especial relación con la teoría del *disregard*, como son la buena fe, el abuso del derecho, el fraude a la ley, la simulación entre otros, advirtiendo que algunos principios se aplican en nuestro ordenamiento en virtud del orden acabado de relacionar y otros, por la vía de la ley o la analogía de ser procedente (al igual que ciertas figuras e instituciones jurídicas que serán relacionadas), pues de lo contrario, es decir, de no poderse hacer una interpretación extensiva de cierta norma, igualmente se seguiría en el orden de aplicación normativa relacionado para llegar a la utilización de la figura como principio (por ejemplo la simulación que está como norma y principio, el abuso del derecho, etc.).

⁶⁹ VALENCIA RESTREPO, Hernán. Nomoárquica, Principialística o de los Principios Generales del Derecho. Bogotá: Temis, 1993. p. 212 y ss.

⁷⁰ Ibid., p. 277.

Tenemos pues que, la Constitución Política de Colombia, en su artículo 83, establece que *“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 estas”*.

Se impone un deber expreso en la Carta Magna para la aplicación de los derechos para los particulares, en el sentido de que todo su actuar se debe ceñir a los postulados de **buena fe**, ya que, *contrario sensu*, cuenta la ley con una legitimación constitucional para sancionar las conductas transgresoras de tal postulado, situación que se verifica en nuestro derecho, según se observará a continuación.

En tal sentido, presume la buena fe el Código de Comercio colombiano⁷¹, y es enfático al establecer expresamente que se debe obrar de buena fe tanto en la etapa precontractual* (artículo 863 Código de Comercio), como en la contractual (artículo 871 Código de Comercio). En lo referente a la **buena fe precontractual**, establece el Código de Comercio que las partes deberán obrar de buena fe exenta de culpa en la etapa precontractual, so pena del deber de indemnizar los perjuicios causados. Por su parte, frente a la **buena fe contractual**, establece que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, obligándose las partes a cumplir no sólo lo expresamente pactado, sino además todo lo correspondiente a la naturaleza del contrato celebrado según la ley, la costumbre o la equidad natural**.

Se puede observar hasta aquí, todo un sistema jurídico comercial basado en las reglas de la buena fe, a tal punto que de no obrarse de conformidad al mencionado postulado se sancionan esas conductas incluso desde antes del momento de formalizar un contrato, debiéndose indemnizar los perjuicios ocasionados***.

De igual manera, en el Código de Comercio, se establece expresamente el principio del **no abuso del derecho** (artículo 830 *ibídem*), prescribiendo que el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios causados. Doctrinariamente se ha dicho que el abuso del derecho, teoría de la cual no se encuentra consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico,

⁷¹ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS, Código de Comercio, Op. Cit., Art. 835.

* La buena fe en la etapa precontractual, hace parte de aquellas figuras novedosas que se consagraron en el Código de Comercio que no se encontraban en el Código Civil, pues en éste sólo se hablaba de la buena fe en la ejecución del contrato (artículo 1603 C.C.), y en aquél ya se habla tanto de la buena fe contractual (artículo 871 C.Co) como de la precontractual (artículo 863 C.Co).

** Este concepto de equidad natural no hace referencia a la *equity* del *common law* con mayor autonomía y fuerza vinculante, sino a la aplicación de la justicia a un conflicto o litigio, pero dentro de las normas positivas.

*** En este punto, se debe recordar que el artículo 45 de la Ley SAS, establece que dicho tipo societario se regula principalmente por las normas de esa ley, en lo no regulado allí, se guiarán por los estatutos sociales, en su defecto por las normas de la S.A. y finalmente por las normas de las sociedades comerciales, a las cuales se les aplica también el artículo 1 del C.Co, que establece que los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por la ley comercial en general y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas, por lo cual tienen aplicación los artículos de la buena fe del Código de Comercio también en las SAS.

salvo en el Código de Comercio según la referencia acabada de mencionar⁷², consagra la obligación que tienen las personas de ejercer sus derechos para los fines según los cuales fueron consagrados y *sin intención* de causar un perjuicio a terceros.

De allí se desprenden algunos elementos configurantes del abuso del derecho, los cuales se podrían denominar subjetivo y teleológico o finalista y que a su vez nos sugieren igual elemento intrínseco para una construcción teórica de la teoría del *disregard* dadas las amplias similitudes entre ambas figuras. No obstante, eso lo veremos más a fondo cuando abordemos el capítulo tercero sobre la propuesta interpretativa. Volviendo al abuso del derecho, el *elemento subjetivo*, manifiesta que si el actor despliega una conducta en ejercicio de un derecho suyo, con intención de dañar o causar un perjuicio a otro, se está incurriendo en un obrar ilegal por abuso del derecho.

Por su parte, el *elemento teleológico* se centra en identificar el fin para el cual se ejerce el derecho, de manera que si no se encuentra acorde con la finalidad social y económica del mismo, se podría calificar esa conducta como abusiva. Algunos autores como CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ, consideran que es evidente que con la teoría del abuso del derecho se llega a la mayoría de las hipótesis del *disregard of legal entity*, sin embargo, para que se configure el abuso del derecho y que ello genere la desestimación de la personalidad jurídica, basta el mero abuso de la limitación de responsabilidad, pudiéndose prescindir de los elementos subjetivos de dolo o culpa, pues carecería de sentido su consagración legal en el artículo 830 del Código de Comercio⁷³.

Sin embargo, como en casi todos los casos en materia jurídica, ante dos teorías que intentan explicar un mismo fenómeno, surge una *teoría mixta o ecléctica*, la cual define como elementos configurantes del abuso del derecho, la intención de dañar y la falta de un fin útil⁷⁴.

Se empiezan a identificar hasta aquí, claros visos de una posible aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en el sistema jurídico colombiano, con base en la norma constitucional de la buena fe, su desarrollo legal en el Código de Comercio y la consagración *ibídem* de la teoría del abuso del derecho, que comparada con la desestimación de la personalidad jurídica tienen unas claras semejanzas como son una *finalidad ilegítima para hacer uso de un derecho otorgado*, una *conducta en perjuicio de terceros* y la *obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados*.

Un principio similar, es el llamado **no fraude a la ley**, principio que de hecho está enunciado en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 al consagrar la desestimación de la personería jurídica en la SAS. En términos generales, se podría afirmar que la teoría del fraude a la ley es lo mismo que la teoría del

⁷² COLOMBIA, LEYES, DECRETOS, Código de Comercio, Op. Cit., Art. 830: “*El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.*”

⁷³ VELÁSQUEZ RESTREPO, Op. Cit., p. 370.

⁷⁴ BOGOTÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Negocios Generales. Sentencia Sep. 6/35. Bogotá: El autor, 1935.

abuso del derecho, con la diferencia de que en el fraude a la ley no se causa un perjuicio directamente, sino que se requiere un acto posterior (verbigracia, un contrato) que desarrolla aquello que la ley no prohíbe, pero que no fue aquello para lo cual fue promulgada.

Sobre tal diferencia, argumenta ERNESTO RENGIFO GARCÍA:

El fraude es la elusión de los efectos de una prerrogativa legal, desconociendo su verdadero sentido o alcance. El fraude a la ley presupone no solo la existencia de una norma permisiva sino además de una norma que confiere poder. Pese a la dificultad de la distinción con el abuso del derecho, Atienza afirma: “En el abuso del derecho el elemento del daño tiene un carácter directo, en el sentido de que el daño se produce al realizar, sin más, lo permitido por una regla regulativa (por ejemplo, al extraer arena de una playa, se daña una instalación). En el caso del fraude y de la desviación de poder el daño tiene carácter indirecto o mediato: se produce porque el resultado del uso de la norma que confiere poder se conecta convencional o causalmente con un estado de cosas ulterior; la producción del daño, en definitiva, requiere la producción de un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley. Cuando a una acción que puede ser calificada simultáneamente de abusiva y de fraudulenta la calificamos como abusiva, hacemos abstracción de esa mediación institucional; que es, por el contrario, lo que destacamos cuando la calificamos como fraudulenta”⁷⁵.

En un sentido similar, manifiesta CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ que:

En el fraude, al igual que en la teoría norteamericana (refiriéndose al disregard), los medios empleados generalmente son lícitos, en algunas ocasiones el medio es una norma jurídica, pero el fin buscado es ilícito. “El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada”⁷⁶.

Así pues que, para concluir el punto, el fraude a la ley se concreta al utilizar irregularmente una norma jurídica o un derecho, produciéndose un acto posterior a través del cual se materializa un perjuicio para el tercero. Para ejemplificar la situación y transportarla al caso que nos ocupa en la presente

⁷⁵ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. El Abuso del Derecho. [En línea] s.p.i. Disponible en internet: <<http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>> [Consulta: 20 Mar. 2012].

⁷⁶ VELÁSQUEZ RESTREPO, Op. Cit., p. 370-371.

monografía, tenemos que existe la Ley 1258 de 2008, que consagra en sus enunciados normativos que las SAS constituye una persona jurídica distinta de sus accionistas, una vez se efectúa el registro en la Cámara de Comercio respectiva y se produce un beneficio de limitación de responsabilidad patrimonial para el socio, según el cual éste sólo responde hasta el monto de sus aportes⁷⁷; luego, con base en dichas normas, un accionista constituye y registra una SAS con un aporte inicial de \$500.000 para desarrollar un objeto social a través de financiamiento con terceros, sabiendo y teniendo la certeza de que eventualmente responderá por sus deudas millonarias hasta un monto de \$500.000 (lo cual no sería suficiente), pues la ley le otorga limitación de responsabilidad patrimonial a través de la constitución y registro de una SAS.

Se observa aquí pues, un fraude a la Ley 1258 de 2008 y sus derechos otorgados, a través de la constitución de una sociedad con la cual se generarán perjuicios a terceras personas por actos fraudulentos. Sin la constitución de la SAS, no podría generarse la utilización irregular de los derechos y prerrogativas que otorga. Obsérvese pues otra semejanza con la teoría del *disregard*, en el sentido de que se utiliza una SAS en fraude a la ley y perjuicio a terceros, situación por la cual, eventualmente, podrá la Superintendencia de Sociedades desestimar la limitación de responsabilidad y obligar al accionista a que responda con su propio patrimonio por las obligaciones surgidas de los actos defraudatorios y los perjuicios generados.

Otro principio, que a su vez está expresamente en la ley, es la **simulación**, consagrada en el artículo 1766 del Código Civil del libro IV (de las obligaciones en general y de los contratos) y aplicable al Código de Comercio según la remisión que el artículo 822 de esta codificación hace en materia de contratos y teoría general de las obligaciones a la legislación civil. La figura consiste en simular absoluta o relativamente un acto jurídico entre personas, con el fin de menoscabar su patrimonio prenda general de los acreedores, situación que es sancionada con inoponibilidad frente a terceros, es decir, el acto oculto, real, tiene efectos entre las partes y el acto simulado es inoponible frente a terceros, salvo que a éstos los beneficie y elijan que les sea oponible.

Se trae a colación esta figura, puesto que es posible predicar la simulación de una sociedad para ocultar otra real en situaciones disímiles, bien sea en aportes, solvencia económica o una simulación absoluta de una sociedad que en realidad es inexistente, frente a lo cual se aplica por remisión el artículo 1766 del Código Civil, pudiéndosele concordar además el artículo 118 del Código de Comercio que expresa que frente a la sociedad y frente a terceros, no tendrán efectos las disposiciones contrarias a las escrituras de constitución de una sociedad de ninguna manera, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ellas.

⁷⁷ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1258 de 2008, Op. Cit., Art. 1 y 2.

Se ve pues aquí una especie de inoponibilidad de la personalidad jurídica y la limitación de responsabilidad frente a terceros, a causa de los actos ocultos que se realicen contrariando lo dispuesto en el contrato de sociedad inscrito en Cámara de Comercio, ante lo cual responde completamente el accionista con su propio patrimonio (si es que se simuló absolutamente la existencia de una sociedad) o con una limitación de responsabilidad en mayor valor del aporte (si es que simuló obligarse a aportar más de lo que realmente suscribió, siendo éste uno de los casos en los cuales le conviene al tercero el acto simulado, por lo que éste podrá escoger que sí le sea oponible y el accionista responderá con su patrimonio por un mayor valor del aportado a la sociedad).

Ahora, pasando particularmente al tema societario en el Código de Comercio, tenemos que otra institución jurídica, aparece consagrada en el artículo 842 del Código de Comercio de la siguiente manera: *“Quien dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa.”* Se consagra allí la **teoría de la apariencia**.

Ésta, es concreción de la vieja máxima de que el *“error communis facit ius”*, error común crea derecho, como protección para las personas que obren con buena fe exenta de culpa. En virtud de tal situación, la sociedad no podrá afirmar que el sujeto de derecho con el que se hizo el negocio no hace parte de su estructura.

Sería aplicable la “desestimación de la personalidad jurídica” en supuestos como estos, principalmente cuando se trata de grupos empresariales, por negocios que realiza la controlante y sus filiales, constituyéndose éstas en un instrumento del que se sirve la matriz para cumplir con sus propósitos, llevando a los terceros a la incursión de un error común. Así las cosas, ante tal situación, no se tiene en cuenta que se trata de sociedades con personalidad jurídica distinta, sino que se trata como una sola unidad, de tal forma que eventualmente les sería inoponible la personalidad jurídica de una de las sociedades que actúan como unidad, generándose allí una desestimación de la personalidad jurídica de la matriz que debe responder solidariamente por obligaciones de su filial, pero que no elimina su atributo de personalidad, sino que lo hace “inoponible” para determinado negocio.

Analizando otras normas del estatuto comercial, encontramos que éste en su artículo 104, establece en su inciso tercero el tema de **nulidad por objeto y/o causa ilícita**, especificando que será objeto ilícito cuando las prestaciones a las que se obliguen los socios, la empresa o la actividad comercial, sean contrarias a la ley o al orden público. Por su parte, habrá causa ilícita cuando los motivos para celebrar el contrato de sociedad sean igualmente contrarios a la ley o al orden público, debiendo además ser motivos comunes o conocidos por todos los socios.

Luego, en el artículo 105 *ibíd.*, tratándose de los efectos de la ilicitud en el objeto o en la causa, consagra también en su inciso tercero, que los asociados y administradores, responderán solidaria y ilimitadamente por el pasivo externo y los perjuicios causados, además de una sanción de inhabilidad para ejercer el comercio por 10 años, desde declarada la nulidad absoluta.

Obsérvese pues aquí, una norma que hablando del tema de nulidad, establece la sanción propia de la teoría de la perforación del velo societario, puesto que declarada la nulidad por objeto o causa ilícita, se levantará el velo y responderán socios y administradores solidaria e ilimitadamente ante deudas con terceros y perjuicios generados con su propio patrimonio, además de establecer otra sanción a título personal, consistente en que socios y administradores estarán en inhabilidad para ejercer el comercio por el término de 10 años.

Autores como CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ van más allá y manifiestan que tanto la **nulidad absoluta por objeto o causa ilícita**, como la **inexistencia** de la sociedad por la carencia de uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad (objeto, causa, socios, consentimiento, formalidad, aportes, *animus societatis* y distribución de utilidades), generan el levantamiento del velo societario de forma definitiva, toda vez que la sociedad desaparece para el caso de la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita, situación que pone a los socios y administradores a responder solidaria e ilimitadamente con su patrimonio por el pasivo externo y los perjuicios ocasionados, además de la mencionada inhabilidad, o, en el caso de la inexistencia, la sociedad nunca surge a la vida jurídica, por lo cual no se obtiene su personería jurídica y consecuentemente tampoco se genera el beneficio de la separación patrimonial y la limitación de responsabilidad al monto de los aportes, con lo cual no habría velo corporativo y serían las personas naturales que la pretendían conformar, quienes responden con su propio patrimonio por todo el pasivo. Igualmente refiere la **nulidad individual**, la **nulidad relativa** y la **ineficacia** como sanciones del Código de Comercio para un caso particular y frente al vínculo de uno o algunos de los socios, sin que necesariamente se afecte la existencia o validez de la sociedad en principio, generándose la desestimación para uno o algunos de éstos, pero continuando el beneficio de limitación de responsabilidad para los otros⁷⁸.

⁷⁸ “Así entonces, cuando la inexistencia, ineficacia, nulidad absoluta, nulidad relativa, nulidad individual afecten el vínculo de uno o algunos de los socios sin que ello impida la formación o existencia de la sociedad, sólo se afecta el vínculo de tales socios. Sobrevive a esta anomalía el contrato de sociedad, con lo cual subsiste la persona jurídica y el límite de responsabilidad para los otros socios, si tal límite existe en la forma societaria adoptada (...)”

“El análisis hecho respecto de la invalidez del contrato de sociedad desde el punto de vista del objeto y la causa, es relevante por cuanto demuestra que la declaración de inexistencia o invalidez de la personería jurídica societaria, por no estar constituida legalmente, demuestra cómo se cumplen los efectos de la teoría en comento, en forma total, por cuanto desaparece el velo de la personería jurídica y aparece la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios incurso en causal de nulidad, o participantes en la sociedad inexistente”. VELÁSQUEZ RESTREPO, Op. Cit., p. 364-366.

Así las cosas, luego de esta reseña doctrinaria, normativa y jurisprudencial de las normas, instituciones jurídicas y principios generales del derecho que bien podría decirse que son una expresión de la teoría del *disregard* en Colombia, sea porque son normas inspiradas en dicha teoría o son instituciones jurídicas y principios generales que pueden servir de fundamento para elaborar una construcción teórica de la perforación del velo societario en nuestro país, pasaremos al siguiente capítulo en el cual pretendemos realizar una propuesta de interpretación de la “desestimación de la personalidad jurídica en la SAS” para el ordenamiento jurídico-societario colombiano.

3. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DE LA LEY SAS SOBRE LA “DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA”

3.1 CABIDA DE LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Hecho el acercamiento conceptual a la teoría del *disregard* y expuesta una reseña doctrinaria, normativa y jurisprudencial de la misma con base en normas, instituciones y principios jurídicos vigentes en nuestra legislación, tenemos efectivamente que nuestro sistema jurídico colombiano está cimentado desde la Constitución Política en el postulado de la buena fe, Carta que a su vez establece la aplicación de otros principios generales de derecho en caso de no existir ley aplicable, de donde surgen normas jurídicas e instituciones como el abuso del derecho, el fraude a la ley, la simulación, la teoría de la apariencia, entre otras, que si bien son principios, están directamente consagrados en nuestra legislación comercial y civil (a excepción del fraude a la ley que como principio se aplica en virtud de la Carta Magna y la Ley 153 de 1887), al igual que sanciones establecidas en el Código de Comercio, como son la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita que generan la anulación de la sociedad y por consiguiente la eliminación de la personalidad jurídica con su beneficio de limitación de responsabilidad, la inexistencia de la sociedad por carecer el contrato de algún elemento esencial, la nulidad relativa, la nulidad individual y la ineficacia como sanciones que si bien no desestiman la personalidad jurídica de la sociedad, sí atacan el beneficio de limitación de responsabilidad del que goza determinado accionista y por consiguiente se podría hablar de una desestimación relativa, entre otras normas, instituciones y principios actualmente vigentes con los que se encuentra alguna relación.

Tal situación, nos lleva a concluir la riqueza de nuestro ordenamiento jurídico colombiano para que tanto la doctrina como la jurisprudencia (con un papel fundamental de la Superintendencia de Sociedades para la SAS), elaboren una teoría de la desestimación de la personalidad jurídica societaria frente a la SAS, dada la inmensa similitud que tienen las mismas con el plurimencionado *disregard of legal entity*, lo cual a su vez serviría de base para que la teoría dé lugar a su aplicación frente a otros tipos societarios del Código de Comercio (incluyendo la Empresa Unipersonal de la Ley 222 de 1995), dada su estrecha correlación, pues hablamos de un fundamento claro en la norma de normas y de figuras, instituciones y principios afines a la figura del *disregard* que están consagrados tanto en el Código Civil que se aplica eventualmente al Código de Comercio bien sea por la remisión del artículo 822 en materia de obligaciones y contratos o por el artículo 2 *ibídem* que prescribe que ante la ausencia de ley comercial se aplicará la ley civil, como en el Código de Comercio que se aplica para todos sus tipos societarios con beneficio de limitación de responsabilidad (Comandita Simple y Comandita por Acciones –frente a los comanditarios-, Sociedad Limitada y Sociedad Anónima), para la Empresa Unipersonal de la Ley 222 de 1995 que modifica parcialmente el Código de Comercio, en virtud del artículo 80 que remite en lo no previsto a la normativa de las sociedades

comerciales, en especial las de la Sociedad Limitada y, como se ha mencionado antes, se aplica además para la SAS, dado el orden de regulación fijado en la Ley 1258 de 2008, artículo 45, que remite en lo no previsto en la ley ni en los estatutos, a las normas de la Sociedad Anónima y en su defecto, a las disposiciones generales que rigen las sociedades del Código de Comercio.

Nótese pues, que no era estrictamente necesario que la Ley 1258 de 2008 estableciera expresamente en su artículo 42 la sanción de desestimación de la personalidad jurídica en la SAS, puesto que eventualmente la perforación del velo corporativo para que respondan los directamente beneficiados con su propio patrimonio, se podría conseguir aplicando ciertos principios y figuras (en virtud de la remisión mencionada del artículo 45 de la Ley SAS).

De esta forma, mencionamos la nulidad absoluta por objeto o causa ilícita establecida en el Código de Comercio, que se aplicaría cuando se constituya una SAS con el propósito de defraudar o perjudicar a terceros, ante lo cual se desestimaría toda la personalidad jurídica societaria y no se generaría el beneficio de limitación de responsabilidad para los accionistas; o la aplicación de la simulación del Código Civil cuando se fingiera constituir una sociedad con determinados activos, siendo que los activos nunca se transfirieron a la sociedad (simulación absoluta) o en el evento en que se contrariare lo expresado en el acuerdo de constitución, por ejemplo que allí se hubiere establecido que el capital suscrito por cada socio de determinada SAS sería de \$50.000.000 pagaderos en un plazo de un año y en escrito privado sin que constituya reforma debidamente, se dispusiera que el capital suscrito de cada accionista equivaldrá a \$1.000.000 pagaderos al término máximo permitido en la SAS -dos años-⁷⁹ (simulación relativa), ante lo cual les sería inoponible el acto a los terceros y de esta forma no tendría efectos la limitación patrimonial con el que se beneficiarían los accionistas; y de igual forma se aplicarían otras figuras y principios según lo mencionado más arriba frente al fraude a la ley, la inexistencia, entre otras, siendo el abuso del derecho el principio más claro para la aplicación de la teoría del *disregard* en Colombia, pues su definición nomoárquica se ajusta claramente a ésta según hemos visto.

No obstante lo anterior, nada impide para que se elabore particularmente en Colombia la teoría de la perforación del velo societario, estableciendo cuándo será absoluta o relativa, cuándo será frente a la personalidad jurídica y cuándo sólo frente a la limitación de responsabilidad, cuáles son las causas, efectos, entre otras circunstancias que generarían una mayor concreción de la sanción para los accionistas, administradores y respecto a terceros, por lo que se hizo bien en la Ley 1258 de 2008 al consagrarla expresamente, pues el hecho de que no sea estrictamente necesaria su formulación legal no quiere decir que no sea de marcada utilidad y progreso jurídico en aras de evitar la dispersión normativa a la cual se tendría que acudir, requiriéndose eso sí, un claro desarrollo doctrinario y jurisprudencial de la misma en dicho sentido.

⁷⁹ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1258 de 2008, Op. Cit., Art. 9.

Así las cosas, una vez determinada la viabilidad y necesidad para que la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país elaboren una teoría propia de la desestimación de la personalidad jurídica, pasaremos al siguiente acápite, en el cual pretendemos fijar algunas pautas, con miras a que tales criterios auxiliares desarrollen tan laudable tarea.

3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PERFORACIÓN DEL VELO SOCIETARIO

Hemos dicho hasta aquí que la teoría del *disregard* tiene una consagración dispersa en el ordenamiento jurídico colombiano en normas independientes para ciertas sociedades, a aplicarse bajo determinados supuestos y circunstancias, y que frente a la consagración expresa de dicha teoría en la Ley SAS, es viable desarrollar una teoría del levantamiento del velo corporativo para nuestro país, con base en instituciones y principios imperantes en nuestro derecho que, incluso con algunos matices, se podría aplicar a todos los tipos societarios de Colombia.

No obstante, es necesario que tanto la doctrina como la jurisprudencia, en su papel de criterios auxiliares del derecho según la Constitución Política, elaboren un desarrollo unificado de la teoría del *disregard* con miras a concretar su aplicación a través de la determinación de sus causas o elementos constitutivos, consecuencias, característica societaria atacada, entre otros criterios que como se ha manifestado, ayudarían tanto para efectos académicos en general, como en el ámbito práctico para el accionista, el administrador y el tercero, a fin de que se respete y se establezcan claros límites al beneficio societario de limitación de responsabilidad para el caso del accionista, o, en el caso del tercero acreedor, se proteja su interés para que no se confunda el patrimonio de su deudor (sea lo sociedad o el socio) injustificadamente con otro o se le proteja efectivamente de los abusos que se reporten con la utilización de la SAS.

Así las cosas, nos proponemos finalmente en este acápite, elaborar unos criterios o pautas que puedan servir de base para la aplicación concreta de la teoría del *disregard* en Colombia, advirtiendo que su mayor desarrollo debe provenir como tantas veces se ha dicho, de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país.

Según hemos argumentado, el fundamento de la teoría del levantamiento del velo corporativo en nuestro sistema jurídico, se encuentra más claramente en figuras como la nulidad absoluta del contrato de sociedad por objeto ilícito o causa ilícita, la nulidad relativa y nulidad individual frente al vínculo de algún accionista con la sociedad; en la inexistencia del contrato por carencia de uno o varios de sus elementos esenciales; en la inoponibilidad cuando no se registra la escritura de la sociedad en Cámara de Comercio⁸⁰ (que para la SAS genera

⁸⁰ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS, Código de Comercio, Op. Cit., Art. 46, 112 y 901.

principalmente es la no existencia de la persona jurídica, pues se trata esta formalidad de un requisito esencial⁸¹); y en principios como el de la buena fe, la simulación, no fraude a la ley, teoría de la apariencia y, fundamentalmente, el no abuso del derecho.

Extraeremos pues de allí los elementos interpretativos que nos indican cuándo nuestro ordenamiento jurídico no tolera una situación desplegada a través de una sociedad y sanciona al asociado con el levantamiento del velo societario de la persona jurídica que constituyó a fin de que éste responda con su propio patrimonio, para aquellos elementos de la teoría del *disregard* que no puedan ser extraídos expresamente del enunciado normativo del artículo 42 de la Ley SAS, pues es de allí de donde partimos inicialmente en aras de definir su alcance.

Establece el mencionado artículo lo siguiente:

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 (...).

Dado lo anterior, de la norma transcrita se pueden sustraer algunos **elementos objetivos** y de los principios generales del derecho y otras figuras en las cuales se podría basar la teoría del *disregard* en nuestro país, se extraerá el **componente subjetivo**, así:

Como **elementos objetivos**, se observan: sujeto activo, sujeto pasivo, conducta, objeto y consecuencias.

El **sujeto activo** son “los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios”, nótese que la norma no distingue cuáles accionistas, pues entiende que la conducta fraudulenta puede provenir tanto de la posición mayoritaria como de la minoritaria (o del abuso de la paridad), pero tampoco se está refiriendo absolutamente a todos los accionistas y administradores, sino sólo a aquellos que con respecto a los actos defraudatorios, los hubieren realizado, participado o facilitado.

Por su lado, el **sujeto pasivo** puede ser la ley sujeto de fraude o los terceros perjudicados. Esto cobra relevancia, puesto que la norma establece que se genera la conducta de desestimación cuando se utiliza una SAS “*en fraude a la ley o en perjuicio de terceros*” (subraya y negrilla fuera de texto), ante lo cual el

⁸¹ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008, Op. Cit., Art. 2. “*Personalidad jurídica. La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el registro mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas.*”

sujeto pasivo puede ser evidentemente un tercero o, disyuntivamente, la ley objeto de fraude. Ello quiere decir, en lo que respecta al fraude a la ley, que el sólo hecho de esta conducta, es decir la utilización de un acto jurídico para ajustarse a una norma por fuera de su finalidad, podría generar la sanción. Sin embargo, este punto particular será aclarado cuando estemos analizando el elemento de “la conducta”.

Ahora, en cuanto al tercero como sujeto pasivo, tenemos que éste es todo aquél que no haga parte del contrato de sociedad, ni de sus órganos administrativos⁸², es decir, cualquiera distinto de los accionistas y administradores (el Estado, empleados y, en general, acreedores). No obstante, como la norma habla que los sujetos activos de la sanción son los accionistas y administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, debemos incluir también en los terceros a los accionistas y administradores que no incurrieron en tal conducta y que resultaron perjudicados. Se podría decir que éstos también son acreedores de la sociedad, pero en un nivel interno. Al respecto manifiesta el Doctor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR: “(...) *El concepto general de allanamiento de la personalidad jurídica consiste en imponerles a quienes utilicen la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, una responsabilidad por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. **Dentro de los sujetos pasivos de esta responsabilidad están, por supuesto, los accionistas y los administradores sociales.***”⁸³
(Subraya y negrilla fuera de texto)

Una vez convenido que cuando la norma habla de “terceros” se pueden generalizar aquí a los “acreedores”, es válido realizar una clasificación de los mismos, así: Acreedores internos: Accionistas y administradores, según acabamos de mencionar. Acreedores externos: Voluntarios e involuntarios.

Básicamente, la distinción entre acreedores voluntarios e involuntarios, se establece en cuanto aquellos, los voluntarios, tuvieron la posibilidad de manifestar o exteriorizar su consentimiento para establecer una relación jurídica con la sociedad (un banco, proveedor, cliente, etc.), pudiéndose hablar aquí de contrato y cuasi-contrato. Mientras que éstos, los involuntarios, no expresaron su voluntad sino que se convirtieron en tales por causas extracontractuales, bien sea por la culpa civil originada en negligencia, impericia, descuido o violación de reglamentos (cuasi-delito), por dolo o culpa penal (delito), u otras circunstancias que podrían provenir de la ley, situación que los llevó a tener un crédito a su favor.

⁸² En este punto, nos sumamos a la teoría organicista que, en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de los órganos de administración en una sociedad, establece que los administradores son los órganos de la sociedad por medio de los cuales ella manifiesta su voluntad y se proyecta al exterior y nos alejamos de la teoría alemana del contrato de trabajo, ya que las funciones que ejercen los administradores en una SAS no están necesariamente regidas por la subordinación, propia del contrato laboral, pues, incluso, la representación legal puede ser ejercida por los mismos accionistas. Dado lo anterior, los administradores serían parte de la sociedad y no terceros. VELÁSQUEZ RESTREPO, Op. Cit., p. 219-220.

⁸³ REYES VILLAMIZAR, SAS La Sociedad por Acciones Simplificada, Op. Cit., p. 124-125.

En palabras de REYES VILLAMIZAR:

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 concursales⁸⁴.

Cobra especial relevancia ésta distinción de los acreedores externos voluntarios e involuntarios, toda vez que según trataremos más adelante en este acápite, en los elementos subjetivos, se exige un mayor grado de diligencia al acreedor voluntario, toda vez que éste tiene la posibilidad de medir el riesgo de su crédito y tiene incluso la posibilidad de establecer garantías que eventualmente generarían que los accionistas de la SAS respondan con su propio patrimonio, perforando con ello el velo societario*.

En cuanto al elemento de **conducta**, se observa que ésta consiste en la utilización de la sociedad por parte del sujeto activo, *en fraude a la ley o en perjuicio de terceros*.

En cuanto al fraude a la ley como conducta constitutiva del levantamiento del velo, tenemos claro según hemos argumentado en este capítulo, en el punto de la referencia doctrinaria, normativa y jurisprudencial, que ésta se concreta al realizar un acto jurídico con miras a aprovechar una norma para un fin distinto de aquel por el cual fue creada, generándose una aplicación ilícita (lo que para CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ se llama ley de cobertura que es el acto jurídico que se emplea, pudiendo ser una norma jurídica o contrato, y ley defraudada, que es la que se aplica con fines distintos⁸⁵).

⁸⁴ GAITÁN, Op. Cit., p. 81-116.

* *Vid infra*. Componente subjetivo, calidad y diligencia del sujeto pasivo.

⁸⁵ “En el fraude, al igual que en la teoría norteamericana (refiriéndose al *disregard*), los medios empleados generalmente son lícitos, en algunas ocasiones el medio es una norma jurídica, pero el fin buscado es ilícito. “El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada”. VELÁSQUEZ RESTREPO, Op. Cit., p. 370-371.

Pero hemos visto que si bien la norma habla de fraude a la ley, aplican en nuestro ordenamiento jurídico otros principios igualmente derivados del postulado de buena fe que es una de las máximas en nuestro derecho, ya que entre sus efectos y funciones está la de corregir, suplir y ayudar en la creación, interpretación y aplicación de normas jurídicas, por lo que aparte de su función creadora, se puede establecer que la buena fe cumple una función adaptadora, sirviendo de límite al ejercicio de los derechos subjetivos, siendo un eficaz instrumento de interpretación⁸⁶. Así pues, entre esos principios derivados de la buena fe, se encuentran algunos como el no fraude a la ley, la simulación, el mandato de no hacer daño a otro y, de fundamental importancia para los cometidos de este trabajo, el principio del no abuso del derecho, dada su enorme similitud con el fraude a la ley que menciona el artículo 42 de la Ley SAS y con la teoría del *disregard*, ya que en los supuestos del abuso del derecho se pueden configurar la gran mayoría de las hipótesis de ésta teoría.

En razón de lo anterior, entenderemos que cuando se habla de la conducta de fraude a la ley según el artículo 42 mencionado, se está refiriendo en sentido amplio a una conducta contraria al postulado de buena fe y particularmente a los principios derivados de ésta como el de no fraude a la ley y no abuso del derecho,⁸⁷ y ello lo denominaremos como *fraude a la ley en sentido amplio*.

De este modo, algunos autores han determinado ciertas conductas que podrían constituir el fraude a la ley (en sentido amplio) proscrito para el caso de la perforación del velo.

Para JAIME ARRUBLA PAUCAR, “*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.*” A renglón seguido, refiere algunas situaciones en las que la doctrina ha entendido que se configura el abuso de la personalidad jurídica, consistentes en que:⁸⁸

-La sociedad es utilizada para realizar actividades que le están prohibidas a una persona natural. -Se utiliza la sociedad para eludir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades frente a la ley de contratación con entidades estatales. -La sociedad se utiliza para llevar a término acto en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

⁸⁶ PARRA BENITEZ, Jorge. Apuntes de introducción al derecho. Medellín: Universidad de Medellín, 2002. p. 109.

* *Vid supra*. Numeral 2.3. “Referencia doctrinaria, normativa y jurisprudencial en el derecho colombiano”. (Tratándose el tema del fraude a la ley como uno de los principios sobre los cuales se puede edificar una teoría del *disregard* para Colombia)

⁸⁷ Al respecto, manifiesta JAIME ARRUBLA PAUCAR que “*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.*” ARRUBLA PAUCAR, Op. Cit., p. 59 a 80.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 59 a 80.

- 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.

Por su parte, el profesor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, considera que existen algunas acciones y conductas comunes en los eventos de la teoría del *disregard*, como son las operaciones con el socio controlador; la violación de formalidades legales y estatutarias; la confusión de activos y de negocios; el restablecimiento de la equidad; el fraude a los socios o acreedores; y la infracapitalización.⁸⁹

Así las cosas, para la conducta proscrita en la norma de la SAS referente al fraude a la ley, es claro que se pueden llegar a generar una gran cantidad de conductas, frente a lo cual no le es dable al legislador ni a los criterios auxiliares del derecho definir taxativamente con vocación de unanimidad y coherencia, sin embargo sí se pueden identificar algunos elementos constitutivos de la teoría del *disregard*, cuya observancia darían lugar a la sanción, advirtiendo que ello no depende única y exclusivamente de la verificación de la conducta, pues como veremos más adelante, puede darse el caso de que se realice una conducta de las arriba enunciadas, que de suyo no genere la mencionada sanción, pues como expusimos al principio de este aparte, existen unos elementos objetivos y otros subjetivos que deben confluir para su configuración.

Ahora, siguiendo con el elemento de conducta, nótese que ésta se encuentra mencionada en términos disyuntivos, es decir, se realiza la conducta de la desestimación utilizando la SAS en fraude a la ley o utilizando la SAS en perjuicio de terceros. Aquí se puede establecer el origen de un elemento subjetivo, cual es la finalidad con la que se utiliza la SAS.

Decimos esto, toda vez que no podríamos simplemente realizar una interpretación gramatical de la norma, en el sentido de que la conducta se concretaría entre tanto produzca un perjuicio a un tercero, ya que allí superaríamos enormemente la gran cantidad de conductas que se podrían ubicar en el concepto amplio del fraude a la ley acabado de señalar, para entrar en la indeterminación y amenaza a la seguridad jurídica, en el sentido de que la

⁸⁹ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos: introducción comparada. Bogotá: Legis, 2006. p. 180 a 186.

otra conducta del artículo 42 de la Ley SAS es el perjuicio a terceros, situación que es factible que se presente no sólo en escenarios de la teoría del *disregard*, sino en escenarios normales y corrientes de la actividad de una SAS en el entorno socio-económico.

Al respecto, piénsese en una SAS de dos accionistas para desarrollar una pequeña empresa de venta de empanadas, se constituyen con un capital (que para ese momento es igual al patrimonio) de \$2'000.000, pero para poder desarrollar su actividad, deben adquirir en arriendo un local comercial, pagar servicios públicos, comprar freidora y otros muebles relacionados con la producción del alimento, materia prima y un trabajador inicialmente, para lo cual se requiere una inversión de \$3'000.000. Se gastan los \$2'000.000 iniciales y se endeudan con una entidad financiera en otros \$10'000.000 para pagar el \$1'000.000 restante y asumir los costos derivados del arriendo del local, los servicios públicos, el trabajador, etc., por un par de meses mientras genera ingresos la empresa. Pero desafortunadamente la empresa no vende siquiera para pagar la cuota de la deuda y tienen que cerrar a los pocos meses, debiendo \$8'000.000, para lo cual la sociedad no tiene dinero con qué pagar, pero ellos como personas naturales tienen un carro y una moto, quedándose la entidad financiera únicamente con una freidora que era de la sociedad dada la limitación de responsabilidad y un activo perdido por casi \$8'000.000. Allí se puede hablar de un perjuicio a un tercero, pero, ¿es esta conducta constitutiva de desestimación de limitación de responsabilidad? ¿El perjuicio del tercero da lugar a que se desestime la separación patrimonial de accionistas y sociedad y se hagan a aquellos solidariamente responsables con su propio patrimonio? ¿Hasta dónde se trata de un tema de asunción de riesgos por parte de la entidad financiera? Valga aclarar que si no se consulta el elemento interno, aquí también se podría constituir aparte del perjuicio a terceros, una conducta de fraude a la ley en sentido amplio eventualmente por infracapitalización.

Igualmente, se trae el ejemplo de una SAS de médicos especialistas en cirugía general para ofrecer servicios quirúrgicos particulares, desafortunadamente uno de sus pacientes se complicó en un procedimiento debido a un riesgo inmanente al mismo debidamente informado, generándosele grandes perjuicios a nivel de vida en relación más allá de que la labor del especialista haya sido correctamente ajustada a la *lex artis* para esa clase de intervenciones. Allí no se podría decir que como el artículo 42 de la Ley SAS establece que la desestimación de la personalidad jurídica se genera también por un perjuicio a terceros, entonces sería viable la aplicación de esta sanción para que los accionistas respondan por el daño.

Estarían castigándose con la SAS conductas que la justicia ordinaria encontraría ausente de responsabilidad civil, si se entiende la mencionada norma de la Ley 1258 de 2008 en un sentido literal, extraído de su contexto jurídico y económico, surgiendo allí la necesidad de determinar un elemento subjetivo, pero que en todo caso vincule ese eventual perjuicio a terceros con el *fraude a la ley en sentido amplio*, pues reconocemos este concepto como fundamental en la teoría del *disregard*, entre otras cosas, para diferenciarlo de

otras figuras vigentes en nuestro ordenamiento jurídico en el cual también se tiene en cuenta el perjuicio a terceros, como lo son la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Pasando a otro elemento objetivo, el **objeto** de la pluricitada norma lo determina la función económica que ella cumple en el mundo de las sociedades comerciales.

Es decir, cuál es la finalidad de la norma en la SAS sobre la “desestimación de la personalidad jurídica”; ¿para qué se consagró? Al respecto, podemos decir que el objeto de esa norma no es otro que mantener el equilibrio entre la protección a los accionistas de la sociedad a través de la limitación de responsabilidad y la protección de los intereses de terceros acreedores de la persona jurídica para asegurar una confianza en este tipo societario tanto de unos como de otros y emitir mensajes de certeza en la medición del riesgo para los accionistas, pero a su vez de tranquilidad a los terceros acreedores de la sociedad acerca de que se busca que no sean defraudados en su buena fe, convirtiéndose la norma en la excepción que permite el equilibrio y la participación de la SAS en el entorno socio-económico, para lograr los beneficios correlativos que ello implica en la economía del país, según se ha mencionado.

Frente al tema, nos manifiesta el profesor JAIME ARRUBLA que

La teoría (hablando del disregard) 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. (...)

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 equivocados⁹⁰.

⁹⁰ ARRUBLA PAUCAR, Op. Cit., p. p. 59 a 80.

Así las cosas, se podría decir que el objeto de la norma es garantizar que la sociedad se utilice para los fines socio-económicos que benefician el interés general y salvaguardar los intereses de terceros acreedores de la persona jurídica, cuando ésta sea utilizada fraudulentamente desviando la finalidad que debe tener.

Para finalizar la sección de los elementos objetivos de la “desestimación de la personalidad jurídica” en la SAS, entramos a tratar lo correspondiente a las **consecuencias**.

Dice la norma en mención que, cuando el sujeto activo lleve a cabo la conducta proscrita a través de la SAS, “(...)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”.

Se observa una consecuencia clara, consistente en el deber que tienen los accionistas y administradores involucrados en actos defraudatorios, de responder solidariamente por las obligaciones surgidas en esos actos y por los daños generados. Pero, y más para efectos académicos, ¿cuál es el atributo social que se ataca para llegar a ese resultado, la personalidad jurídica o la limitación de responsabilidad patrimonial del accionista?

Habíamos argumentado en el aparte del acercamiento al concepto de la “desestimación de la personalidad jurídica”, que en la teoría del *disregard* se puede ver afectada tanto la personalidad jurídica societaria, como la limitación de responsabilidad del socio, ya que la doctrina nacional no es clara sobre el particular y en no pocas ocasiones se refiere a la afectación de los dos atributos indistintamente, como si fueran iguales, cosa que no es así y ha quedado aclarada en el aparte acabado de mencionar. La forma de enunciar la teoría en la SAS, puede llevar a la conclusión que el atributo afectado directamente es la personalidad jurídica, ya que se expresa su desestimación; “desestimación de la personalidad jurídica”. Pero entonces, ¿debe desaparecer la persona jurídica societaria para que los accionistas se vean avocados a responder solidariamente con su propio patrimonio? Ello no necesariamente es así, ya que para establecer la responsabilidad de los socios no es forzoso eliminar cualquier consideración sobre la personalidad jurídica, y para lo cual traemos nuevamente a colación al profesor FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, redactor de la Ley SAS, cuando expresa que la sociedad, como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados, no se extingue, ni tampoco sus atributos, siendo la extensión de la responsabilidad para aquellos asociados que la corte determine, el único efecto de la aplicación de esta excepción⁹¹.

⁹¹ REYES VILLAMIZAR, Derecho Societario I, Op. Cit., p. 224.

Es entonces la limitación de la responsabilidad del socio la que persigue atacar la norma de la “desestimación de la personalidad jurídica” en la Ley 1258 de 2008, debido a que de su redacción no se desprende que la intención del legislador sea suprimir la persona jurídica, sino extraer al accionista para que responda ante el sujeto pasivo por las obligaciones surgidas y perjuicios generados, cuando utiliza a la SAS en fraude a la ley o en perjuicio de terceros y así lo manifestamos además cuando abordamos el elemento objeto*. Además, esto se explica porque en una SAS sería injusto que, suponiéndonos dos accionistas donde uno de ellos que a su vez es el representante legal sin limitaciones en sus facultades, obra fraudulentamente a espaldas del otro, se castigue toda la persona jurídica, afectando los intereses de un accionista que no incurrió en la conducta generadora de la sanción y que podría continuar como único accionista de la SAS, pues en este tipo societario a diferencia de los otros (excluyendo aquí la E.U.), sí es posible dicha situación⁹² y de paso, afectando el dinamismo socio-económico y el interés general, ya que se sacrificaría el beneficio que se produciría para éste con una sociedad que puede crear empleo, producción, consumo, entre otros eslabones de la cadena económica, por la conducta de uno frente a otro que pudo salir eventualmente perjudicado, lo cual sería inconstitucional por afectación del bien común, aunado a que no es necesario eliminar la personería jurídica para resarcir el daño.

Pero no solo es la voluntad del legislador la que se consulta, sino también la opinión que sobre el particular sostiene el redactor del proyecto de ley que casi en su totalidad fue aprobado para posteriormente promulgarse la Ley SAS, refiriéndonos a la posición doctrinaria sentada por el Doctor REYES VILLAMIZAR y que se relacionó dos párrafos más arriba*.

Finalmente, se desprende del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 otra consecuencia que se deriva de que el sujeto activo incurra a través de una SAS en una conducta fraudulenta en sentido amplio, a parte de la ya mencionada sobre la obligación de que los accionistas o administradores involucrados respondan solidariamente por las obligaciones surgidas o perjuicios causados. Nos referimos a la nulidad de los actos defraudatorios, frente a lo cual es competente la Superintendencia de Sociedades, nulidad que, en nuestro

* *Vid supra*. Elemento objetivo, objeto. “(...) el objeto de la norma es garantizar que la sociedad se utilice para los fines socio-económicos que benefician el interés general y salvaguardar los intereses de terceros acreedores de la persona jurídica, cuando ésta sea utilizada fraudulentamente desviando la finalidad que debe tener.”

⁹² BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 1258 de 2008, Op. Cit., “Artículo 1o. 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.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

* Ello no quiere decir que la personería jurídica siempre quede incólume, pues puede ocurrir que se ejecuten conductas que encajen en el fraude a la ley en sentido amplio que generen nulidad por objeto o causa ilícita, ante lo cual no se podría decir que opera la desestimación de la personalidad jurídica con base en la norma del artículo 42, sino que opera en virtud de la sanción de nulidad la cual está consagrada expresamente en nuestra legislación según hemos visto, atendiendo además al carácter de subsidiariedad con el que cuenta la teoría del *disregard*.

concepto, provendría del objeto ilícito o causa ilícita, pues puede ocurrir que con la conducta de fraude a la ley en sentido amplio se viole una norma jurídica o las buenas costumbres, existiendo un objeto ilícito, o puede ocurrir igualmente que desviada esa finalidad original de la norma se incurra en causa ilícita, pues si bien se realizan actos lícitos, la finalidad que se tiene no lo es, generándose en ambos casos la nulidad absoluta del acto y pudiéndose solicitar por cualquiera que tenga interés legítimo⁹³. Pero también daría lugar a actos viciados por nulidad relativa, por afectación del consentimiento a causa por ejemplo del dolo de un accionista que hace incurrir al sujeto pasivo en un error para así lograr su consentimiento, la cual se puede alegar por la persona en cuyo favor se haya establecido o sus herederos⁹⁴.

Vale la pena aclarar que frente a estas nulidades sobre actos ejecutados por la sociedad pero que no recaen directamente sobre el contrato social, sólo se afecta la limitación de responsabilidad del accionista, quedando vigente la sociedad, pues la única nulidad que generaría la extinción de la persona jurídica, es, como se dijo anteriormente, la que se declara en el evento de objeto o causa ilícita frente al contrato de sociedad.

Superado lo anterior, entramos a tratar el **componente subjetivo** de la teoría del *disregard* para Colombia. Cuando hablamos del componente subjetivo, nos referimos a dos circunstancias: Por una parte, la **intencionalidad con la que actúa el sujeto activo**, y por otra, la **calidad y diligencia del sujeto pasivo**, aclarando que aquí nos referimos a aquél sujeto pasivo que realiza negocios o contratos con la sociedad y que tiene, a diferencia de los demás sujetos pasivos, la posibilidad de medir el riesgo que asumirá y constituir las garantías necesarias; este es el acreedor externo voluntario.

Determinamos la relevancia de la **intencionalidad con la que actúa el sujeto activo**, no con base en el texto del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, pues de su literalidad no se desprende tal elemento interno del sujeto activo, sino que debemos acudir a los principios generales y otras instituciones jurídicas de nuestro derecho colombiano íntimamente relacionadas con la teoría del *disregard*, para lo cual nos remitiremos a la referencia doctrinaria, normativa y

⁹³ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Código de Comercio, Op. Cit., Art. 899. <Nulidad absoluta>. “Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; 2) Cuando tenga {causa u objeto ilícitos}, y 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”

“<Notas de Vigencia> - Al final de la edición oficial del Decreto 410 de 1971, publicada en el Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971, aparece una nota que dice: “Impreso el texto, se observaron los siguientes errores: ... artículo 899, línea 5, dice ‘causa o objeto ilícitos’, debe decir ‘causa u objeto ilícitos’”. Se señala entre corchetes {...} el aparte corregido.”

⁹⁴ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Código de Comercio, Op. Cit., Art. 900. <Anulabilidad>. “Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado.”

jurisprudencial que se realizó en este capítulo, centrándonos básicamente en aquellos principios que abordan la generalidad de conductas susceptibles de la sanción, lo que hemos llamado fraude a la ley en sentido amplio, que se funda principalmente en los principios de no fraude a la ley y no abuso del derecho derivados del postulado de la buena fe.

Habíamos dicho que la conducta que se desprende de la literalidad de la norma de la desestimación en la Ley SAS, consiste en utilizar la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, pero que ese fraude a la ley y ese perjuicio a terceros se debía entender en sentido amplio con ayuda de los principios generales de derecho derivados del postulado de buena fe, dado que éste cumple una función adaptadora que sirve de límite al ejercicio de los derechos subjetivos y se convierte en un eficaz instrumento de interpretación, toda vez que en la mencionada norma del artículo 42 se consagra una teoría no desarrollada en nuestro país, pero que encuentra importantes similitudes con normas y principios que tienen vigencia en nuestra legislación, para lo cual se debe recurrir a otras disposiciones y principios en aras de complementar el concepto.

Es así como se llega a la conclusión de que aparte de la verificación positiva de la conducta de fraude a la ley en sentido amplio a través de una SAS, se debe constatar una intencionalidad del sujeto activo, pues si acudimos al principio del no fraude a la ley, encontramos que esta situación se concreta al realizar un acto jurídico con miras a aprovechar una norma para un fin distinto de aquel por el cual fue creada, generándose una aplicación ilícita. Aquí, cuando hablamos de que se utiliza una norma jurídica con un fin distinto al que tenía ésta originalmente, necesariamente debemos tener en cuenta ese factor volitivo que lleva al sujeto activo a manipular la norma, ya que de no contarse con esa intencionalidad, no se podría hablar de fraude a la ley, sencillamente porque no se desvía la finalidad de la norma, pues no podría hablarse de un fraude a la ley involuntario como si se tratara de una responsabilidad objetiva que se tiene que asumir cuando se utilizan determinadas normas, porque eso sería tanto como afirmar que las normas jurídicas pueden tener finalidades perversas de suyo, cuando lo que tiene una ley son finalidades que buscan satisfacer el interés general, pero eventualmente se podrían utilizar para violentarlo y favorecer intereses privados, lo cual únicamente se logra con una maquinación proveniente del intelecto humano cuando así se pretende actuar.

Lo anterior se reafirma en planteamientos como el de J. M. DOBSON, cuando argumenta que para que haya fraude, en todo caso es necesario que haya mala fe por parte del contratante que lo origina.⁹⁵

Piénsese en el ejemplo arriba relacionado de los dos accionistas de la SAS que la constituyen para desarrollar una empresa de venta de empanadas. Ellos realizan un aporte de acuerdo a su capacidad económica y el resto de inversión que necesita la operación de la empresa lo financian, realizando todos los

⁹⁵ J. M. DOBSON. Citado por VELÁSQUEZ RESTREPO, Op. Cit., p. 356.

esfuerzos requeridos para la viabilidad de la misma, con la expectativa de que su negocio fuera próspero y pudieran sufragar las deudas con la entidad financiera para esa explotación, además de encontrar su sustento para la vida. Se estaría castigando al empresario que fracasa en la aventura comercial si por ese simple hecho se le sanciona con la perforación del velo corporativo para que pague el pasivo insoluto solidariamente con su patrimonio, cuando éste tenía las mejores intenciones, obrando de conformidad con su cometido para lo cual arriesgó un capital que se le esfumó. Distinta sería la situación, si los accionistas constituyen la sociedad y se endeudan con una entidad financiera, pero no destinan el dinero al progreso y explotación de su negocio, sino que lo utilizan en su beneficio personal sabiendo que es dinero que se le prestó a la SAS y ellos eventualmente no tendrían que pagarlo con su patrimonio, motivo por el cual la empresa quiebra y no se puede pagar la deuda adquirida. Allí, sí se podría hablar de una intencionalidad de desviar la finalidad de la norma que establece la limitación de responsabilidad y de un acto defraudatorio que genera que ellos deban responder solidariamente con su patrimonio, dado que confluyen tanto los elementos objetivos, como el subjetivo.

Igual consideración y ejemplo se debe hacer, en cuanto a la conducta generadora de perjuicios a terceros, pues como mencionamos arriba tratándose del elemento objetivo de la conducta:

*(...) se puede establecer el origen de un elemento subjetivo, cual es la finalidad con la que se utiliza la SAS. (...) toda vez que no podríamos simplemente realizar una interpretación gramatical de la norma, en el sentido de que la conducta se concretaría entre tanto produzca un perjuicio a un tercero, ya que allí superaríamos enormemente la gran cantidad de conductas que se podrían ubicar en el concepto amplio del fraude a la ley, para entrar en la indeterminación y amenaza a la seguridad jurídica, en el sentido de que la otra conducta del artículo 42 de la Ley SAS es el perjuicio a terceros, situación que es factible que se presente no sólo en escenarios de la teoría del *disregard*, sino en escenarios normales y corrientes de la actividad de una SAS en el entorno socio-económico. (...)*

Sin embargo, se recalca que ese elemento subjetivo de intencionalidad que debe existir en el perjuicio a terceros, debe ser producto de un acto fraudulento en sentido amplio, pues no podemos perder de vista que estamos ante una sanción derivada de la teoría del *disregard*, de la cual reconocemos como fundamentales los principios de no fraude a la ley y no abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, nos referiremos al otro elemento subjetivo, cual es la **calidad y diligencia del sujeto pasivo**.

Habíamos establecido que cuando se habla del elemento subjetivo del sujeto pasivo, nos referíamos al sujeto pasivo, acreedor externo voluntario, ya que éste al momento de celebrar negocios con la persona jurídica societaria, tiene la posibilidad de verificar la capacidad económica de la SAS, pues es ésta y su patrimonio la que finalmente deberá responder por las obligaciones surgidas, para lo cual podrá solicitar el certificado de existencia y representación que expiden las Cámaras de Comercio sobre esta clase de sociedades, teniendo en cuenta que allí se deben certificar los capitales autorizado, suscrito y pagado y, si bien es cierto que el capital tiene más relevancia jurídica que económica a efectos de medición de derechos de los accionistas principalmente y que es el patrimonio el que refleja la realidad financiera y económica de la sociedad, esa información de capital puede servir como un punto de referencia sobre la capacidad económica que tiene la sociedad, pero, en todo caso, y si la magnitud del negocio o acto jurídico a realizar lo amerita, el tercero podrá solicitarle a la sociedad los balances y/o estados financieros que considere pertinentes para hacerse una idea más objetiva acerca del respaldo financiero que tiene la SAS o en fin, tomar ciertas medidas a través de las cuales pudiere minimizar el riesgo y evitar ser perjudicado con eventuales actos fraudulentos y con base en ello celebrar o no un negocio jurídico determinado, pues de seguir adelante, estaría asumiendo con conocimiento de causa o con esa posibilidad, los riesgos de incumplimiento o responsabilidad, hasta el monto que posee la sociedad como patrimonio.

Más allá de lo anterior, los terceros acreedores voluntarios, tienen la posibilidad de perforar el velo corporativo de la sociedad a través de un acto jurídico tendiente a constituir garantías que comprometan solidaria o subsidiariamente el patrimonio del accionista, para que el respaldo económico que tengan, se componga tanto del patrimonio de la SAS como del patrimonio del accionista.

Sobre el particular, señalan los autores YIRA LÓPEZ CASTRO y EDGAR IVÁN LEÓN ROBAYO que:

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 justificable⁹⁶. 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 contractuales⁹⁷.

⁹⁶ “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, Derecho Societario I, Op. Cit., p. 55.

⁹⁷ LEÓN ROBAYO, Op. Cit., p. 227 a 256.

Así las cosas, la conducta que despliegue este sujeto pasivo, se convierte en un elemento importante a tener en cuenta, ya que él puede escoger hasta dónde asume determinado riesgo, bien sea conociendo la información económica de la SAS o exigiéndole a sus accionistas la constitución de garantías adicionales, como bien lo puede ser la codeuda, la fianza, la obligación solidaria u otra clase de garantía personal de éstos o también garantía real como una prenda sobre bienes del accionista, entre otras, y en general, puede tomar toda una serie de medidas para minimizar el riesgo o impacto de resultar perjudicado ante determinada circunstancia. En este sentido, es esta clase de sujeto pasivo quien debe asumir el perjuicio derivado de un mal negocio con una SAS, cuando efectivamente podía conocer la información financiera de la sociedad o podía constituir garantías a su favor y no lo hizo o, haciéndolo, la pérdida superó el patrimonio que lo respaldaba, entre otras medidas que se pudieron tomar, y mal se haría en permitirle acudir ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES solicitando que se levante el velo societario de la SAS con la que contrató, para que sean también los socios que respondan solidariamente con su patrimonio, u otros accionistas distintos de los que garantizaban la obligación, o que respondan los garantes por un monto superior al asegurado, o se cumpla con otros bienes distintos a los que inicialmente respaldaban, según el caso, entre otras situaciones que se derivarían eventualmente del levantamiento del velo corporativo, ya que el acreedor voluntario tenía un panorama que le permitía medir y controlar el riesgo a asumir y no habría fundamento para pretender que sean los accionistas quienes deban padecer ese evento, más allá del patrimonio social o la garantía establecida, respectivamente.

Al respecto, encontramos fundamento doctrinario cuando el profesor CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ, citando a JUAN M. DOBSON, expresa que “(...) *por regla general puede señalarse que se requieren los siguientes elementos para la estructuración del fraude:*

- a) *Una falsa manifestación relativa a hechos, no siendo suficiente la simple emisión de opiniones o la ocultación maliciosa.*
- b) *La falsa representación debe ser sobre hechos determinantes. La falta manifestación de hechos triviales no es relevante.*
- c) *El conocimiento de la falsedad del hecho manifestado.*
- d) **No existe derecho a amparo si resulta obvio que el engaño se produjo como resultado de ignorar el perjudicado lo que cualquier persona normal hubiera debido entender o hubiera debido observar y prever.**⁹⁸ (Subrayas y negrillas fuera de texto)

⁹⁸ VELÁSQUEZ RESTREPO, Op. Cit., p. 356.

Es de resaltar la incidencia que tiene en este razonamiento, el principio general del derecho incorporado jurisprudencialmente en nuestra legislación, denominado *Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans*, acerca de que nadie puede alegar su propia torpeza o descuido*, que a su vez también se desprende del postulado de buena fe, ya que quien se pretende beneficiar de su propia culpa está faltando al deber de obrar con buena fe, razón por la cual no podría resultar favorecido por una situación que él mismo permitió o generó con su acción u omisión.

No obstante, antes de realizar el análisis sobre la conducta de este sujeto pasivo, se debe tener en cuenta el grado de diligencia que le era exigible. Relacionamos aquí el artículo 63 del Código Civil⁹⁹ que distingue las clases de culpa y dolo, de donde se deriva el deber de actuar como un buen padre de familia o un buen hombre de negocios, aclarando que según el artículo 23 de la

* “De todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen.

No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado “por un objeto o causa ilícita a sabiendas”, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquella en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe.

Pues bien: de esas y otras disposiciones del ordenamiento colombiano, es posible inducir la regla “*nemo auditur ...*” que, como tal, hace parte de nuestro derecho positivo y, específicamente, de nuestro derecho legislado. Por tanto, el juez que la aplica no hace otra cosa que actuar, al caso singular, un producto de la primera y principal fuente del derecho en Colombia: la legislación. De todo lo anterior se puede concluir que, a pesar de que la acción de tutela es un mecanismo, que por orden constitucional está exenta de las formalidades que son propias de otro tipo de acciones jurídicas, sí está sujeta a los parámetros que dentro de una hermenéutica sistemática se sustraigan del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en relación con el caso concreto, deberá tenerse en cuenta lo relativo al principio general del derecho que dice “nadie podrá alegar su propia culpa”. Sentencia C-083 de 1995 la Corte Constitucional.

⁹⁹ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS, Código Civil, Op. Cit., Art. 63. <Culpa y Dolo>. “La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

Ley 222 de 1995¹⁰⁰, los representantes legales de sociedades comerciales y demás administradores deben obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios, razón por la cual no se le puede exigir igual diligencia a un sujeto pasivo que negocia con una SAS como un representante legal de una sociedad cualquiera, que a una persona natural que contrata con la SAS para prestarle determinados servicios, pues el primero debe obrar con la suma diligencia y cuidado de un buen hombre de negocios y el segundo con la diligencia de un buen padre de familia. Siendo así, el buen padre de familia actúa con la diligencia que emplea ordinariamente un hombre en sus negocios propios y un buen hombre de negocio actúa con la diligencia que emplean los hombres juiciosos en sus negocios más importantes y delicados y por ende a la persona natural que celebra actos jurídicos con la SAS no le es exigible que pida estados financieros específicos, garantías adicionales, pólizas, etc., mientras que al representante legal de una sociedad comercial sí le es exigible esta conducta, pues debe actuar con extremado cuidado y recelo, para no dejar al azar ninguna circunstancia y asegurar el éxito en su gestión.

Ahora, si bien es importante analizar la conducta asumida por el sujeto pasivo externo, acreedor voluntario en el sentido de si actuó o no diligentemente según le fuera exigible, no menos relevante y necesario es evaluar su posición dentro del entorno económico, especialmente el campo donde los acreedores voluntarios interactúan con la SAS, es decir, el mundo comercial, ya que no podríamos medir con el mismo rasero la conducta de una persona que tiene el poder y las calidades suficientes para minimizar el riesgo, exigir la información financiera específica de manos de la SAS o la constitución de garantías adicionales, con las de la persona que por su condición en el mundo económico o en el acto jurídico a realizarse, no podría contar con dichas posibilidades, sencillamente por esta razón, es decir, un acreedor voluntario sí tenía la posibilidad de medir y controlar el riesgo y el otro no.

Esto, como una derivación del principio de igualdad consagrado como derecho fundamental expresamente en nuestra Carta Política¹⁰¹ y según el cual ha dicho la CORTE CONSTITUCIONAL que merece observancia no sólo formal, sino además material, pues el Estado no puede generar normas para iguales dentro de una sociedad llena de desigualdades y en este sentido ha manifestado el órgano de cierre en la República de Colombia, lo siguiente:

*Al respecto, la Corte Constitucional ya formuló en reciente fallo algunas precisiones sobre el sentido del referido precepto, entre las cuales, para los fines de este proceso, cabe citar las siguientes: (...) “**Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas**; ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad*

¹⁰⁰ BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222 de 1995. Bogotá: El autor, 1995. Art. 23. “Deberes de los administradores.- **Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.** Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

¹⁰¹ COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Constitución Política de Colombia, Op. Cit., Art. 13.

*formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano*¹⁰² (Subraya y negrilla fuera de texto).

Corolario de este acápite, tenemos que para la configuración de la figura del levantamiento del velo societario en Colombia, partiendo del enunciado normativo del artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y de ciertas instituciones y principios generales imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, podemos establecer la existencia de elementos objetivos y subjetivos, de tal manera que deben confluír todos en determinadas circunstancias para su realización, es decir, el accionista o administrador (sujeto activo), debe desplegar a través una SAS una actuación fraudulenta o en perjuicio de terceros (conducta y sujeto pasivo), debiendo responder aquellos solidariamente por las obligaciones o perjuicios generados (consecuencias más allá de la nulidad que menciona el citado artículo 42), debido al despliegue de esa conducta que aleja a la SAS de los fines socio-económicos que benefician el interés general y que la convierte en un instrumento para actos fraudulentos en sentido amplio, surgiendo la necesidad de salvaguardar los intereses de terceros acreedores de la persona jurídica ante el abuso cometido (objeto).

Además, aparte de dichos elementos objetivos o estructurales, se debe verificar necesariamente el componente subjetivo en su plenitud (de ambos sujetos) en aras de evitar absurdos como los ejemplificados a lo largo de este aparte del capítulo y así las cosas, es menester que el sujeto activo obre con esa intencionalidad para manipular el uso de la SAS y sus beneficios, y a su vez debe existir un sujeto pasivo acreedor voluntario que no haya obrado diligentemente* teniendo en cuenta su calidad y conducta exigible y su posición económica para poder minimizar el riesgo**.

Con todo, dados los elementos objetivos y subjetivos que han sido identificados como pautas hermenéuticas con base en el artículo 42 de la Ley SAS y en las instituciones jurídicas y principios generales de derecho vigentes en Colombia, que guardan estrecha relación con la teoría del *disregard*, se puede establecer una construcción teórica de la desestimación de la limitación de responsabilidad en la SAS por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a medida que se vayan presentando conflictos reales, lo cual, además de ayudar a concretar la figura sancionatoria en la SAS, sería también un gran referente para que la teoría del *disregard* sea desarrollada y aplicada a todos los tipos societarios en nuestro país, en aras de que se mantenga el equilibrio necesario entre la personalidad jurídica, el beneficio de limitación de responsabilidad que se otorga en ciertos tipos de sociedad y el levantamiento del velo societario.

¹⁰² BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-472 del 23 de julio de 1992, MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ G. Bogotá: El autor, 1992.

* *Vid supra* pie de página 64.

** Ello no quiere decir que no se pueda acudir eventualmente a otras acciones legales que se configuren (responsabilidad civil, estafa, nulidad, acción pauliana, etc.).

4. CONCLUSIONES

Antes de generar una conclusión general con respecto a la pregunta ¿La desestimación de la personalidad jurídica en la SAS, desnaturaliza el principio de limitación de responsabilidad de sus accionistas?, sacaremos algunas conclusiones generales sobre los temas tratados en este trabajo, a manera de preámbulo.

- La limitación de la responsabilidad en materia societaria nació como una figura excepcional con la aparición de la *commenda*, la cual fue utilizada por la aristocracia feudal para desarrollar actividades mercantiles, pues debido al reproche social que el comercio tenía para la época, éstos no podían ejercer tales actividades de forma directa y encomendaban a los mercaderes y comerciantes para que las desarrollaran. Posteriormente y con el evolucionar de las estructuras societarias y de los negocios mercantiles impulsados por la Revolución Francesa, y paulatinamente con la expedición del Código francés, este beneficio de la limitación de responsabilidad pasó de ser una regla excepcional para convertirse en un principio general de casi todos los tipos societarios.
- El atributo de la personalidad jurídica de las sociedades y los beneficios que ésta confiere, como lo son la limitación de responsabilidad para algunas y la separación patrimonial entre el ente societario y los socios individualmente considerados, ha sido referenciado por la doctrina y el derecho comparado como una necesidad para la fluidez de los negocios, la competitividad y el fomento de la constitución de empresas, lo que ha sido ratificado en nuestro ordenamiento jurídico por sentencias como la C-856 de 2004 y la C-210 de 2000, además de constituir casi que una regla general en nuestro sistema en materia de sociedades. Así lo establece el Código de Comercio con casi todos los tipos societarios, consagrando un régimen de responsabilidad limitada en sociedades como la Anónima, la de Responsabilidad Limitada, las Sociedades en Comandita (en cuanto a los socios comanditarios) y posteriormente con la ley 1258 de 2008, la Sociedad por Acciones Simplificada.
- La Sociedad por Acciones Simplificada, al ser una sociedad de capital al igual que otros tipos societarios en nuestro ordenamiento jurídico, tiene el beneficio de la responsabilidad limitada, sin embargo, su verdadera innovación la constituyen sus disposiciones normativas, las cuales consagran expresamente la exoneración de responsabilidad para los accionistas por obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza que adquiera la sociedad, lo cual conlleva a la separación patrimonial entre sociedad y socios, y manifiesta la intención clara del legislador de fomentar la formalización económica y la inversión nacional y extranjera, garantizando la intangibilidad del patrimonio personal del accionistas por cualquier deuda que pueda generar la sociedad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

- La creación de la personalidad jurídica en las sociedades de capital y de las comanditas frente a los socios comanditarios, genera el beneficio de la limitación de la responsabilidad patrimonial de los asociados hasta el monto del aporte realizado, lo cual no sólo los beneficia a ellos, sino también a sus acreedores y a los de la sociedad, de modo que los acreedores de los socios no pueden perseguir por su crédito el patrimonio de la sociedad y, los acreedores de la sociedad no pueden, en principio, hacer valer sus acreencias frente al patrimonio de los asociados.
- El atributo de la personalidad jurídica en las sociedades, es el resultado de la evolución de los negocios mercantiles, de su armonía con las instituciones jurídicas, instituciones que cada vez más deben facilitar o fomentar la constitución de inversiones que traigan dinamismo a una economía, articulando el derecho fundamental de asociación, que debido a la evolución capitalista y a la importancia de la acumulación de capitales, se hace cada vez más importante para el desarrollo de una sociedad estable. Es por esto, que dicho atributo a veces mal utilizado y otras usado como herramienta para defraudar a terceros acreedores, no debe dejar de existir, sin embargo, sí deben establecerse unos parámetros o reglas claras que nos lleven a descubrir cuáles son los supuestos de hecho y elementos que de forma excepcional pueden permitir el desconocimiento de la personalidad jurídica.
- En nuestra jurisprudencia no se siguen parámetros claros o concisos sobre la limitación de responsabilidad, sino que existen más contradicciones y ambivalencias que posturas concordantes. Esto se puede dilucidar, dado que sentencias como la SU-1023 de 2001 y la SU-636 de 2003, sobre las cuales, tal y como lo consideran importantes doctrinantes, se ha dicho han causado cierta inseguridad jurídica en lo principios de separación patrimonial y de limitación de responsabilidad. Sin embargo la sentencia C-865 de 2004, constituye una posición insular en materia de responsabilidad de los accionistas en las sociedades de capital, por cuanto señala que estos postulados mencionados previamente, son esenciales para el sistema económico, entre otras razones, porque permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la constitución económica.
- Mas allá de que cierto sector de la doctrina le atribuye a la teoría de *disregard* un carácter de subsidiariedad, concibiéndola como una sanción de *ultima ratio* que se debe aplicar ante la carencia de norma o principio que sancione una conducta abusiva o fraudulenta del accionista, en la SAS, se trata de una sanción con *carácter principal*, puesto que se encuentra expresamente consagrada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 ante determinadas circunstancias y podríamos decir mejor que si bien la subsidiariedad ayuda a que se haga una aplicación moderada de dicha teoría, la figura de la “desestimación de a personalidad jurídica” en la SAS, se aplica **sin perjuicio** de otras

normas o principios que se puedan acoplar en una situación determinada, dada la cantidad de supuestos que regula el ordenamiento jurídico colombiano, donde ante una conducta que podría generar la sanción del *disregard*, se pueden generar diversas consecuencias complementarias.

- A pesar de que el artículo que consagra la sanción del *disregard* para la SAS en la legislación colombiana se denomina “desestimación de a personalidad jurídica”, se debe entender, como lo ha manifestado el propio redactor de esa ley, Dr. FRANCISCO REYES VILLAMIZAR, que la sanción recae es sobre la limitación de responsabilidad de la cual gozan los accionistas, toda vez que la persona jurídica societaria sigue existiendo, ya que lo único que se pretende es extraer al accionista que actúa fraudulentamente, para que responda solidariamente con su patrimonio ante las obligaciones y perjuicios causados a raíz de su conducta. Así las cosas, el artículo 42 de la Ley SAS se debería denominar “desestimación de la limitación de responsabilidad”, “levantamiento o perforación del velo societario” o cualquier otra que aluda a que la característica societaria que se ve afectada con la sanción es la responsabilidad limitada del accionista hasta el monto de sus aportes.
- En principio, se podría afirmar que la sanción del *disregard* busca principalmente atacar el beneficio de limitación de responsabilidad del socio, y en virtud de ello se desprendería que éste tendría que responder subsidiariamente toda vez que sigue existiendo la persona jurídica de la sociedad y su patrimonio, además no se podría afectar injustificadamente la prenda general de los acreedores del socio o de la sociedad, pues de afirmar que la responsabilidad es solidaria, se obligaría a éstos acreedores a que concurren frente al pago de sus acreencias, con otros acreedores, deudas, etc., afectando su crédito. Sin embargo, en la SAS sí se establece expresamente que el accionista responde solidariamente y allí el legislador encuentra que es justificado el hecho de hacer concurrir a los acreedores de los accionistas y a los de la sociedad simultáneamente para el pago de sus deudas, ante la conducta fraudulenta cometida a través de una SAS, dadas las implicaciones que tiene este tipo societario en el éxito de la cadena económica y del correlativo beneficio del interés general.

Establecido lo anterior, procederemos a emitir la conclusión final, donde se dilucidará la respuesta a la pregunta arriba formulada:

- El beneficio que surge de la limitación de responsabilidad del accionista en la SAS hasta el monto de su respectivo aporte, no es absoluto más allá de lo establecido en los artículos 1 y 3 de la Ley 1258 de 2008, puesto que la misma ley establece en su artículo 42 que en eventos de fraude a la ley o perjuicio de terceros procede la “desestimación de la personalidad jurídica” y deberá el accionista responder solidariamente con su patrimonio.

- Ello, es producto del equilibrio que debe existir entre el beneficio de limitación de responsabilidad y la sanción del *disregard*, pues en ausencia de uno de los dos, se desequilibraría la situación de accionistas y acreedores en el sentido de que al accionista lo beneficia poder limitar su riesgo en los negocios que emprenda y al acreedor lo favorece que ante una conducta fraudulenta en sentido amplio, se descorra el velo corporativo que protege al socio para que sea éste también quien deba responder por los perjuicios generados.
- Esta tensión necesaria, puede no verse amenazada en el caso de la SAS por la vaga consagración de la “desestimación de la personalidad jurídica”, ya que existen en nuestra legislación suficientes normas, instituciones y principios generales de derecho con los cuales es posible, según hemos argumentado, cimentar unas fuertes bases para el desarrollo de la teoría del *disregard* en Colombia, a través de la identificación de elementos objetivos y subjetivos que permitan una aplicación concreta y segura de la sanción en comento. Sin embargo, con base en lo anterior, con el fin de mantener ese equilibrio es menester una específica elucubración teórica por parte de la jurisprudencia y la doctrina para que la efectividad de la teoría anglo-americana del *disregard* no dependa ambiguamente de la interpretación de múltiples normas, instituciones y principios dispersos en todo el ordenamiento jurídico, sino que se pueda contar con una teoría de la perforación del velo societario propia de este derecho, que permita una aplicación concreta de su sanción para los casos en que así sea realmente procedente y de esta forma se genere, por una parte, seguridad jurídica para el accionista que de buena fe invierte en una SAS con una medición y control del riesgo a asumir, y por otra parte, se genere una garantía a los acreedores en el sentido de que ante determinadas conductas proscritas para los accionistas de las SAS, acudirá efectivamente el orden jurídico para sancionar tales actos y restablecer el daño ocasionado, desestimando la limitación de responsabilidad que protegía a los socios.
- Lo anterior, en aras de conservar la confianza de accionistas y acreedores en la Sociedad por Acciones Simplificada, situación que preservaría su exitoso impacto en el entorno jurídico, social y económico, para que, como hemos manifestado en reiteradas oportunidades, se fortalezca la cadena económica del Estado, en beneficio del interés general.

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. El Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia. En: Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y Perspectivas. El Caso Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

BERNAL GUTIERREZ, Rafael. De la utilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada. En: Juris Consulta, No. 1, (1998); p. 114.

BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 de 2008. Bogotá: El autor, 2008.

-----.. Ley 222 de 1995. Bogotá: El autor, 1995.

BOGOTÁ. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia 10641 del 19 de agosto de 1999. MP. RICARDO HOYOS DUQUE. Bogotá: El autor, 1999.

BOGOTÁ. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-210 del 1 de marzo de 2000. MP Fabio Morón Díaz. Bogotá. El autor, 2000.

-----.. Sentencia C-210, 21º marzo de 2000. MP Fabio Morón Díaz. Bogotá: El autor, 2000.

-----.. Sentencia C-472 del 23 de julio de 1992, MP: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ G. Bogotá: El autor, 1992.

-----.. Sentencia C-865 de 7 de septiembre de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: El autor, 2004.

-----.. Sentencia C-865 del 07 de septiembre de 2004. MP: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL. Bogotá: El autor, 2004.

-----.. Sentencia SU-1023, 26 de septiembre de 2001. MP Jaime Córdoba Triviño. Bogotá: El autor, 2001,

-----.. Sentencia, SU-636, 31 de julio de 2003. MP Jaime Araujo Rentería. Bogotá: El autor, 2003,

BOGOTÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Negocios Generales. Sentencia Sep. 6/35. Bogotá: El autor, 1935.

-----.. Sala Laboral, radicado 53861, 26 de noviembre de 1992. MP Hugo Suescún Pujols. Bogotá: EL autor, 1992.

BORDA, Guillermo Julio. El Abuso de la Persona Jurídica en el Contrato de Sociedad, en Contratación Contemporánea 2. Bogotá: Temis-Palestra, 2001.

BRUNETTI, Antonio. Tratado del derecho de las sociedades. Buenos Aires: Uteha, 1960.

CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Bogotá: Legis, 2011.

COLOMBIA, LEYES, DECRETOS. Código Civil. Bogotá: Fundación Jurídica Colombiana, 2001.

----- . Código de Comercio. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1991.

----- . Constitución Política de Colombia. Bogotá: Leyer, 2010.

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Estatuto Tributario. Bogotá: Legis, 2005. Art. 794.

DOBSON, Juan M. El Abuso de la Personalidad Jurídica (En el Derecho Privado). 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

FOLSOM, Levasseur. Pratique du droit des affaires aux états. unis. Paris: Dalloz, 1995.

GAITÁN, José Alberto. Marco General del Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia. En: Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y Perspectivas. El Caso Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

GALGANO, Francesco. Historia del derecho mercantil. Barcelona: Laia, 1987.

GÓMEZ, José J. Bienes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983.

HARPER, George R. Ponencia al Congreso sobre la despersonalización societaria y el régimen de la responsabilidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

JARAMILLO HERRERA, Liyer Andrea. Desestimación de la Personalidad Jurídica en el Derecho Societario Colombiano. En: Revista CES DERECHO. Medellín. Vol. 2, No. 2, (Jul-Dic. 2011); p. 125-133.

LEÓN ROBAYO, Edgar Iván y LÓPEZ CASTRO, Yira. Marco General del Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia: Responsabilidad Patrimonial de los Accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

LUCARELLI MOFFO, Ricardo M. Historia de las Sociedades Comerciales. [En línea] s.p.i. Disponible en internet: <<http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>> [Consulta: 23 Mar. 2012].

MADRIÑAN DE LA TORRE, Ramón. Principios de derecho comercial. Bogotá: Temis, 2007.

MOUSSERON, Pierre. Droit des Sociétés. 2. ed. Paris: Montchrestien, 2005.

NEIRA ARCHILA, Luis. Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades. Bogotá: Temis, 2006.

OBANDO PÉREZ, Roberto. Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. [En línea] No. 25, (Ene. 2008). Disponible en internet: <<http://vlex.com/vid/71681398>> [Consulta: 20 Feb. 2012].

OTAEGUI, Julio C. Concentración Societaria. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma, 1984.

PARRA BENITEZ, Jorge. Apuntes de introducción al derecho. Medellín: Universidad de Medellín, 2002.

PELÁEZ, Enrique Alberto, Breve comentario a la Ley del año 2000 del Reino Unido de Gran Bretaña sobre *Limited Liability Partnerships*. En: Revista Electrónica de Derecho Societario. [En línea] No. 3, (2000). Disponible en internet: <www.societario.com> [Consulta: 23 Mar. 2012].

PINZON, Gabino. Sociedades Comerciales. Bogotá: Temis, 1997.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. El Abuso del Derecho. [En línea] s.p.i. Disponible en internet: <<http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/EI%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>> [Consulta: 20 Mar. 2012].

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos: introducción comparada. Bogotá: Legis, 2006.

----- . Derecho Societario I. Bogotá: Temis, 2002.

----- . Marco General del Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia: Algunas Vicisitudes del Régimen Societario Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

----- . SAS la Sociedad por Acciones Simplificada. Bogotá: Legis, 2011.

RIPERT, Georges. Traité élémentaire de droit comercial. París: Libraire générale de droit et de jurisprudence, 1951.

SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. Economía. Madrid: McGraw-Hill, 1993.

SHNEEMAN, Angela. *The Law of Corporations, Partnerships, and Sole Proprietorships*. 2. ed. New York: Lawyers Cooperative Publishing, 1997.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Nomoárquica, Prinsipialística o de los Principios Generales del Derecho*. Bogotá: Temis, 1993.

VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. *El Abuso del Derecho en Materia de sociedades*. [En línea] s.p.i. Disponible en internet: <http://carlosvelasquezasociados.com/Abuso_sociedades.pdf> [Consulta: 8 Nov. 2011].

----- . *Orden Societario*. Medellín: Señal Editora, 2004.

VENEGAS FRANCO, Alejandro y otros. *Ampliación de los Supuestos de Hecho que Autorizan el Levantamiento del Velo Corporativo en Colombia: Posibilidades y Efectos*. En: *Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y Perspectivas. El Caso Colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

VILLEGAS, Carlos Gilberto. *Derecho de las Sociedades Comerciales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.