

**LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO UNA REVISIÓN
HISTÓRICA DE LAS SENTENCIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE
SOCIEDADES**

Investigador:

ANDRES EDUARDO BERNA ROJAS

Tutora:

LAURA PATRICIA CARRASQUILLA DÍAZ

Profesora de Derecho Comercial

Cotutor:

MILTON ARRIETA LOPEZ

Profesor de Derecho Civil

LINEA DE INVESTIGACIÓN

EMPRESA Y DESARROLLO SOSTENIBLE

UNIVERSIDAD DE LA COSTA

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2018

**LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO UNA REVISIÓN HISTÓRICA
DE LAS SENTENCIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

ANDRES EDUARDO BERNA ROJAS

UNIVERSIDAD DE LA COSTA

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2018

Resumen

Se examinarán los criterios de aplicación en los que, el sistema jurídico colombiano, fundamenta la aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, figura también conocida como el *disregard of the legal entity*, por su origen en Estados Unidos. Para determinar estos criterios, realizaremos un análisis histórico del surgimiento y desarrollo de esta figura, tanto a nivel internacional, en donde haremos énfasis en los principales países que aportaron y enriquecieron su estructuración, en Colombia analizando su llegada, desarrollo y actual aplicación.

Finalmente, realizaremos un examen de una muestra de sentencias de la Superintendencia de Sociedades, en las que se plantean de forma puntual, los criterios que son tenidos en cuenta por esta entidad administrativa que cuenta con funciones jurisdiccionales, al momento de decidir en procesos donde se solicita el levantamiento del velo corporativo cuando los socios han cometido actos ilícitos, valiéndose de los beneficios constitucionales que genera el sistema jurídico colombiano para las sociedades mercantiles.

Palabras clave: Levantamiento del velo corporativo, fraude a la ley, perjuicio a terceros, responsabilidad ilimitada de los socios

Abstract

The application criteria in which the Colombian legal system bases the application of the dismissal of the legal personality of the mercantile companies will be examined, also known as the disregard of the legal entity, due to its origin in the United States. To determine these criteria, we will conduct a historical analysis of the emergence and development of this figure, both internationally, where we will emphasize the main countries that contributed and enriched its structure, as in Colombia, analyzing its arrival, development and current application. Finally, we will carry out an examination of a sample of judgments of the Superintendency of Companies, in which the criteria that are taken into account by this administrative entity that has jurisdictional functions are considered in a timely manner, when deciding on processes where requests the removal of the corporate veil when the partners have committed unlawful acts, using the constitutional benefits generated by the Colombian legal system for commercial companies.

Keywords: Corporate Veil Lifting, fraud to the law, damage to third parties, unlimited partners' liability

Contenido

	Pág.
Introducción.....	8
1.1. Planteamiento del problema.....	9
1.2. Objetivos.....	10
1.2.1. Objetivos General.....	10
1.2.2. Objetivos Específicos.....	10
1.3. Justificación.....	10
1.3.1. Justificación teórica.....	10
1.3.2. Justificación práctica.....	11
1.4. Delimitación.....	11
1.4.1. Espacial.....	11
1.4.2. Temporal.....	12
2. Marco Teórico	12
2.1 Marco conceptual.	12
2.2 Marco histórico.....	14
2.3 Estado del arte.	20
2.3.1. Piercing the veil of corporate entity.....	20
2.3.2. Levantamiento del velo corporativo latinoamericano.....	24
2.4. La personalidad Jurídica.....	27
2.4.1. Las sociedades de capital.	29
2.4.1.1. Sociedad anónima.....	32
2.4.1.2. Sociedad en comandita por acciones.....	34

2.4.1.3. Sociedad por acciones simplificada.....	35
2.5. Concepto de levantamiento del velo corporativo.....	37
2.6. Origen histórico de la desestimación de la personalidad jurídica.....	39
2.6.1. Orígenes de la figura en el mundo.....	40
2.6.1.1. Roma.....	40
2.6.1.2. Europa.....	41
2.6.1.3. Estados Unidos.....	42
2.6.1.4. Evolución a partir de su aplicación en cortes.....	47
2.6.1.5. Evolucion en Iberoamerica.....	52
2.6.1.5.1. España.....	56
2.6.1.5.2. México.....	60
2.6.1.5.3. Chile.....	62
2.6.1.5.4. Republica Dominicana.....	64
2.6.2. Llegada a Colombia.....	65
2.7. Desestimación de la personalidad jurídica y su aplicabilidad en Colombia.....	70
2.7.1. Regulación en Colombia.....	73
2.7.1.1. Constitución política de Colombia.....	75
2.7.2. Código de comercio.....	76
2.7.3. Ley 190 de 1995.....	80
2.7.4. Ley 1258 de 2008.....	82
2.7.5. Ley 222 de 1995.....	86
2.7.6. Estatuto tributario.....	87
2.8. Tipos de sociedades mercantiles a las que les es aplicable la desestimación de la personalidad jurídica.....	88

2.8.1. Sociedad Anónima.....	92
2.8.2. Sociedad en comandita por acciones.....	93
2.8.3. Sociedad por acciones simplificada.	94
2.9. El papel de la superintendencia de sociedades en el levantamiento del velo corporativo.	98
2.9.1. Análisis de una muestra de sentencias de la superintendencia de sociedades.....	101
2.9.1.1. Sentencia S801-15 del 15 marzo del 2013.....	102
2.9.1.2. Sentencia S 801-23 del 24 mayo del 2013.....	107
2.9.1.3. Sentencia S 801- 49 del 28 agosto del 2013.....	108
2.9.1.4. Sentencia S 800- 55 del 16 octubre del 2013.....	110
2.9.1.5. Sentencia S 800-90 del 22 julio del 2015.....	112
2.9.1.6. Sentencia S 800-109 del 26 agosto del 2015.....	115
2.9.1.7. Sentencia S 800-29 del 29 abril del 2017.....	118
2.9.1.8. Sentencia S 800-89 del 15 septiembre del 2017.....	120
2.9.1.9. Sentencia S 800-122 del 11 diciembre del 2017.....	122
2.9.2 Resultado del análisis realizado.....	125
3. Conclusiones.....	129
4. Referencias.....	132

Introducción

El Código de Comercio colombiano estableció, a través de su artículo 98 que, al momento de constituirse una sociedad mercantil, y luego de cumplir con los requisitos legales previstos para ello, esta crea una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, la cual se encontrará facultada para contraer y ejercer obligaciones por sí misma. Como resultado de la creación de esta personalidad jurídica, los socios se benefician de la separación de su patrimonio personal del de la sociedad, por lo que en caso que ocurra alguna crisis societaria, la prenda de garantía de los acreedores será únicamente el patrimonio de la sociedad.

No obstante, históricamente ha sido posible determinar la necesidad de desestimar la personalidad jurídica de la sociedad cuando se encuentre que la sociedad se utiliza para defraudar el ordenamiento jurídico o a terceros. Esta necesidad ha dado nacimiento a la figura conocida como el levantamiento corporativo de la sociedad, la cual, a pesar de ser necesaria, no deja de ser controversial.

Esta figura, la cual permite que los socios o accionistas respondan por las crisis de la sociedad, suele generar argumentos a favor y en contra. Por un lado, están quienes consideran la figura beneficiosa, y por otro, están quienes que representa una falta de protección a los socios o accionistas de la sociedad. Colombia no escapa de esta discusión de gran trascendencia, por lo que se hace indispensable analizar de qué manera las autoridades encargadas de llevar a la práctica esta figura, han sopesado ambas posturas.

En el presente trabajo investigativo, nos enfocaremos en la forma de aplicación de la desestimación de la persona jurídica en Colombia por parte de la Superintendencia de Sociedades y en la forma como su jurisprudencia ha evolucionado históricamente. Esto con

el objeto de establecer y definir bajo que parámetros se está desarrollando la figura del levantamiento del velo corporativo.

Capítulo 1

1.1.Planteamiento del problema.

La Constitución Política de Colombia protege la iniciativa de todo aquel que desee constituir empresa como base del desarrollo cumpliendo una función social, en lo que se conoce como la libertad económica de empresa. No obstante, también establece la misma Constitución es su artículo 333 que estará a cargo del Estado el evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La facultad dada por el artículo 98 del código de comercio, al instituir que una sociedad mercantil forma una persona jurídica distinta a la de sus socios o accionistas, crea sobre ellos un velo que blinda su patrimonio, al no ser comprometidos de manera directa. No obstante, la protección no es absoluta, dado que el artículo 42 de la Ley 1258 del 2008 establece que cuando los socios se lleguen a aprovechar del velo corporativo otorgado por la ley para realizar actos fraudulentos, deberán responder solidariamente por las obligaciones nacidas en estos actos causados.

Dada la anterior problemática, se consideró necesario desplegar un estudio serio sobre la materia, indicando cómo la desestimación de la persona jurídica llegó a nuestro país y, la forma de aplicabilidad que le está dando la superintendencia sociedades al tema, lo que nos permitirá determinar:

¿Bajo qué criterios se está aplicando la figura del levantamiento del velo corporativo en Colombia?

1.2. Objetivos**1.2.1 Objetivo general**

Determinar los criterios de aplicación utilizados por la Superintendencia de Sociedades para la figura del levantamiento del velo corporativo en Colombia

1.2.2 Objetivos Específicos

- Identificar el origen histórico de la desestimación de la personalidad jurídica y la forma como se aplicaba en sus inicios.
- Analizar antecedentes que dieron paso a la llegada de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica en Colombia.
- Identificar tipo de sociedades comerciales se le aplica el levantamiento del velo corporativo y las implicaciones que conlleva su aplicación.
- Determinar parámetros uniformes aplicados por las superintendencias de sociedades a todos los casos de desestimación de la personalidad jurídica dirigido a las sociedades mercantiles.

1.3. Justificación**1.3.1 Justificación Teórica.**

El presente análisis encuentra su alcance e importancia en las relaciones activas y pasivas que surgen como resultado del ejercicio del comercio, ayudando de manera eficiente al desarrollo económico y social del país, dado su gran importancia la constitución de Colombia ayuda a la creación y preservación de empresas generando una serie de

beneficios a esos pequeños comerciantes y generando en ellos una capacidad para sellar sus relaciones comerciales. Estos comerciantes, al constituirse como sociedades mercantiles la ley 222 del 1995 y el artículo 98 del código de comercio, le es otorgada como beneficio la personalidad jurídica a la empresa unipersonal.

Es importante establecer cuáles son las reglas bajo las cuales se está aplicando a estos comerciantes la protección otorgada por el reconocimiento de la personalidad jurídica, para así poder determinar los casos en que está siendo usada para defraudar el ordenamiento jurídico o a terceros de manera ilegal no apoyándose de su patrimonio personal.

De aquí justifico mi investigación: En primer lugar, cuáles son los criterios de aplicación de la figura del velo corporativo en Colombia. En segundo lugar, bajo qué criterios normativos la superintendencia de sociedades se encuentra actuando en estos casos y a que sociedad se aplican. Y por último, en tercer lugar, establecer puntos de vistas para saber si la figura es o no beneficiosa para los comerciantes y terceros.

1.3.2 Justificación Practica.

Las conclusiones producto de este estudio, nos llevarán a establecer de una forma mas clara el alcance de la protección a la personalidad juridica, los beneficios que esta conlleva, la forma de aplicación, la severidad que implica el levantamiento de la personalidad juridica, produciendo así un estudio que le permita a todos los interesados, generar un conocimiento sobre las implicaciones y procedencia de la aplicación de esta figura.

1.4 Delimitación

1.4.1 Espacial

Este estudio se realizó con base en la legislación de Colombia.

1.4.2 Temporal

La presente investigación se ampara en lo establecido en la Constitución Política de Colombia de 1991, según lo establecido en su artículo 333, y en desarrollo de este articulado lo estipulado en diferentes leyes tales como la Ley 190 de 1995. La Ley 80 de 1993 y la Ley 222 de 1995, entre otras, y los pronunciamientos de las altas cortes, el estatuto tributario en sus artículos 794-1, 319-9.

2. Marco Teórico

2.1. Marco conceptual

Sociedades mercantiles: Contrato asociativo y de organización con intereses coincidentes en una dirección u proporcionen ventajas económicas, a los socios del fondo común.

(Rodríguez & Rodríguez, 2000)

Abuso del derecho: El abuso del derecho es aquel ejercicio desmedido e ilegítimo de un derecho por su titular desconociendo su función social, lo anterior, conlleva al contrasentido de la misma función del derecho, generando una ruptura con la finalidad que tiene la norma, ejerciendo conductas abusivas sobre alguna de las partes del contrato o de aquellas personas que no fueron partícipes de la relación contractual, es decir terceros “Se abusaría del derecho cuando su utilización sea contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta para reconocerlo o permitir su ejercicio, o cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres. (DOBSON, 2015)

Fraude a la ley: En los negocios el fraude de la ley, la libertad de configuración propia de la autonomía privada se ejercita para alcanzar un resultado incompatible con el establecido por las leyes al que las leyes asocian imperativamente consecuencias que las partes pretender rehuir (Salvador, 1991)

Fraude a terceros: se considera el fraude a terceros cuando se usa la sociedad como un vehículo para eludir las obligaciones respecto de los acreedores, donde generalmente son obligaciones crediticias que la sociedad se abstiene de cumplir y sus socios se escudan en la personalidad jurídica, producto de esta obligación entre la sociedad y el acreedor o de la relación jurídica, la sociedad se vio beneficiada y por el contrario el acreedor se ve perjudicado por el actuar de la sociedad que sale de la esfera de lo lícito, cabe mencionar que el fraude a terceros no es la sola existencia de una deuda u obligación crediticia con un tercero, si no que esta se compone por el actuar ilícito y engañoso de los socios por medio de la sociedad para no satisfacer una obligación (Córdoba, 2006).

Actos fraudulentos: Falta contra la lealtad debida a la administración de justicia, el consejo, el patrocinio o la intervención “en actos fraudulentos” detrimento de intereses ajenos, lo que buscó el legislador fue castigar el engaño en cualquiera de sus modalidades, es decir, reprimir los comportamientos del abogado en ejercicio que resulten contrarios a la verdad, e igualmente, cualquier conducta de aquél tendiente a evadir una disposición legal, y que en todo caso causen perjuicio a un tercero (Corte Constitucional C-393 - 2006).

Derecho de asociación: se presenta multiplicidad de personas en la realización de una tarea, esta se desarrollará de forma más fácil. Cuando los individuos se reúnen para encaminar esfuerzos, reducir costos y lograr la materialización de objetivos en común, es

mucho más sencillo que lograrlo de forma particular (Reyes, 2016).

2.2. Marco histórico

La presente investigación tiene como finalidad recopilar, exponer y dar a conocer información necesaria y relacionada con términos propios de este estudio, con la intención de que el lector pueda introducirse y relacionarse con los aspectos más importantes relacionados con la figura del levantamiento del velo corporativo. En este orden de ideas nos encargaremos de narrar la secuencia de los antecedentes legales internacionales y en Colombia acerca de la constitución de la personalidad jurídica y a el levantamiento de la misma.

Todos hemos sido testigos de cómo el exceso de liberalismo en el sector societario ha llevado a múltiples crisis económicas. Situaciones estas que ya no se circunscriben en una exclusividad a un solo estado, sino que terminan por afectar a todo el mundo debido a la interdependencia económica facilitada por la globalización. Es importante tener en cuenta que gracias al crecimiento societario se puede gozar de un desarrollo económico, pero este ha sido usado para doblar el fin llevando a no ser tan éticos que los conlleva a cometer delitos.

En este sentido el derecho y la economía se han tenido que unir para llevar una balanza en donde se busque un crecimiento económico que no afecte al estado para lograr perfeccionar un estado social de derecho. Para esto el sistema crea una valoración de costos que a través del derecho logra regular de manera correcta los medios coercitivos y facilitar el crecimiento y la justicia. El Levantamiento del velo societario, se creó como una de las garantías que tiene el estado a través del derecho para evitar que el crecimiento económico no afecte el interés del estado y de la sociedad, para evitar un caos generando para

Colombia consecuencias negativas que afectan la inversión extranjera y a la sociedad completa. Para poder hablar de la historia del levantamiento del velo corporativo es de suma importancia empezar a establecer primero como empezó la personalidad jurídica globalmente.

La idea de una colectividad que actúa en representación y nombre propio es probablemente tan antigua como la humanidad misma. De acuerdo con la doctrina, en Roma no se manejó el concepto de lo que a la fecha conocemos como persona jurídica, sino que en base al método casuístico que estos utilizaban, determinaban si ciertos entes que estaban conformados por un conjunto de personas naturales podían realizar ciertos actos o negocios jurídicos en su plenitud basándose en la capacidad que estos tenían para la realización de las mismas. Como lo manifiesta IGLESIAS (1958, p. 157): “la regulación que los romanos dieron a lo que se denomina ‘Personas Jurídicas’ responde a la imperiosa necesidad que tiene la norma jurídica de salvaguardar los fundamentales intereses del hombre es dar forma jurídica a organizaciones humanas que imprimen al patrimonio un sentido social a la vez que aseguran su estabilidad y su continuidad”.

La regulación que los romanos dieron a lo que se denomina Personas Jurídicas responde a la imperiosa necesidad que tiene la norma jurídica de salvaguardar los fundamentales intereses del hombre es dar forma jurídica a organizaciones humanas que imprimen al patrimonio un sentido social a la vez que aseguran su estabilidad y su continuidad.

La responsabilidad en el derecho romano parece inicialmente haber sido ilimitada en tres aspectos. Primero, los miembros de una sociedad de personas, en

términos modernos fueron todos ellos responsables por las deudas de la sociedad y por las deudas de cada uno de ellos. Segundo, no se reconocieron ninguna clase de restricciones relativas a las sumas a ser pagadas en caso de daño. Y tercero, la responsabilidad civil por el daño de otro fue utilizada de manera amplia.

A pesar de esto, algunos doctrinantes han trazado el origen de la responsabilidad limitada en el Occidente al Derecho Romano. Se menciona el caso del *pater familias*, que fue hecho responsable por las deudas de sus empleados únicamente por las sumas confiadas al empleado respectivo. Estos indicios de responsabilidad limitada se encuentran en el Derecho Romano. Luego de la disolución del Imperio Romano de Occidente, el principio de la responsabilidad ilimitada y solidaria existió como la regla general en el comercio del Mediterráneo durante los siglos XII y XIII. Los expertos comentan que el uso generalizado del principio de la responsabilidad ilimitada fue tal por cuanto aparecía ser la manera más eficiente de asegurar el mantenimiento de las obligaciones comerciales. En la medida que terceros se unieron a los negocios existentes, y el comercio se expandió más allá de los límites familiares y otras relaciones cercanas, se hizo cada vez más costosa la exposición a la responsabilidad ilimitada que surgiera de operaciones dominadas por gerentes vinculados estrechamente entre ellos en el contexto familiar, pero que de otra manera no debían ninguna lealtad a nuevos inversionistas. Como resultado, era necesario encontrar una nueva forma para hacer negocios a través de la utilización de la forma corporativa en el Occidente.

Durante el siglo XVI las cartas de constitución contemplaban la posibilidad de otorgar responsabilidad limitada a las corporaciones constituidas. Sin embargo,

muchos expertos están de acuerdo en que la noción de responsabilidad limitada corporativa surgió de una manera sistemática en Inglaterra durante el siglo XVII. De hecho, en 1612 el jurista Sir Edward Coke escribió que la responsabilidad limitada era una de “los atributos esenciales de la corporación”. En 1633, la British Fishery Society solicitó limitar la responsabilidad de sus accionistas a la suma del capital invertido. Posteriormente, en 1662, los accionistas de la British Fishery Society, la British East India Company, y la Royal African Company obtuvieron responsabilidad limitada mediante una ley del parlamento. Esta Ley vino a encarnar lo que se considera hoy como el comienzo del principio de que “la responsabilidad de los miembros de una compañía constituida era ilimitada salvo que su carta de constitución especifique que era limitada” (FIGUEROA, 2011, p. 33).

Pero no fue sino hasta la mitad del siglo XIX cuando la acción legislativa definitiva tomó lugar en Inglaterra en cuanto a que la responsabilidad corporativa limitada fue reconocida como una regla legal reconociendo un estándar universal. En efecto, la Ley de Responsabilidad Limitada de Inglaterra fue la primera que permitió responsabilidad limitada. Entonces, la separación y la responsabilidad limitada se transformaron en dos características enteramente distinguibles, aunque relacionadas, de la forma corporativa en el derecho común a través de un proceso que comenzó a mediados del siglo XIX, y se consolidó a comienzos del siglo XX” (FIGUEROA, 2011, p. 35).

Por su parte, en Estado Unidos se encontraba en formación una visión tradicional de la “corporación” en el mismo lapso histórico donde Inglaterra hablaba de “Unidad jurídica separada”

Según ABRAMSON (2006, p. 194), “la naturaleza independiente, desprendida, separada de la corporación desde sus dueños (accionistas) sin duda ha llegado a ser “un principio fundamental del derecho Anglo-Americano”.

Por su parte, WORMSER (1927, p. 469) señaló que “ya en el siglo XIX dos grandes principios relativos a las corporaciones estaban vigentes: la existencia de la corporación de manera separada de sus accionistas, y el hecho de que la corporación “únicamente podía ser creada mediante un acto del Estado”. El jurista estadounidense, Wormser quizás el primero en proponer la doctrina del levantamiento del velo en los Estados Unidos en 1912, adhirió a la teoría de la personalidad “ficticia”, también llamada “la ficción de la corporación”, o “personalidad artificial”.

Bajo esta teoría la corporación es vista como “casi humana”, queriendo decir que aún cuando existen ciertas circunstancias en las cuales la corporación debería ser tratada casi como una persona natural, también reconoce que la corporación nunca puede ser lo mismo que una persona. Posteriormente en 1947, el profesor Berle expandió la perspectiva de “separación” de la corporación cuando propuso que el concepto de “entidad económica”. Conforme a esta visión, las corporaciones relacionadas pueden ser vistas como una unidad económica única de manera que, de hecho, el velo de cada corporación es levantado para obtener el beneficio de la totalidad del patrimonio de todas las corporaciones involucradas. Dicho de otra manera, la realidad de que todas las compañías involucradas son, de hecho, una sola compañía, prevalece por sobre la pluralidad de expresiones formales de esta misma unidad económica.

“No se dictaron leyes que incluían responsabilidad limitada a través de los

distintos estados de Estados Unidos de manera inicial, debido a que muchas de estas jurisdicciones imponían responsabilidad sobre los accionistas en un número de áreas del derecho sobre distintos fundamentos legales. Por ejemplo, en 1808 Massachusetts se transformó en el primer estado en pasar una ley general sobre otorgamiento de cartas de constitución, pero dicha ley no incluyó una norma permitiendo la responsabilidad limitada de los accionistas. Sin embargo, con el paso del tiempo creció la presión para que las jurisdicciones estatales dictaran leyes de responsabilidad limitada o por lo menos para que derogaran leyes sobre responsabilidad ilimitada” (Brown, 1813, p.8).

Según señala FIGUEROA (2011, p.43):

“Massachusetts dejó sin efecto su ley de responsabilidad ilimitada en 1830, pero continuó otorgando responsabilidad limitada únicamente vía una carta especial de constitución hasta 1839, cuando finalmente adoptó una nueva ley general de corporaciones con responsabilidad limitada. La responsabilidad limitada llegó a ser así la regla subsidiaria en materia de asociaciones de negocios hace cerca de 150 años en los Estados Unidos. Entonces, la responsabilidad limitada fue aceptada plenamente en los Estados Unidos décadas antes de que lo fuera en Inglaterra. Más de trescientas corporaciones de negocios fueron constituidas únicamente entre 1783 y 1801 en los Estados Unidos. A pesar de los amplios sentimientos positivos hacia lo que había devenido en el concepto sacrosanto de la responsabilidad limitada, el concepto no fue recibido con un entusiasmo unánime en los Estados Unidos. De hecho, durante la Gran Depresión los tribunales impusieron responsabilidad limitada sobre los accionistas bancarios, situación que llevó al gobierno a responder con un programa de “depósito de seguro federal y con monitoreo regulatorio comprensivo”.

De esta manera, actualmente el levantamiento de la personalidad jurídica es una característica atractiva de la corporación, puesto que, dependiendo del tipo de sociedad escogida, podría asegurar una total separación de su patrimonio personal, del capital invertido en la empresa, en caso de insolvencia.

2.3.Estado del arte

A continuación, algunos antecedentes relacionados al tema de investigación:

2.3.1. Piercing the veil of corporate entity: Maurice Wormser, Universidad de Illinois, Universidad de Columbia, 1912

En este documento el Autor tiene como objetivo principal abordar el tema de las corporaciones y del fraude que las mismas causaban, no dejando afuera las actuaciones de las cortes de EUU, siendo las primeras sentencias en tema del levantamiento del velo corporativo. (Documento Traducido al español)

Tal vez no hay dos autoridades sobre la ley de las corporaciones que estén de acuerdo en cuanto a la naturaleza exacta de la entidad legal corporativa y la personalidad corporativa. Las corporaciones han sido consideradas como " asociaciones de individuos", como personalidades, simplemente como "la suma de las relaciones jurídicas" en relación con la empresa corporativa. Incluso se han vestido como personas reales y se han tratado de una manera bastante antropo. Un escritor brillante ha sugerido recientemente que la co-entidad no es imaginaria o ficticia, sino bastante real, donde la personalidad corporada es una ficción cuyo origen debe ser la tendencia psicológica hacia la personificación. El propósito del escritor es discutir sobre estos buzos. consiéntase en la tentadora pero inútil discusión más física que legal- en cuanto a

la verdadera anatomía del corpus cinematográfico. El problema difícil para el abogado de la corporación es aprender cómo emplear el concepto, saber cuándo la teoría de la existencia de una corporación es intrínseca y separada de la de sus accionistas y, por otro lado, ignorarla sin temor. Todos los redactores de la ley de la corporación están de acuerdo en que ciertas ocasiones, una corporación debe ser considerada como separado y aparte de los accionistas individuales. Todos los escritores coinciden en que, en algunos casos, esta entidad no debe tenerse en cuenta. A veces miramos a la unidad corporativa, otras veces la vemos como una colección de ¿Cuándo debería adherirse el concepto de entidad corporativa? ¿Debería descartarse?

El concepto no es un "sésamo abierto", que abrirá puertas. Cuándo usarlo, cuándo ignorarlo, es el dilema que se posee da el alcance y el propósito de este artículo que proporciona una respuesta e indicar en qué clases de casos se debe ignorar el "concepto de entidad"; dicho sea de paso, a cómo los tribunales, una y otra vez, han frustrado cada intento de cometer iniquidad, perpetrar fraude, no ser cómplice, o realizar errores, bajo el disfraz, y detrás del velo, de la existencia corporativa. La negativa de permitir que los quiddits y quilllets se interpongan en el camino de la justicia mejor ejemplificados.

A menudo se ha afirmado que los tribunales se adhieren a la teoría de la entidad a pesar de que se produzca una gran falta de justicia. Es bastante cierto que la equidad, menos avergonzada o las ficciones que un tribunal de justicia, están más dispuestos a analizar y mirar a los partidos reales en interés. Sin embargo, la ley se ha negado, una y otra vez, a ser atravesado por ideas corporativas lógicas y medievales, que frecuentemente distorsionan u ocultan la verdad. Esta palabra de advertencia, desde el principio: mientras que la equidad más voluntaria y más frecuente a la corporación

como una colección de personas que no son de derecho, sin embargo, como se verá, la regla en los tribunales de justicia se dobla.

Ya en 1809, se percibió que en muchos casos la aplicación literal de la noción de que una corporación es solo una entidad legal, y nada más, sería una injusticia. -La Corte Suprema de los Estados Unidos, desde su génesis, se había hecho cargo del lenguaje de los libros de anuarios, y proclamaba su lealtad; había acordado con Coke que "un conjunto de corporaciones de muchos es invisible, inmortal, y descansa solo en la intención y consideración de la ley". Ahora, si una corporación es meramente una entidad legal, si está vestido solo con invisibilidad e intangibilidad, no podría, por supuesto, ser ciudadano de un estado. La constitución federal, sin embargo, en el artículo tres, sección dos, limita, entre otras cosas, la jurisdicción de los tribunales federales "a controversias entre ciudadanos de diferentes estados".

En 1809, Chief. Justice Marshall, por lo tanto, para preservar la jurisdicción de los tribunales federales sobre las corporaciones se vio obligado a mirar más allá de la entidad "al carácter de los individuos que componen la corporación". El tribunal proclamó que "sustancialmente y esencialmente" las partes de la demanda son los accionistas, y que, de sus varias ciudadanías, se tomaría conocimiento. No está dentro del alcance de este artículo discutir el desarrollo y la historia de este fallo ahora repudiado.

La teoría actual de la jurisdicción federal es que una asociación corpus de personas, ciudadanos, ficción legal arbitraria fortificada y apuntalada de que estas personas son ciudadanas de la entidad paterna. La otra teoría considera una corporación, a todos los intentos y propósitos como persona, aunque un hijo artificial, capaz de ser tratado como un ciudadano de la misma manera que una persona natural.

Es simplemente necesario, para los presentes propósitos, anotar tempranamente como I809, que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no consideró razonable que la operación del concepto debería mitigar la expulsión de los tribunales federales de su importante jurisdicción sobre las corporaciones, un resultado que La adherencia a la teoría de la entidad corporativa sería *inevitable*. Ya en ese día, "los tribunales han dejado de lado el aspecto de los personajes individuales".

La brecha en la muralla había sido hecha. El *wark bul mediae* había sido asaltado. La decisión de ordenar, aunque más tarde *disregarded* y revocada, de hecho, él mismo se dice que han manifestado su impaciencia con había servido para indicar que un TCR CLEA perspectiva seguida a menudo en la web (o como el Sr. Taylor probablemente diría, la tela de araña) de la entidad corporativa fue ignorada. Una importante y más esclarecedora línea de casos en que los tribunales se niegan a ser atados por la teoría de la entidad se ve en los numerosos casos de impaciencia judicial con todos los intentos de obstaculizar, retrasar o defraudar a los acreedores mediante incorporaciones "ficticias". En todos esos casos, los tribunales, ya sea de derecho, de equidad o de quiebra, no vacilan en penetrar el velo y mirar más allá de la entidad jurídica hacia los beneficiarios reales y sustanciales. La decisión del Tribunal de Apelaciones de Nueva York en *Booth v. Bunce* es una de las primeras en señalarse. En ese caso, los miembros de una unidad de una sociedad financieramente avergonzada formaron una corporación manufacturera, bajo las leyes generales de la corporación. Luego le transfirieron la propiedad de la sociedad. X era un acreedor neto de la sociedad; Y, de la corporación. La cuestión de la cuestión, un concurso entre ellos para asegurar sus respectivas propiedades personales determinadas transferidas por la sociedad socia. El tribunal sostuvo que X se haría cargo

de la transferencia de la propiedad, ya que parecía que la c se había formado de mala fe y con la intención de defraudar a los acreedores.

Las escrituras, obligaciones, contratos, sentencias e incluso organismos corporativos pueden ser los instrumentos a través de los cuales las partes pueden obtener las ventajas más injustas. Se han recurrido a todos estos dispositivos e instrumentos para encubrir el fraude, pero siempre la ley es invocada, todos los instrumentos son declarados nulos, son letra muerta perfecta, la ley los considera, como si nunca hubieran sido ejecutados (WOEMSER, 1912).

2.3.2. Levantamiento del velo corporativo latinoamericano: Dante Figueroa, editorial el Jurista, Santiago de Chile, 2011

No existe consenso sobre la noción central de la idea de corporación en el derecho estadounidense. De las muchas teorías que intentan proveer una definición sobre la naturaleza legal de la corporación, dos son las más importantes: la perspectiva contractualista y la visión estatista. La última, y quizás la más dominante, percibe el proceso de registro de una corporación como un “privilegio” otorgado por el gobierno a sus ciudadanos. De acuerdo a este punto de vista, es el gobierno el que permite el nacimiento de una corporación; por lo tanto, es el gobierno igualmente el que posee el poder para regular todos los aspectos relacionados con la existencia de la corporación y su terminación. Bajo esta doctrina, el derecho a usar la forma corporativa existe en conjunto con el deber de ejercerlo responsablemente. Así, en aquellos casos en que existe un abuso de la forma corporativa, el gobierno tiene derecho a retirar dicho “privilegio”. Esta noción probablemente dio lugar al concepto contemporáneo de

“responsabilidad corporativa social” como un estándar de conducta para las empresas multinacionales dentro del actual contexto de fuerte crítica al uso del escudo corporativo por estas entidades. Se ha dicho que la responsabilidad limitada “invita a la irresponsabilidad financiera”. Esta teoría ha avanzado bastante terreno en la mentalidad promedio del pueblo estadounidense a lo largo de los años.

por otra parte, la visión contractualista explica la naturaleza de la forma corporativa como un acuerdo privado entre partes privadas, esto es, similar a aquel que existe en cualquier contrato. Esta doctrina sobre la “naturaleza contractual” de la corporación explica que la responsabilidad limitada es un resultado del estado natural de la forma corporativa, esto es, que la responsabilidad limitada encuentra su fuente en la voluntad común y libre de las partes y no en la acción o en la intervención del gobierno. La teoría también sostiene que los gobiernos deberían respetar este orden natural y que, como resultado, los tribunales deberían únicamente levantar el velo en casos de violaciones contractuales.

Estos puntos de vista son discrepantes sobre la naturaleza de la corporación. Estas visiones diversas sobre la naturaleza de la corporación no carecen de relevancia en los Estados Unidos. Si se concede o no responsabilidad limitada a una entidad legal aún enciende un debate caluroso en la sociedad estadounidense. En efecto, si un tribunal levantará o no el velo en un caso particular depende de qué teoría sobre la naturaleza jurídica de la corporación aplica dicho tribunal. Algunas jurisdicciones estatales dentro de los Estados Unidos han demostrado ser más propensas a demoler el escudo de responsabilidad limitada, bien sea basados en leyes o en precedentes judiciales; mientras que otros tribunales han montado una defensa firme del velo corporativo. De esta manera, los tribunales que suscriban a la teoría contractual probablemente tendrán

menos disposición a levantar el velo que aquellas adherentes al enfoque del “privilegio”.

En definitiva, la recepción de la doctrina del levantamiento del velo en los Estados Unidos a nivel estatal refleja la actitud subyacente del pueblo estadounidense hacia el concepto de responsabilidad limitada, esto es, hacia el mundo corporativo y, de manera última, hacia la riqueza misma. Así como sucede con muchos conceptos fundamentales del derecho común, simplemente no existe una teoría única que explique la naturaleza legal de las corporaciones. Esta realidad, como se procederá a examinar, afecta todo el edificio del derecho corporativo, especialmente la teoría del levantamiento del velo.

(...) Durante el siglo veinte la expansión de la teoría del levantamiento del velo giró principalmente en torno al concepto de fraude en el contexto corporativo. De hecho, el fraude es un fundamento rico para el levantamiento del velo por cuanto surge en una variedad de contextos: incluyendo mentiras o descripciones engañosas sobre el propósito de la entidad, su capital, deudas, patrimonio, independencia, la identidad de sus representantes, o en otras representaciones efectuadas a terceras partes. El fraude también puede involucrar avaricia, de esta manera implicando una transferencia ilícita de propiedad (dinero o bienes) que no pertenecen a quien los transfiere. En consecuencia, una gran variedad de partes interesadas, incluyendo accionistas, directores, ejecutivos corporativos, contadores, y otros, e incluso las corporaciones mismas, pueden estar involucrados o coludidos para perpetuar fraudes en contextos muy diversos e infinitos (FIGUEROA, 2011).

2.4. La personalidad jurídica

Es casi imposible sintetizar sobre este tema de relevancia jurídica, que reviste el levantamiento de la personalidad jurídica en nuestro sistema, sería imposible no tocar la personalidad jurídica que le suministra el estado para la constitución de las sociedades mercantiles.

La personalidad jurídica es una realidad social a la que se le suministra individualidad propia, distinta a la de cada una de socios; que actúa como un organismo autónomo teniendo como finalidad un patrimonio, no dejando de lado el poder de representación que tiene esta persona ficticia, este representante actúa como un mandatario, al no solo representar a la persona jurídica si no al interés de cada uno de los socios que la integran, podríamos decir que no es más que una práctica jurídica que separa las autonomías patrimoniales de las personas naturales a un ente societario con nacimiento en el comercio.

Tal como explica VIVANTES (1932):

“Las sociedades mercantiles son personas jurídicas, es decir, organismos autónomos provistos de derechos patrimoniales. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles es una conquista del derecho medieval italiano. El derecho romano reguló los efectos del contrato social, pero no se formó el concepto general de un patrimonio social distinto del de los socios y administrado por todos o alguno de ellos. Si bien en la vida romana ocurrió constituir contractualmente una caja social a fin de no liquidar de cuando en cuando las ganancias o pérdidas de cada negocio, aquella caja vino siempre

considerada como copropiedad de los socios, contra la que los acreedores podían accionar como si fuese una porción del patrimonio del deudor (...)”

Esta percepción de unión patrimonial fue superándose a través del tiempo, que logro desligarse de los socios individualmente, llegando a ser constituido legalmente un nuevo ente societario.

La doctrina moderna valora la separación del patrimonio de los socios o accionistas del ente societario ya formado en la doctrina clásica.

En otras palabras, su formación como una persona jurídica es determinante, puesto que se genera la separación del patrimonio de la sociedad del de sus asociados individualmente considerados y, en consecuencia, la limitación de la responsabilidad de los socios, esto es, la limitación del riesgo que asumen los socios por el monto de lo aportado al fondo social. Por lo tanto, será el fondo social común el que garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a terceros y el que facilite el desarrollo de las actividades de la sociedad (PEÑA, 2011).

Abandonado el tema doctrinal de la personalidad jurídica, es importante entrar a las disposiciones legislativas colombianas el decreto 410 de 1971 en el cual se creó el Código de Comercio indica en su artículo 98:

“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.”

Del caso en concreto la Corte Constitucional, en su sentencia C-90 de 2014, anexa que la personalidad jurídica va de la mano con el derecho a la asociación la cual tiene como objetivo lo siguiente:

“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 objetivo 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 jurídico”.

Podremos sintetizar, la persona jurídica tiene claramente una autonomía patrimonial que ya existe entre el patrimonio de los socios y la sociedad, que fue entregada por el estado para que las personas del común organicen sus actividades con el fin que el orden jurídico estima amparables, no sienta la sociedad la única beneficiada, dado que favorece en los avances económicos, permitiendo anular esfuerzos bajo un interés común y un solo patrimonio. La personalidad jurídica es catalogada como un ente colectivo múltiple en el sentido que es integrada por un conjunto de personas naturales o jurídicas.

2.4.1. Las sociedades de capital

No es fácil llegar a una única definición del concepto de sociedades de capital y con él, todo lo que le conecta, sin hablar de temas como las sociedades y el derecho de asociación, dado que con el desarrollo de estos estudios fueron los que les dio una apertura a “las sociedades de capital”.

Las mismas relaciones comerciales entre personas dieron como resultado las primeras formas de organización del ser humano. Es claro que siempre hemos tenido la necesidad de agruparnos para realizar objetivos de manera rápida y eficaz. “Las primeras formas asociativas fueron muy precarias, pero desde sus comienzos influyeron en el comercio y la economía. Cada forma asociativa fue apareciendo en distintos momentos de la historia y su finalidad inicial permitió satisfacer necesidades” (CASCANTE & DUQUE, 2015).

Las asociaciones están hechas para satisfacer necesidades y ayudar a la economía, como lo indico Cascante y Duque; en la actualidad gozamos de algunos privilegios, estos conjuntos de personas hacen una economía productiva en nuestro país, ayudando a la generación de empleos formales, generan bienes y servicios, entre muchos otros. Una sociedad comercial o mercantil tiene como objetivo la ejecución de actos de comercio regulados por la ley, generando para ellos una personalidad jurídica constituyendo un patrimonio con un fin lucrativo.

Es claro que, de las instituciones del derecho mercantil, ninguna se ha dado un desarrollo como lo tiene el contrato sociedades, el problema es que en Colombia no se ha dado un predominio que ya existe en otros países generando con esto numerosas combinaciones.

En Colombia, existen tres clases de sociedades mercantiles, las sociedades de capital, las sociedades de personas y las mixtas, las cuales terminan teniendo características de ambas. Las sociedades de personas son aquellas en las que se conocen todos los socios y en la cual tanto en la sociedad como en los negocios responden con su patrimonio, solidaria e ilimitadamente con las obligaciones, lo que les da derecho a todos los socios de administrar la sociedad.

Las sociedades de capital es el tema abordar dado que se había generado un vacío en el momento de su constitución de este tipo de sociedades, dado que no determina quienes son los socios y estos solo responden hasta el monto de sus aportes por las obligaciones sociales. A esta clasificación pertenecen las sociedades anónimas y comanditas por acciones.

Según la corte constitucional en Sentencia C-831 de 2010 define en relación con el tema estudiado que:

“...El fundamento que motiva su creación es la constitución de un capital social que permita la explotación económica de un proyecto en común o una empresa, ésta es la razón por la que sus aportes se representan a través de títulos de fácil circulación, que se denominan acciones. Esta forma de titularidad desplaza la figura del propietario por la del accionista en procura de una mejor circulación de los títulos. Así mismo, esta forma de organización societaria exige que la representación y administración no esté en cabeza de todos los socios, sino que, es necesario el nombramiento de administradores y revisores fiscales que promuevan y vigilen las actividades societarias. Por consiguiente, una vez que el asociado

realice el aporte al capital, su voluntad adquiere una característica anónima.

El principal efecto de la anónima inversión, es que la persona queda desvinculada de las responsabilidades y obligaciones que asuma la sociedad... ”.

Queda claro que el principal efecto de las sociedades de capital está en la responsabilidad y la obligación que se asume en una sociedad. En este tipo de sociedades los asociados pasan a un carácter desapercibido con respecto a los terceros, en razón que sus responsabilidades son derivadas a sus aportes o cuotas partes; teniendo claro que la compañía responde por la obligación hasta el límite de su patrimonio.

Las obligaciones de estos socios van dentro de la sociedad, es decir no trasciende a terceros que tengan negocios con la compañía o la sociedad, por este tipo de beneficio los socios tienen la capacidad de cambiar sus accionistas cada vez que lo deseen, incluso algunas de estas se encuentran representadas por títulos nominativos que tramitan y acreditan los derechos de estos socios.

El código de comercio en su artículo 373 establece:

“La sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; será administrada por gestores temporales y revocables y tendrá una denominación seguida de las palabras "Sociedad Anónima" o de las letras "S.A."

Estas sociedades constituidas crean como anteriormente he mencionado una persona jurídica distinta a la de los socios, sin importar el carácter personal o de capital.

2.4.1.1. Sociedad anónima

Este tipo de sociedad es supremamente capitalista, fue hecha especialmente para dar participación a numerosos socios, que tienen como facultad determinadas acciones que pueden ser transmitidas libremente. Este tipo de aportes a los socios beneficia dado que no podrán responder personalmente por deudas que la sociedad contraiga con terceros, la sociedad responde con los aportes que tenga la misma.

Según Acosta & Salazar (p. 37) “la sociedad anónima es la típica asociación de capital en donde las personas que la conforman no tienen significación alguna, no son llamativas para los terceros que negocian con ella, sino que es el capital de la compañía el que determina su importancia y la hace más o menos apetecible al inversionista; en contraposición a la sociedad de personas, en la que el buen nombre y reputación de sus socios son el imán que atrae el interés del mundo comercial”.

La sociedad anónima es la sociedad de capital por excelencia dado que confluyen siendo lo más importante sus intereses económicos como todo en la economía contemporánea, dado que los inversionistas se dedican a ganar con este tipo de compañías, pero también tener para estos el menor riesgo posible. Los trabajadores esperando que el resultado de su esfuerzo se bien remunerado y el estado persiguiendo los tributos a su vez amparando el crecimiento de la economía, la generación de las riquezas y el empleo.

Las sociedades son creadas por interés del inversionista que es satisfacerse económicamente, generando solo ganancias o utilidades que la compañía genere, para esto ellos buscan contratar, comprar, generando con esto acciones que mal ejecutadas ocasionan un incumpliendo; que dicho incumpliendo no son responsabilidad de los accionistas dado

que su patrimonio personal no incluye dentro la sociedad y al pasivo social no es de competencia a los accionistas, por el contrario este aporte en los títulos lo hacen titular de las acciones, solo reclaman las utilidades y no incluyen responsabilidades en su aporte. Por otro lado, debemos de tener en cuenta que las necesidades de la sociedad cambiante generan este tipo de figuras.

“La forma de organización económica de nuestros días, debe responder a las necesidades de satisfacer las exigencias de grandes masas de consumidores de bienes y servicios. Por ello, ha sido necesario organizar entidades que puedan producir bienes de consumo o proporcionar servicios, destinados a gran número de consumidores. La sociedad anónima es la sociedad de capital por excelencia. En ella se desvanece como elemento esencial la persona y lo que interesa es el capital. La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada, en la que el capital social se encuentra representado por acciones, en la que la propiedad de las acciones está separada de la gestión de la sociedad. Nace para una finalidad determinada. Los accionistas no tienen derecho sobre los bienes adquiridos, pero si sobre el capital y utilidades de la misma” (Montoya Manfredi, 1967, p. 348).

2.4.1.2. Sociedad en comandita por acciones

Las sociedades comanditarias son derivadas de unos o varios sujetos que aportan a un capital en determinado fondo, estos aportes forman la sociedad de los cuales uno de los accionistas se encarga de la administración de esta sociedad y este responde solidariamente por las deudas que la compañía genere.

“En la sociedad de comandita por acciones, la responsabilidad de cada socio le es

atribuida de acuerdo a su calidad de socio frente a la sociedad, donde la responsabilidad de los socios gestores es solidaria e ilimitada respecto de las obligaciones de la sociedad, además de ser subsidiaria ya que solo responde ante terceros una vez haya sido requerida la sociedad en forma directa para el pago de las obligaciones sociales, en razón a que así lo estipula nuestro ordenamiento jurídico “Aplicación de normas en lo no previsto con respecto a los socios gestores y comanditarios. En lo no previsto en este Título se aplicarán, respecto de los socios gestores, las normas de la sociedad colectiva, y respecto de los comanditarios, las de las anónimas” (Decreto 410, 1971, Art 352).

Con relación a esto los socios de esta sociedad también tienen una responsabilidad limitada, al igual que la anterior sociedad anónima responden hasta el monto de sus aportes; pero llegado el caso la sociedad en comandita por acciones puede llegar a responder de alguna forma solidaria e ilimitada en el caso en que la razón social sea omitida sus siglas “S.C.A”, dado que el tercero presumirá que esta sociedad es colectiva lo que genera todas las responsabilidades que la sociedad amerita.

2.4.1.3. Sociedad por acciones simplificada

Por otra parte, llegamos a la S.A.S., el llamado fenómeno de la Ley 1258 de 2008, a partir de la vigencia de esta ley en Colombia se crearon masivamente muchas sociedades ocasionando así la disminución de sociedades como la limitada. Este fenómeno se debió, a que la ley entrego a las personas que querían emprender, una herramienta más efectiva y con bajo costo económico.

La sociedad por acciones simplificada se constituye por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

Hasta donde la misma ley lo estipulo (artículo 42), el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”

Esta empresa unipersonal fue muy llamativa empresarialmente, porque claramente existe una limitación a la responsabilidad de estos constituyentes y la protección veras de su patrimonio, la corte constitucional se pronunció al respecto diciendo:

“La empresa unipersonal es una forma de organización comercial autónoma, que si bien comparte rasgos comunes con las sociedades comerciales presenta a su vez caracteres distintivos que permiten diferenciarla, tales como lo relacionado con la forma y requisitos de constitución, a los efectos de su actividad frente a terceros y a su objeto social, entre otros aspectos relevantes” (Corte constitucional, Sentencia C- 392, 2007).

La corte quería regular situaciones como la constitución de las sociedades de papel quien era un único empresario que se encargaba de la totalidad de los aportes, se necesitaba el crecimiento de una sociedad donde hubiera pluralidad de socios. También se buscó a través de esta sociedad evitar por todos lados que se produjera una fisura en el sistema de la limitación de la responsabilidad, pero logrando con esto una desmejora para esos terceros acreedores sobre esto POSNER (2010) señaló:

“(…) Las desventajas en relación a la restricción de riesgo de los accionistas, la responsabilidad limitada en las sociedades no es un sistema de eliminar los riesgos de fracaso empresarial, sino un mecanismo para transferir ese riesgo del inversionista individual a los acreedores voluntarios o involuntarios de la

sociedad. Son ellos quienes asumen los riesgos de falencia de la empresa”.

También se podría tratar sobre la responsabilidad limitada que tienen estos accionistas en cuanto a las obligaciones y el haber social, pero en el caso de que esta S.A.S sea usada para fraude a la ley o para ocasionarle un perjuicio a un tercero acreedor, la ley 1258 del 2008 que le dio tantas facultades a esta sociedad por acciones simplificada por medio de los socios, se las quita y deberán responder por esas obligación o actos fraudulentos que fueron causados esto lo hace a través de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica.

2.5. Concepto de levantamiento del velo corporativo

Esta teoría es usada principalmente para protección de los terceros, pero también de los mismos miembros de la sociedad, para que estos individualmente expliquen los hechos fraudulentos, que han ocasionado su desestimación de la personalidad jurídica de la compañía. La Superintendencia de Sociedades, es la entidad que tiene la facultad para inspeccionar, vigilar y controlar, aplicando la desestimación, a través de sus fallos.

“Al aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo es hacer extensiva la responsabilidad del pasivo externo de la sociedad a los accionistas que incurrieron el práctica desleal, a lo cual se puede llegar a dar el caso que la sociedad se adecue en una situación de disolución como en la Sociedad Anónima al reducir su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, por ello contrario a la posición en cuanto a que la sociedad no pierde sus atributos, consideramos que puede llegar a tener más efectos ya sean directos o indirectos, entre ellos la disolución de la sociedad o la misma nulidad del contrato social” (Cabrera & Pardo, 2016).

Esta teoría desarrolla más que todo una exclusión de la responsabilidad limitada especialmente a las sociedades antes mencionadas “Sociedades de capital”, esto con el fin que no se desvíen de su objeto social o estén persiguiendo otros propósitos que van en contra de los valores del derecho comercial en especial el societario, al dañar a un tercero, se hace un lado la personalidad jurídica y entra a hacerle responsables por el abuso de las facultades dada por la ley.

Según (CABANELLAS, 1994):

“La personalidad societaria se basa en un conjunto de reglas que determina qué conductas se imputan a la sociedad en cuanto persona jurídica. Los efectos generales de esas reglas pueden verse modificadas en función de ciertas normas que alteran tal atribución, pasando a imputar las conductas que normalmente serían atribuibles a la sociedad como persona jurídica, a otras personas físicas o de existencia ideal, como pueden ser sus socios u otras personas que ejercen de hecho el control de la sociedad. Esta modificación de las reglas en materias de la imputación propias de la personalidad societaria es denominada desestimación de la personalidad societaria.”

Esta hipótesis trasciende a que los socios por los efectos de las sanciones impuestas frente a esta situación, la personalidad jurídica y su limitación, no se contraponen ante los terceros acreedores al pago de las obligaciones incumplidas se permite que los determinados acreedores se aplique una personificación jurídica esta sea inoponible hasta que se pretenda el pago de la obligación que fue incumplida directamente a los socios, sin que estos puedan valerse de la limitación de la responsabilidad.

La Superintendencia de Sociedades manifestó que:

“El levantamiento del velo corporativo es una herramienta legal que va orientada a desconocer la formación del ente societario como persona jurídica diferente de cada uno los socios que la conforman, o a suprimir los efectos propios que conlleva el surgimiento de sociedad comercial en lo concerniente a la limitación de la responsabilidad de los socios al monto de sus aportaciones, en situaciones excepcionales relacionadas al uso defraudatorio del beneficio de la separación” (Superintendencia de Sociedades, oficio 220, 2014).

2.6. Origen histórico de la desestimación de la personalidad jurídica.

El auge de las sociedades comerciales implica que la economía de mercado crece, empleos se generan y en general, se puede gozar de un desarrollo económico. Esta es la razón por la que, precisamente reconociendo sus bondades, también es necesario identificar los aspectos negativos que pudieran resultar de la aplicación rígida y absoluta de las normas que permiten la creación de sociedades comerciales para participar en el mercado. Esto, teniendo en cuenta que en las últimas décadas se han presentado casos en los que la sociedad comercial ha sido usada para fines ilegales, e incluso la comisión de delitos. En este sentido el derecho y la economía se han tenido que unir para construir una balanza en donde se busque un crecimiento económico y que a la vez le permita al Estado alcanzar su finalidad social. El levantamiento del velo societario, se creó como una de las garantías que tiene el estado a través del derecho para evitar que el crecimiento económico no afecte el interés del estado y de la sociedad, para evitar un caos que genere para Colombia consecuencias negativas que afectan la inversión extranjera y a la sociedad completa.

La desestimación de la personalidad jurídica es una figura que busca hacerse al frente del abuso que se presenta por parte de las personas jurídicas de carácter societario, como consecuencia de los abusos perpetrados a través de las sociedades de capital con limitación de la responsabilidad, como lo asegura Francisco Reyes (1996). Hoy en día es una figura ampliamente conocida y aceptada alrededor del mundo, sin embargo, aún falta darle más al tema y hacerlo efectivo frente a todos los casos en que es necesario ejercer un mecanismo de protección para aquellos que resultan perjudicados frente a quienes usen de manera ilegal la persona jurídica societaria y así tener como efectos la separación patrimonial para alguno o algunos socios, en donde la sociedad, como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados, no desaparece, ni sus atributos se pierden (Reyes Francisco, 1996 p.44)

2.6.1. Orígenes de la figura en el mundo

2.6.1.1. Roma

La idea de una colectividad que actúa en representación y nombre propio es probablemente tan antigua como la humanidad misma. De acuerdo a la doctrina, en Roma no se manejó el concepto de lo que actualmente conocemos como persona jurídica, sino que con base al método casuístico que estos utilizaban, determinaban si ciertos entes que estaban conformados por un conjunto de personas naturales podían realizar ciertos actos o negocios jurídicos en su plenitud basándose en la capacidad que estos tenían para la realización de estas.

Como lo manifiesta IGLESIAS (1958) “la regulación que los romanos dieron a lo que se denomina Personas Jurídicas responde a la imperiosa necesidad que tiene la norma jurídica de salvaguardar los fundamentales intereses del hombre es dar forma jurídica a

organizaciones humanas que imprimen al patrimonio un sentido social a la vez que aseguran su estabilidad y su continuidad” (p.157)

La responsabilidad en el derecho romano parece inicialmente haber sido ilimitada en tres aspectos: primero, los miembros de una sociedad de personas, en términos modernos fueron todos ellos responsables por las deudas de la sociedad y por las deudas de cada uno de ellos; Segundo, no se reconocieron ninguna clase de restricciones relativas a las sumas a ser pagadas en caso de daño; Y en tercer lugar, la responsabilidad civil por el daño de otro fue utilizada de manera amplia.

2.6.1.2.Europa

No fue sino hasta la mitad del siglo XIX cuando la acción legislativa definitiva tomó lugar en Inglaterra en cuanto a que la responsabilidad corporativa limitada fue reconocida como una regla legal reconociendo un estándar universal. En efecto, la Ley de Responsabilidad Limitada de Inglaterra fue la primera que permitió responsabilidad limitada. Entonces, la separación y la responsabilidad limitada se transformaron en dos características enteramente distinguibles, aunque relacionadas, de la forma corporativa en el derecho común a través de un proceso que comenzó a mediados del siglo XIX, y se consolidó a comienzos del siglo XX.” (Figuroa Dante, 2011, p. 35)

Con el transcurrir del tiempo, otros ordenamientos jurídicos de Europa han aprobado herramientas de protección a la vanguardia de los intereses de los hombres, sin perder de vista ciertos mecanismos de amparo para los derechos subjetivos. Así, entendiendo a una persona moral como un sujeto de derecho con la capacidad propia para contraer obligaciones y adquirir derechos, se entra a vislumbrar como el derecho objetivo inviste con su manto tutelar los derechos subjetivos adquirido (Galgano,1999, p.66)

2.6.1.3.Estados Unidos

Podría decirse que en este país es donde la doctrina del levantamiento del velo corporativo tuvo su origen, pues fue en la práctica judicial estadounidense en donde se creó lo que se denominó como “*disregard of legal entity doctrine*”¹.

El primer antecedente fue la el caso de "Bank of the United States vs Deveaux" del año 1809 precisado en el siglo XX, en tiempos de la primera guerra mundial, en donde se inició un estudio de la teoría y una verdadera aplicación; en este caso se quería evadir responsabilidades crediticias alegando la entidad corporativa para que no persiguieran sus bienes como socios, si no los de la entidad jurídica, pero no contaban que en la corte de apelación de Nueva York basara su decisión en que “no se deben tolerar los intentos de esconder, retrasar o defraudar a los acreedores a partir del velo de la entidad corporativa” (González, 2016).

Como lo menciona Wormser (1912), este uso de la corporación puede utilizarse para la evasión de la ley, basándose en varios casos estudiados por el autor como el Acta de Hepburn y el caso U.S vs Lehigh Valley R.R. Co. Estableciendo así unos principios regidos por varios tribunales de los Estados Unidos, en los que se evidencia que parámetros se pueden considerar que el velo corporativo debe ser levantado, señalando que cuando la personalidad jurídica es utilizada para defraudar a sus acreedores, evadir obligaciones existentes, acotar un estatuto, lograr o mantener un monopolio, o proteger un crimen. Wormser (1912, p. 10) consideraba que los tribunales, al ver este tipo de actuaciones,

¹ El cual se puede consultar en www.jstor.org/stable/1110931

debían dejar de ver a las corporaciones como ficticias y, pasar a verlas como asociaciones de seres humanas y así, sentenciar a verdaderas personas reales.

El Documento “*Disregard of legal entity doctrine*” de *Wormser*, es sumamente importante en el tema del levantamiento del velo corporativo, considerando que dio inicio a un antes y el después de la responsabilidad de la personalidad jurídica, desarrollándose así, lo que hoy conocemos como su desestimación. El texto se desarrolló en los Estados Unidos dentro de los complejos judiciales, basándose en un principio de equidad, criterio que se convirtió sumamente importante en el derecho general, pudiéndose evidenciar los buenos resultados.

Según la doctrina y jurisprudencia, su aplicación debe ser efectuada en forma excepcional, pero con amplitud de miras y fundamentalmente con un criterio equitativo, restringido a los casos de fraude o ilegitimidad, que eran los factores tradicionales que justificaban la intervención de un tribunal de equidad (Constantini Pablo, 2016, p.1).

El *Disregard of legal entity doctrine* adopta como puntos principales para justificar un levantamiento corporativo a figuras como la equidad, fraude y agency. La equidad es entendida como una técnica que complementa subsidiariamente al Common Law, de tal manera que será de aplicación cuando, a juicio del Tribunal, no haya ninguna acción adecuada en aquel (Álvarez Toledo, 1997, p.41). Es decir, solo cuando en el Common Law no hubiera una solución para contrarrestar el abuso de los actos, es que se hace imprescindible la equidad.

La equidad, así entendida, constituye un régimen de carácter supletorio de integración del common law. Como regla general un tribunal de equidad solo puede asumir su competencia frente a un caso cuando exista un daño irreparable de otra manera. Un daño

resulta irreparable cuando el tribunal de Derecho no concede amparo alguno, o cuando el amparo ofrecido es inadecuado e injusto. En esta concepción, la equidad llegó a convertirse en una rival del derecho, con sus propias reglas y su particular jurisprudencia. A lo largo de la historia del derecho inglés y norteamericano, sus instituciones han devenido moderándose de las severidades y asperezas propias de un régimen jurídico rígido. Actualmente, las rivalidades entre la equidad y el derecho han finalizado, complementándose ambas en un solo sistema de normas, con lo que la equidad ha adquirido un carácter complementario, pero integrante de otro esquema mayor y único (Dobson Juan, 1985, p.86).

Por otra parte, el documento *Disregard of legal entity doctrine*, abarca como punto principal la adopción del fraude para la configuración del levantamiento del velo corporativo, en donde podríamos decir que se definió el fraude en el derecho anglosajón desarrollándose en un sentido amplio, configurando cualquier acto u omisión que produzca un incumplimiento impuesto por la ley o la equidad.

Resulta difícil hallar conceptos generales de esta institución dado que la equidad abarcaría un concepto muy amplio, en el que subsistan instituciones como los actos fraudulentos, la simulación y el dolo. Sin embargo, la equidad y common law se han previsto como remedios para males diferentes. Eso debido a la oposición por parte del derecho anglosajón en cuanto a las definiciones generales y principalmente a una institución de carácter general. También podemos precisar que dicha característica hace preferible a una ausencia de definición, ya que si esta existe podría nacer nuevas formas de fraude intentaras evadir.

No existe una noción omnicompreensiva del fraude, sino que cada caso debe ser considerado conforme a sus propios hechos peculiares, por cuanto el tema del fraude

implica una designación genérica y de tan diversos grados y variadas formas, que los tribunales se han debido contentar con obtener unas pocas reglas generales con el fin de descubrirlo y combatirlo, y permitir que sean los hechos y circunstancias propias de cada caso, las que calando hondo en la conciencia y entendimiento del Juez y del Jurado, determinen la presencia o ausencia del fraude.

En diferentes fallos sobre el fraude se podría establecer algunas afirmaciones conceptuales de carácter general sobre el tema. Entre dichos fallos podríamos citar que “toda negociación injusta; todo acto positivo del que resulte una intención de engañar; el artificio por el cual una persona es engañada en su propio perjuicio; un acto voluntario y malintencionado, dirigido a cometer un daño a los derechos de los terceros; las prácticas engañosas tendientes a privar o que efectivamente priven a otro de sus derechos por medio de alguna artimaña o un artificio contrario a las reglas de la honestidad común, el hacer aparentar un estado de cosas a una persona con quien se halla al momento presente o se hallará en el futuro en negociaciones, como si fuera la situación real, mientras se tiene conocimiento que el verdadero estado de cosas es otro”.

El fraude en su sentido más genérico comprende en realidad "cualquier hecho destinado a engañar", incluyéndose en ese concepto a todos los actos, las omisiones, y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un perjuicio a un tercero (Dobson Juan, 1991, p.139)

Sostiene Boldo (2006, p. 94) que:

“Hallar un concepto general omnicomprendivo del fraude que sea de general aceptación es imposible que se debe examinar caso por caso a ver si hay conductas fraudulentas. Sin embargo, los tribunales han podido elaborar una serie de reglas

generales que permitan observar la presencia o la ausencia de dichas conductas. El fraude en su sentido más genérico comprende “cualquier hecho destinado a engañar, incluyéndose en ese concepto todos los actos, las omisiones, y los ocultamientos que conduzcan al incumplimiento de un deber impuesto por la ley o la equidad, o algún fideicomiso o relación de confianza debidamente otorgada que resulte en un perjuicio a tercero”.

El *disregard of legal entity doctrine* por último utiliza el agency en una relación no necesariamente contractual, naciendo de una persona cuando manifiesta su intención para actuar por medio de otra y es aplicable para aquellos supuestos en lo que un mandante o principal oculto o no, controle la actuación de forma fraudulenta, causando perjuicios a través de este agente.

Bajo el concepto de agency, se incluyen las actuaciones de la sociedad filial respecto a su matriz por lo que esta última, responderá de las obligaciones contraídas por aquella (Morales, 2006, p.19).

La agency tuvo como principios ordinarios la responsabilidad de los empleados de la sociedad haciendo una omisión si estos actuaban dentro de la sociedad, como por ejemplo en el caso donde se quiera contratar personalmente no haciendo aclaración de que se hace en nombre de la sociedad, la Companies Act del 1995 fue más lejos y estableció:

“si cualquier empleado (agente) de la sociedad u otra persona que actúe en su nombre firma o autoriza a firmar cualquier letra de cambio, pagaré, endoso, cheque u orden de dinero o mercancías donde no se mencione el nombre de la sociedad (en caracteres legibles) será responsable del pago de una multa y personalmente responsable respecto al tenedor de la letra de cambio, pagaré,

cheque u orden de dinero o mercancías por las sumas correspondientes (a menos que las sumas sean satisfechas debidamente por la sociedad)”.

El resultado es que, si no aparece el nombre de la sociedad, la persona que expide será responsable del pago de la sociedad si este no lo realiza. La responsabilidad del firmante es importante tan sólo si la sociedad es insolvente. Si el firmante ha sido autorizado para actuar en su propio nombre, no escapará de dicha responsabilidad si se puede averiguar la identidad de la sociedad, pero si se logra una sentencia condenándole al pago, se encontrará legitimado, para repetir de la sociedad la suma correspondiente al pago que efectuó. Si la sociedad es insolvente, sin embargo, se dota al tenedor de una facultad cuyo ejercicio, puede ser injusto. Desde esa posición doctrinal se aboga por la reforma de esta sección en el sentido de dotar al firmante de la posibilidad de oponerse al pago si puede probar que el tenedor conocía que la actuación se efectuaba por cuenta de la sociedad: la jurisprudencia en este sentido hacia la no aplicación de esta sección cuando se presenta caso (Gower L.C.B, 1992, p.112).

2.6.1.4.Evolución a partir de su aplicación en cortes

Históricamente el caso “Booth vs Bunce” desarrollado en el 1809, fue incluido en el texto *Disregard of legal entity doctrin* resuelto por el juez Marshall. El caso fue expuesto por la evasión de responsabilidades crediticias radicando en que la parte demanda alega rotundamente el concepto de la entidad corporativa. El autor estableció que claramente no sería suficiente ni necesario que socios en dos personas morales sean lo mismo que una empresa sea socia de otra, ni que existan negocios relacionados, sino que una es el conducto de negocios del otro.

Se puede afirmar que la corporación puede utilizarse como una evasión de la ley o los fines que son perseguidos por la misma, el caso “Boot vs Bunce” dejó como precedente que en los diversos tribunales de EEUU, se establecieran principios únicos para que se puedan considerar si a una entidad corporativa se le deba levantar el velo corporativo; es importante decir que la corte en apelación estableció como tema principal que "no se deben tolerar los intentos de esconder, retrasar o defraudar a los acreedores a partir del velo de la entidad corporativa" basándose en los principios equidad, fraude y agency, el tribunal decidió levantar el velo corporativo. Cuando la persona moral se utiliza para defraudar acreedores, evadir obligaciones existentes, acotar un estatuto, lograr o mantener un monopolio, o proteger un crimen, los tribunales deben observar las corporaciones como una asociación de seres humanos y dar verdadera justicia a personas reales (Meza Gerardo, 2016, p.80).

Posteriormente fue en Inglaterra donde por primera vez que se dio la posibilidad de aplicar el levantamiento del velo corporativo en este lado del mundo, el caso más famoso fue el Salomón v Salomón & Co.Ltd.

El conflicto fue resuelto el año 1897 donde, Salomón desarrollaba un negocio individualmente, luego constituye una sociedad con seis miembros más que al parecer eran solamente sus testaferros y cuando la sociedad se liquida, el pasivo era muy grande. Si bien en este caso no se levantó el velo societario, sí se destaca el fallo emitido por el magistrado Vaughan Williams, quien se mostró conforme con el planteamiento del liquidador de la empresa Salomon & Co. Ltda., señalando que los suscriptores del negocio fundacional distintos a Salomón eran meros testaferros y que el solo propósito del señor Salomón, al formar la sociedad, fue usarla como un “agente” que hiciera negocios por él. El Tribunal de Apelación llegó a una conclusión similar señalando que los actos de compañía “Companies

Acts” concedían el privilegio de la responsabilidad limitada sólo a los genuinos accionistas independientes, que aportaban su capital para comenzar una empresa, y no a un hombre que en realidad era el único propietario del negocio y que sólo se dedicó a encontrar seis testaferros juntos para cumplir las formalidades de constitución de un ente social. Sin embargo, en revisión, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos del juez Williams y del Tribunal de Apelación, manteniendo el respecto a la autonomía patrimonial, sosteniendo que el señor Salomón no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, que las obligaciones fueron válidamente emitidas y que el Derecho de garantía que pesaba sobre los activos de la sociedad era efectivo contra ésta y sobre los acreedores (Yangüez Ricardo, 1997, p.62).

El caso tuvo una doble importancia en el derecho societario inglés ya que, en primer término, aceptó la existencia en el derecho jurisprudencial de la *one man Company* y en segundo, pero principalísimo y esencial lugar, el fallo Salomón estableció firmemente el concepto de personalidad jurídica separada e independiente de las sociedades con una responsabilidad limitada de los socios que la componen. A partir de tan sonado fallo el principio por él sentado se aplicó como principio general, el de la personalidad jurídica separada y distinta de las sociedades, a menos que apareciera cualquier razón en contrario que justificara el apartamiento de este. Cuando el concepto de personalidad jurídica propia de la sociedad es utilizado con propósitos deshonestos, tales como burlar el interés público, justificar actos ilícitos, proteger el fraude o defender delitos, el ordenamiento jurídico tiende entonces a desechar el principio de personalidad jurídica separada y considerar a la sociedad como una asociación de personas físicas (Guillermo Moglia, 2012, p.1).

En el siglo XX se suscitó cierto cambio en la jurisprudencia de los Tribunales ingleses, ya que se introdujeron, aunque tímidamente, excepciones a la separación de la

personalidad y responsabilidad entre la sociedad y los socios. La sentencia del Tribunal de apelación en el caso DHN Food Distributors Limited vs. Tower Hamlets London Borough Council, es citada frecuentemente, como fundamento de la máxima de que en aquellos casos que los hechos o consideraciones de equidad justifiquen una excepción a la regla sentada en el caso Salomón, los Tribunales levantarán el velo (Boldo Roda, 1976, p.113). Para los Tribunales ingleses, en relación con la protección de los acreedores, la regla es el respeto a la separación de la personalidad y responsabilidad entre la sociedad y los socios y solamente se puede obtener un resultado como el de la doctrina del disregard cuando se incumple una norma legal que, de alguna forma, permite al juez penetrar en el sustrato de la sociedad (Ortiz Vaamonde, 2004, p.21).

El profesor alemán Roolf Serick de la Universidad de Heidelberg en el año 1955, fue uno de los mayores impulsores de la teoría en este país, siendo el primero en fundamentar los casos en que se debía levantar el velo a una corporación para llegar a sustraer a las personas naturales debajo de las jurídicas.

Quedó demostrado que la desestimación de la forma de la persona jurídica debe quedar limitada a casos concretos verdaderamente excepcionales. Entonces aparecerá claramente que la identidad entre la persona jurídica y el socio, no puede afirmarse por la simple razón de ocupar este una posición dominante en la persona jurídica, como sucede por ejemplo, cuando le pertenecen todas las acciones a un único socio. No obstante, este juicio sin duda varía cuando, a la participación dominante, se añade un abuso de la forma de la persona jurídica (Roolf Serick, 1955, p.39).

Según Serick Roolf (1955, p.40), hay una ambigüedad en los fallos judiciales pues, aunque las acciones justifiquen desconocer a la persona jurídica y adoptar algunas medidas para las personas naturales que se encuentran detrás, para el autor los fallos no se

encuentran suficientemente fundados, dado que se decide basándose meramente en principios de equidad, o utilizando la buena fe. Sin embargo, si se permite así desconocer a la persona jurídica para no vulnerar a otros principios constitucionales, se lograría una justicia material y seguridad jurídica.

Los problemas suscitados por la penetrabilidad en la persona jurídica encuentran su solución en la aplicación de la norma o en su correcta interpretación, de tal modo que a las personas jurídicas se les pueden aplicar aquellas normas que, en principio, solo pueden aplicarse a la persona física. Para esto es necesario penetrar en el substratum de la persona jurídica, para ordenarle o prohibirle lo que el legislador de una forma expresa solo le ha prohibido al hombre. En estos supuestos cabe hablar de los problemas de nacionalidad de la persona jurídica, de la concurrencia de las cualidades de enemigos de las personas jurídicas y de las prevenciones que tratan de evitar que las personas jurídicas nacionales sean dominadas por el capital extranjero (Roolf Serick, 1955, p.40).

La aplicación del levantamiento del velo corporativo, en el derecho inglés y la aplicación del *disregard of the legal entity* en el derecho estadounidense, se diferenciaron en muchos aspectos, por parte de EEUU en los casos de competencia, nacionalidad insolvencias fraudulentas, validez contractual tanto al principio de separación de la personalidad y responsabilidades entre los socios, que terminaron no estableciendo límites de una autonomía jurídica, provocando situaciones injustas como el caso salomón, anteriormente expuesto.

Gracias a las cortes de los Estados Unidos de América, desarrollándose en equidad, aplicaron la doctrina “*disregard of the legal entity*” o “*piercing the corporate veil*” lográndose expandir por Europa, llegando más tarde a Latinoamérica siendo jurisprudencialmente un apoyo para convertirse en una ley positiva. Según la doctrina

constituida, establece que en los supuestos en donde el sujeto haga una apreciación de la persona jurídica se constituya con la intención de defraudar la ley o perjudicar a terceros, o cuando no si no que desean tener la cobertura formal para iniciar la persona jurídica, pero conduciendo a los mismos efectos defraudatorios, se exime a la persona jurídica de su vestidura formal para encontrar responsabilidades debajo de la vestidura actuando como si la persona jurídica no existiese.

2.6.1.5.Evolución en Iberoamérica

Tradicionalmente, el derecho latinoamericano se adhirió el principio según el cual, únicamente las personas físicas podían formar corporaciones. Las ideas de corporaciones también pueden crear otras corporaciones y llegar a ser accionistas de aquellas es un desarrollo creciente. Con el paso del tiempo se llegó a permitir que corporaciones actuaran como accionistas de otras corporaciones, y vinieron a disfrutar el mismo beneficio de la responsabilidad limitada de que históricamente habían gozado los accionistas individuales. En los Estados Unidos se encuentra bien establecida la regla de que las corporaciones individuales que actúan con un solo accionista de otra corporación “obviamente pueden evitar todos los costos acarreados por la conducta de su compañía, aún bajo una regla de responsabilidad ilimitada, simplemente solicitando su quiebra personal” (Hansmann Henry, 1991, p.1932).

La investigación jurídica demuestra de forma conclusiva que el derecho comparado influyó los desarrollos legislativos latinoamericanos relativos a la doctrina del levantamiento del velo. En ausencia de regulaciones legales exhaustivas sobre la doctrina del levantamiento del velo en Latinoamérica, la práctica legal ha utilizado mecanismos no escritos para obtener los mismos resultados del levantamiento del velo. En este escenario,

los desarrollos doctrinales de la teoría del levantamiento del velo son un producto de la creatividad judicial en Latinoamérica. La necesidad misma de tal desarrollo teórico es sujeta a controversia en la región (Perretti See, 2002, p.97).

Sin embargo, la realidad supera a la teoría, y la práctica demuestra que importantes jurisdicciones de derecho civil han estado haciendo un uso extenso del levantamiento del velo en múltiples áreas tales como el derecho de familia, el derecho de los impuestos, derecho corporativo, derecho laboral, derecho de quiebras (Perretti See, 2002, p.237).

Cuando se trata del área clave del derecho de impuestos, la relevancia de la doctrina del levantamiento del velo en Latinoamérica ha sido puesta de relieve en fuertes términos. En efecto, un jurista ha reconocido que, compañías ficticias han sido y son la herramienta más apropiada para evadir responsabilidades impositivas, a través de la transferencia de bienes desde personas físicas a entidades legales, o tomando ventaja de los beneficios de impuestos generados por impuestos corporativos, o de las ventajas impositivas relativas a reembolsos de impuestos de exportación o importación, de esta manera ocultando al contribuyente verdadero. (Borda Guillermo, 2000, p.213)

La teoría ha dado un entendimiento de la teoría, en donde se dieron definiciones de la doctrina en Latinoamérica. Una de esas definiciones considera:

“Una técnica judicial de carácter excepcional, utilizada en ausencia de una ley, dirigida a prevenir los efectos de los actos ejecutados por compañías comerciales, cuando estos actos constituyen una violación del derecho, o un abuso del derecho, cuyas consecuencias afectan a terceras partes extrañas a la ejecución del acto fraudulento o abusivo” (Perretti See, 2002, p.177).

Por otro lado Patricia Lopez en su obra *la doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica* define la doctrina como:

“...una técnica judicial conforme a la cual es lícito para los tribunales, en ciertas ocasiones, ignorar o desestimar la forma externa de la personalidad legal, y de esta manera penetrar en su interior para ‘revelar’ los intereses subyacentes ocultos detrás de ella, y alcanzar a las personas y los bienes protegidos bajo el velo corporativo, con el propósito de terminar los fraudes y abusos a través de la aplicación directa de normas legales a los individuos que buscaron evitarlos, y a través de la declaración de inoponibilidad de la personalidad legal a terceras partes que sufren los daños”
(López Patricia, 2003, p.64)

Según estos conceptos la doctrina se debía valer de unas verdaderas pruebas que se demuestre la lesión a los intereses de otras partes, es decir, evitando que a través de una cubierta formal se logre lesionar los intereses de las terceras personas.

Como pudimos evidenciar los conceptos van entorno a el fraude, generando un rol central de las definiciones de la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica. Según Carlos Díaz (2004, p.327) existió un consenso entre juristas latinoamericanos donde se estableció que la corporación no es más que un instrumento que provee el estado a los ciudadanos para facilitar un desarrollo de sus actividades, si se cometiese un abuso del privilegio de la responsabilidad limitada para cometer un hecho fraudulento, esto es una causal para la terminación de este privilegio.

Teniendo claro podemos decir que Latinoamérica es una región del mundo que carga de mucha diferencia, poniendo en práctica el desarrollo jurídico de los

estadounidenses e ingleses, pero practicando de forma no tan sofisticada, pero logrando darle la responsabilidad total a los accionistas, quienes gozan de responsabilidad limitada como, por ejemplo: “Una estrategia recurrente utilizada por poderosos prestamistas es la de demandar que los accionistas de las corporaciones deudores otorguen, ellos mismos, bien sea *in personam* o *in rem*, garantías para respaldar las deudas en que incurre la corporación deudora” (Guadarrama Enrique, 1990, p.69)

Este tipo de situaciones, en cualquier corporación limitada o anónima que incurran en deuda, pueden ser de dos clases: los que tienen garantías limitadas y las que tienen garantías ilimitadas. La primera se encuentran los accionistas individuales o corporativos que fueron forzados a entregar garantías de manera “*in personam* or *in rem*”. En el segundo caso estarían los que no se encuentran en la primera situación. Podemos demostrar que de esta manera el esquema desarrollado de responsabilidad ilimitada existe en determinados casos y depende de las fortalezas del mercado del deudor individual o de los accionistas corporativos.

Este estado de cosas ha sido moderado de alguna manera en Latinoamérica, que es una región en la cual la gran mayoría de las corporaciones son cerradas, en su mayoría de propiedad familiar, y administradas por familias (Andrade Luis, 2001).

Las tendencias doctrinarias identificables en Latinoamérica consideran que la teoría del levantamiento del velo es totalmente innecesaria, basadas en el hecho de que los mecanismos legales existentes sirven para lograr las mismas metas sin alterar indebidamente todo el sistema jurídico. También se argumenta que cuando una estructura corporativa es utilizada de manera fraudulenta, son personas individuales las que actúan de manera ilegal, no la entidad legal en cuanto tal. Por lo tanto, señala el argumento, como los instrumentos legales existentes bastan, no hay necesidad de construir una teoría legal

centrada en la corporación en cuanto tal. A estas críticas se añade la percepción entre juristas de derecho civil que “la doctrina del levantamiento del velo corporativo está muy lejos de proveer soluciones justas a los casos en que se aplica, para lo cual se basan únicamente en el hecho de que carece de una delimitación de sus fundamentos y sus efectos concretos en cada caso particular. (Miguens Héctor, 1996, p.336)

2.6.1.5.1. España

“La Doctrina de los terceros” era considerada en España la forma de aplicación del velo corporativo en este país, inicialmente se acudió a la SSTS de 7 de junio 1927 y el 8 de octubre de 1929 donde se dio la primera actuación a las sociedades mercantiles, pero su real recepción se dio a la conocida STS de 28 mayo de 1984.

Se observó que los criterios normativos del *Missachtung der Rechtsform der juristische Person*, en el Derecho alemán, o la expresión anglosajona *Disregarding the corporate entity*, entre otras semejantes, no coincidían exactamente con el complejo de criterios normativos por los que se aplicaba la doctrina de terceros. Pero, aun no siendo figuras idénticas, su fundamento era muy similar: traspasar la responsabilidad ilimitada de la persona jurídica a sus integrantes. En este punto, respecto a estas cuestiones, con el paso del tiempo los tribunales se empezaron a cuestionar si la sociedad debía o podía ser considerada como un tercero respecto a sus socios, o si, en el mismo sentido, los socios podían o debían ser considerados como un tercero respecto a la sociedad (Perez Andrea, 2012, p.18).

Esta doctrina no coincidía con las teorías anglosajonas y alemanas antes expuestas, dado que la figura del “tercero” se refería a las personas que no habían asumido un papel de parte en un acto o contrato, las obligaciones de era meramente contractuales. Los

pronunciamientos de estos actos no se hicieron esperar por sentencias como la del 7 de junio de 1927 donde se generó un incumplimiento de obligación de pago interpuesta por un laudo arbitral, los magistrados consideraron que no se debía crear una sociedad como tercero, constituida la sociedad días después de haber desestimado este recurso de casación, dándose cuenta que la creación de la sociedad era para evadir la responsabilidad anteriormente interpuesta.

En definitiva, la doctrina española buscaba una teoría formal en donde las sociedades mercantiles fueran utilizadas como mecanismo fraudulento, el juez podía entrar a levantar el hermetismo societario, para evitar que se actué contrario a derecho valiéndose de posibilidades o beneficios entregado por el legislador.

No fue hasta el 1955, después de casi dos siglos desde que en Norteamérica se aplicara la doctrina del levantamiento del velo corporativo, las sentencias consiguientes como las SSTS del 28 de enero del 2005 y 3 abril de 2009 buscaban descubrir el dolo o el abuso cometido con el apoyo de la autonomía entregada a las sociedades jurídicamente, sancionando de esta manera a sus socios que buscan poner el fraude cometido.

Afirmar que la doctrina del levantamiento del velo es de creación inicialmente jurisprudencial por inexistencia en los ordenamientos jurídicos de un tratamiento legislativo general que la consagre. Nace mediante su aplicación por parte de los Tribunales, con carácter casuístico, a los efectos de evitar la consagración de abusos en la utilización del hermetismo societario, de la doble moral que supone alegar la distinta personalidad jurídica cuando la misma se utiliza precisamente para lograr fines fraudulentos (Seoane Jose, 2012, p.13)

En cuanto a la aplicación jurisprudencial, el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo Español en el que se esboza la posibilidad de indagar en el fondo real de la

persona jurídica sin detenerse en la forma fue en los años ochenta, en la Sentencia del *Tribunal Supremo de 8 de enero de 1980*. Sin embargo, en la misma, no se hace mención expresa de la Doctrina. Aun así, tiene suma importancia por cuanto siembra un precedente jurisprudencial que, posteriormente se perfeccionará en la Sentencia histórica *del Tribunal Supremo 1196/1984, de 28 de mayo*. (Boldo Roda, 2000, p.220)

En lo que a esta segunda se refiere, el procedimiento recayó sobre una responsabilidad civil extracontractual consistente en una reclamación administrativa contra EMAYA al Ayuntamiento de Palma de Mallorca por unas averías producidas en la red municipal de abastecimiento que provocaron inundaciones y humedades. El Tribunal Supremo condenó al pago de la indemnización al Ayuntamiento puesto que, aun reconociendo a EMAYA una personalidad jurídica propia e independiente respecto del mismo, se demostró que el receptor tenía una doble condición: era el alcalde, y el presidente del consejo de la Sociedad Anónima.(Perez Andrea, 2012, p.24).

En la parte concreta a nuestro tema de investigación, dice el supremo:

“Ya desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe, la tesis y practica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley con ere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar levantar el velo

jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial su derecho, lo cual no significa ya en el supuesto del recurso que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino solo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cual sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal y negociar, a los efectos de la determinación de su responsabilidad ex contractu o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes y menos cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad, según la doctrina patria” (Seoane Jose, 2012, pp.11-12).

Podemos concluir que en el tribunal supremo fundamentó su doctrina, primero, entro en cuestión sobre el conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, en consiguiente la aplicación por vía de equidad y acogimiento al principio de buena fe y por último el fraude como fundamento de la doctrina, por el perjuicio hecho a terceros además del abuso de derecho y el ejercicio antisocial señalados en el Código Civil Español.

Por otro lado Carmen Boldo (2000, p.227) critica la teoría jurisprudencialmente interpuesta considerando “dos principios esenciales configuradores de las sociedades mercantiles: el principio de prohibición de la clandestinidad en el ejercicio del comercio y

el principio de transparencia patrimonial o de confusión de patrimonios”, pero estos principios esenciales no se pondrían extender a todo tipo de sociedades mercantiles si no que el modelo dualista, aclara la regulación exigiendo que se tenga que hacer una distinción entre la sociedades Anónimas y Limitada.

2.6.1.5.2. México

En países latinoamericanos por el impulso del derecho anglosajón llego a estados aledaños como México, en donde a paso lento la primera propuesta de aplicación se dio en el año 1940 cuando a través de diario oficial se promovió la “Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas” durando vigente por 40 años.

En el numeral 13 de la Ley mencionada establecía que las personas que ejercían un control de la sociedad anónima, por la cantidad de acciones a su nombre, tendría la obligación de responder subsidiariamente e ilimitadamente frente a los daños ocasionados a terceros sin valerse del beneficio que le daba la personalidad jurídica.

Al darse la derogación de esta Ley estableció principios para la venta de las acciones de sociedades anónimas la corte suprema en el 2008 emitió jurisprudencia, dado a la necesidad de la separación absoluta entre la persona jurídica y cada uno de sus socios, así como sus respectivos patrimonios, cuando la actuación fuera detectada como conducta abusiva, fraude o alguna simulación, pero sin embargo a esto no fue suficiente ante los continuos actos fraudulentos provocados en el país; para esto el jurista hizo una renovación de las tesis aisladas referentes al tema.

Antes de la derogación de la Ley, exactamente en noviembre de 2002 se presentó un proyecto de ley de desestimación de la personalidad jurídica societaria, siendo éste un

cuerpo de 29 artículos y 2 transitorios, en el cual se establecieron como objetivos de la misma para mantener el criterio general de estricto respeto de la personalidad jurídica independiente de las personas morales, mantener la regulación vigente respecto a los tipos de responsabilidad de las personas morales de conformidad con la ley que les sea aplicable; Establecer como recurso excepcional y subsidiario al régimen de responsabilidad antes mencionado la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica societaria para extender la responsabilidad civil de la persona moral a sus integrantes.

El proyecto de ley constituía un elemento objetivo entendiéndose por tal el control efectivo por parte de uno o más de los integrantes de la persona moral, o de terceros a ésta, que impongan una influencia dominante, existiendo una serie de presunciones que permitan inferir lo anterior. Elemento subjetivo acredita que la conducta de la persona que configura el elemento objetivo se ha orientado a abusar de la personalidad jurídica, en fraude de acreedores, fraude a la ley o violar normas imperativas. Por último, se acreditar por parte de la autoridad que, de no desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, ocurrirán daños y perjuicios en contra de terceros de buena fe, se producen fraude a la ley, o violaciones a normas imperativas.

Podemos concluir que, en el derecho positivo mexicano, no existe ninguna ley vigente que regule o establezca los principios que permitan, ni al ciudadano ni al juzgador, en aras de los principios constitucionales de legalidad y certeza jurídica, las reglas a las que se deben de atener para conservar o, en su caso, perder la protección del Estado de separar la personalidad jurídica de una persona moral de aquella de las personas que lo integran (Meza Gerardo, 2016, p.85).

2.6.1.5.3. Chile

En el derecho chileno, la percepción no fue totalmente diferente el levantamiento del velo corporativo tiene una fuerte vinculación con los grupos de empresas conocidos como “Holding empresariales”, esta área se ha visto su aplicación como la medida de protección a los terceros acreedores. Las existencias de estos grupos no llevan la utilización abusiva de la personalidad jurídica, más bien se constaría como una realidad jurídica reconocida y legitimada en el ordenamiento jurídico, pero esto no ha hecho que los casos de evasión de responsabilidades por partes de estos grupos valiéndose por la personalidad jurídica puedan garantizar que no se den continuamente los casos de fraude en las sociedades mercantiles chilenas.

La doctrina del levantamiento del velo societario ha sido reconocida ampliamente en el derecho comparado, y Chile en los últimos años, lentamente se ha ido asentando, captando no solo el interés de los juristas, sino que también de nuestros tribunales, quienes se han pronunciado expresamente respecto a esta teoría en sus fallos, aun cuando de manera incipiente (Urbina I, 2011, p.164).

La práctica judicial de levantar el velo es una doctrina de reciente data en el medio jurídico nacional. La primera alusión a esta técnica judicial en Chile la encontramos el año 1964, de manos del profesor Manuel Vargas, sin embargo, fue recién en la década de los ochenta que la problemática del abuso de la personalidad jurídica comenzó a tomar relevancia, específicamente a raíz de la crisis bancaria de 1983, donde se dieron a conocer las “sociedades de papel”, las que consistían en personas ficticias creadas con la única finalidad de ajustarse a las disposiciones legales que regulaban la concesión de créditos a entes relacionados con la propiedad o administración de la banca. (Lopez P, 2003, p.418)

En el principio, debido a que a la legislación nacional no existía disposición legal alguna que en forma explícita faculte a un juez de la República a levantar el velo de una persona jurídica a fin de penetrar en su sustrato, existió bajo interés por parte de nuestra doctrina de estudiar el asunto. A causa de ello, fue recién la década de los noventa la época en que la doctrina nacional se comenzó a familiarizar con esta materia.

El máximo tribunal de Chile dio a conocer sobre la teoría explicando sus fines: Corte Suprema de Justicia (2008) Sentencia No 1527-2008 “desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano, la teoría denominada “disregard of legal entity”, traducida libremente en lengua española como del “levantamiento del velo de personas jurídicas”, la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ella y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente”

Sin embargo, la profesora Patricia López Díaz (2009, p.62) hace una crítica interesante respecto a la fundamentación que ha mantenido la mayoría de la doctrina y la escasa jurisprudencia nacional, reseñada en el párrafo anterior. Por años se ha enfocado la fundamentación del levantamiento del velo desde una perspectiva del derecho sustantivo, recurriendo para tal efecto a principios e instituciones propias del derecho civil, laboral y societario; ello, sin duda, significó un gran avance en la represión del abuso de la personalidad jurídica en nuestro país, y permitió que se invocara esta teoría por parte de nuestros tribunales a pesar de no existir norma expresa que lo regule, sin embargo, hoy en día resulta importante abordar esta doctrina, ya no desde el derecho sustantivo, sino que desde una perspectiva eminentemente procesal.

2.6.1.5.4. **República Dominicana**

Como lo estableció Dante Figueroa (2012), República Dominicana es el único país latinoamericano que tiene una ley de responsabilidad de las sociedades mercantiles cuando se comenten actos que defraudan a terceros, los demás países latinoamericanos se basan en la jurisprudencia en los temas donde existe el fraude en las corporaciones.

Así surge el denominado velo corporativo que, a los fines, es equivalente a la responsabilidad limitada. Yéndonos a una interpretación exegética del término, se le denomina a esta protección del patrimonio como velo corporativo porque efectivamente, con la creación de una sociedad y la consecuente separación entre los aportes y el patrimonio personal, se vislumbra un velo o manto que impide apreciar, dentro del marco de una compañía, los haberes personales de los socios. De la misma manera que puede significar esta protección una salvaguarda para los socios, puede representar por igual una amenaza al orden público y a los particulares. Esto es así, porque esta fragmentación particular puede, como en muchos casos sucede, ser utilizada para fines atípicos o ilícitos. Tal es el caso de ocultación de bienes, lavado de activos, violar obligaciones contractuales, conyugales, crediticias entre muchos ejemplos que podrían mencionarse.

Parecería entonces que la creación de una compañía resultaría la solución preferida por los defraudadores para realizar cualquier tipo de actividad ilícita (Nougreres, Ana, 1993, p.17).

La ley 479-08 sobre Sociedades Comerciales y Empresas individuales de Responsabilidad Limitada, de la misma manera que establece el surgimiento del velo corporativo, prevé además la posibilidad de hacer inoponible esa personalidad jurídica para evitar el fraude o la mala fe. De esta manera dedica la sección II del Capítulo I a regular esta vía de perforar el velo corporativo.

El artículo 12 de la ley 479 - 08 establece que:

“Podrá prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad, cuando esta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros. A los fines de perseguir la inoponibilidad de la personalidad jurídica se deberá aportar prueba fehaciente de la efectiva utilización de la sociedad comercial como medio para alcanzar los fines expresados.

Así mismo los párrafos del mencionado artículo dejan entrever ciertas características de esta acción en inoponibilidad. A saber: Es una acción judicial. El levantamiento del velo corporativo solo podrá ser realizado por un juez competente con el procedimiento civil por vía principal o por el procedimiento penal por vía accesoria. No conllevará la nulidad de la sociedad. El tribunal determinará las personas a las que se les hará inoponible la personalidad jurídica y sobre cuales bienes. No puede afectar el levantamiento, una afectación a los terceros de buena fe.

Esta figura, es en definitiva una coerción legítimamente ejercida por el Estado para evitar el fraude a la ley, a los terceros, así como de preservar la competencia leal en el mercado. A pesar de la gran herramienta que representa esta acción, no ha sido puesta en ejecución por ningún tribunal de la República a la fecha. Restaría esperar la incoación de esta acción para analizar las vertientes y limitantes que solo la práctica puede ofrecer.

2.6.2. Llegada a Colombia

Hemos hecho un recorrido por la historia de la desestimación de la personalidad jurídica analizando todos los puntos de vistas, desde las garantías a terceros como el

desacierto de socios incurriendo en fraude, es momento de establecer como fue la llegada de la doctrina a nuestro país Colombia y así determinar cuáles fueron los antecedentes que dieron paso a el levantamiento del velo corporativo en este país.

Podemos decir que en primera instancia, el abuso de personalidad jurídica constituyo una abertura a innumerables situaciones que involucraban al gremio de los empresarios en Colombia, moviéndose en la teoría general del abuso del derecho. La constitución nacional de Colombia en su artículo 95 hace alusión a los deberes y obligaciones que tiene cada persona a respetar os derechos ajenos y a el no abuso de sus propios. Estas normas son aplicables a la persona jurídica, sirviéndose para observar el ordenamiento jurídico colombiano desde los fundamentos filosóficos en la prohibición de cualquier conducta que va en esta dirección.

El artículo 830 del Código de Comercio, que establece que quien abuse del derecho estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause. Tal artículo que es coherente con el marco constitucional, responde igualmente al hecho de que toda norma jurídica se refiere a la actividad de una persona frente a otra, entre las que surge una relación como sujetos activo y pasivo, a partir de la cual surge la facultad de exigir todo aquello que la ley concede al sujeto pasivo en virtud del inadecuado accionar del sujeto activo. (Cuentas, 1997)

Bajo estos parámetros la Corte Constitucional se ha pronunciado diciendo que el abusó del derecho cuando su titular hace un uso inapropiado e irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines, aun mas en donde injustificadamente se afecte los derechos de otros, sobre pasa los limites, la sentencia T-511 de 1993, le dio paso a la teoría que no basta con el abuso del derecho, sino que además se cause un daño sin justificación a terceros.

Las personas jurídicas al igual que las personas naturales pueden hacer uso de sus facultades hasta donde le es permitido; es decir el abuso de su derecho que causa un perjuicio a un tercero, puede incurrir en un delito. En el caso de las personas naturales se ven afectadas en las voluntades de las personas cuando el desarrollo lo lleva a un fin diferente de la protección de su derecho.

La personalidad jurídica propende por la creación de un orden, cuya existencia se justifica en la medida en que sirve como mecanismo para la movilización de capitales y otros fines de colaboración al estado (Etcheverry, 1997, p.81).

Al apartarse de dicho norte entonces nos encontramos ante la presencia de una situación que pone en peligro el equilibrio económico y social en que se desarrolla la persona jurídica, y que al ser digna de reproche debe aparejar una sanción. (Rodríguez Arias, 1955, p.55)

La teoría del abuso de la personalidad jurídica se encuentra fundamentada en un principio general del derecho, la aplicación de esta materia se regula en Colombia bajo el rol de no abuso del derecho. En el derecho colombiano no hay fundamento en la teoría del abuso de la personalidad jurídica junto a la equidad como la doctrina estadounidense; mas sin embargo el abuso del derecho está plenamente consagrado en el artículo 830 del código de comercio “el que abuso de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Se abusaría del derecho cuando su utilización sea contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta para reconocerlo o permitir su ejercicio, o cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres. (Dobson, 1991, p.28).

La constitución colombiana establece en el artículo 333 que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Este artículo hace de las sociedades mercantiles entran a un campo actual novedoso, pero no dejando a la deriva el limitar el ordenamiento jurídico, para no causar una afectación a terceros o a la economía general.

Como lo anuncia Arrubla Paucar (2010), si bien la figura es de origen norteamericano, su aplicación en Colombia no se da como resultado de una analogía jurisprudencial, sino con base en la regulación que ya se anotó sobre el abuso del derecho, citado en el artículo 830 del Código de Comercio, y por tanto su consecuencia inmediata. La figura ha sido conocida como “Desestimación de la personalidad jurídica”, aunque no exista una ley específica que aun la reconozca, el artículo 42 de la ley 1258 de 2008 se refiere a la figura, no siendo concreto en que situaciones podría encuadrarse la figura.

Puede decirse que esta ausencia de criterios, o de conocimiento sobre la materia han generaron en un ejercicio errático de dicha figura, con lo que es fácil de concluir que tal como lo estima el citado artículo, se termina por crear una pseudo jurisdicción societaria, en cabeza de la Superintendencia de Sociedades; la cual es coherente con el artículo 24, numeral 5, literal d) del Código General del Proceso. Aspecto que entendemos positivo en atención al principio de especialización; aunque ello no suponga que los pronunciamientos que al respecto se puedan presentar no estén protegidos de ser atacados por vía de nulidad y restablecimiento. (Maldonado, 2016, p.93)

De manera general, la desestimación de la personalidad jurídica, es una situación excepcional hecho contenido en la sentencia C-510 de 1997, no tratándose de una responsabilidad objetiva, sino de una presunción, la cual admite pruebas en contrario en el

sentido que no fue la administración societaria la responsable de la situación económica de la sociedad. Existen otros dos pronunciamientos muy similares entre sí (Sentencia SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003), que podríamos llamar como no tan afortunados en los que se ordena el levantamiento del velo de dos sociedades matrices, en los que se ordena que éstas deben responder por el pasivo pensional de sus filiales. Decimos que no son tan afortunadas, ya que no puede presumirse obligatoriamente que siempre que una sociedad sea filial y exista una matriz, toda la responsabilidad debe recaer sobre la matriz (Gaertner, 1989, p.85)

El Artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, solo tendrá operatividad en los casos en que se utilice la sociedad en fraude o perjuicio de terceros. A una lectura rápida de la norma, puede entenderse como positivo, sin embargo, hay que anotar que la excepción solo opera en consonancia con la situación prevista en el artículo 1 de la citada ley respecto de la no responsabilidad por las obligaciones laborales que se causen. (Maldonado, 2016, p.93)

Al respecto, la Corte Constitucional anotó en Sentencia C-090 de 2014, que

“no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.”

Podemos afirmar que la figura en Colombia puede estar siendo objeto de un trato diferente a si lo menciona Marlon Maldonado (2016) la naturaleza con la que surgió como teoría. Ya que lo correcto es que en primera instancia la protección de los trabajadores sea

legal, como derecho constitucional y no a ruego como se ha previsto en la norma en comento.

El levantamiento del velo societario constituye una medida importante para poner freno a los abusos que se han venido presentando con ocasión del aprovechamiento de las ventajas dadas a la sociedad en lo referente a la autonomía de la personalidad jurídica y la limitación de la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportes. Así las cosas, cumple una muy importante función económica, toda vez que, así como el estado ha mostrado su interés en la protección de la empresa, lo cual constituye un estímulo a los inversionistas, es preciso también desarrollar mecanismos que sirva para controlar los abusos. máxime cuando dicho control tiene asidero constitucional, al establecerse que en Colombia existe la libertad de empresa, pero con límites. Aunque, si bien excepcional, deben ser más claros los presupuestos objetivos por los que se aplica esta excepción a la regla general de la limitación de la responsabilidad, ya que la misma termina por generar inseguridad jurídica, al quedar dicha decisión en manos del juez, con lo cual será determinante el ejercicio probatorio que pueda realizarse. no obstante, no es fácil realizar correctamente el ejercicio probatorio, en especial cuando se trata de información contable o respecto de la motivación en la toma de decisiones, para demostrar que no se obró con la prudencia y buena fe requeridas. (Maldonado Marlon, 2016, p.95)

2.7. Desestimación de la personalidad jurídica y su aplicabilidad en Colombia

En Europa, los comerciantes italianos desarrollaron prácticas en el comercio que permitieron grandes avances en las instituciones jurídicas, como, por ejemplo, figuras como

la *commenda*, *compagnia*, *societas*. Según Arrubla (2010, p. 59), esta evolución eventualmente hizo posible una separación patrimonial y de acreencias entre los socios (las personas) y las sociedades mismas (la figura jurídica), logrando hacer un avance significativo hacia la figura que hoy se conoce como el reconocimiento de la *personalidad jurídica*. El desarrollo de esta institución jurídica se dio de acuerdo a la necesidad y al interés de las sociedades; para Jaime Arruba (2010, p. 56) el mayor perfeccionamiento de esta, se alcanzó con la responsabilidad limitada de los socios o accionistas en cuanto a las operaciones que la sociedad concebía, conocido hoy como la protección del velo corporativo a los socios.

El jurista español Chulia (1978, p. 106) afirma que las instituciones de personalidad jurídica contribuyeron en la expansión del capitalismo, pero trajeron consigo algo negativo: los abusos cometidos en su utilización para propósitos ilícitos. Esta consecuencia produjo que la jurisprudencia, doctrina y legislación hicieran un esfuerzo para darle frente a los abusos.

La separación de patrimonios y responsabilidades entre los socios y la sociedad surgió como consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica por parte de la sociedad. Cuando los socios utilizaban la estructura societaria para cumplir un objetivo ajeno al de la sociedad defraudando a la ley o a terceros, se aplicaba la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica, por medio de la cual las autoridades judiciales pueden prescindir de la separación de patrimonios y de responsabilidades, para que sean los socios quienes respondan por las obligaciones de la sociedad cuando han abusado de la estructura societaria (Jaramillo, 2011, p. 125).

En Colombia, en primera instancia, se han llevado a cabo discusiones respecto a si es posible aplicar la teoría del abuso de la personería jurídica, en la medida que existen dos

puntos de vista: Primero, que la aplicación de esta teoría no es posible porque existe un vacío, y segundo, que la aplicación de esta teoría se permite en la medida que este fundamentada en el abuso del derecho. Respecto al primero, se argumenta que no existe tal vacío ya que la teoría se fundamenta en el abuso del derecho. Esto nos da razón para optar por el segundo punto de vista, según el cual el abuso de personería jurídica consagrada como abuso de derecho, se aplica en Colombia gracias a normas establecidas como lo es el artículo 830 el código de comercio que establece: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause” (Ardila Carlos, 2016, p. 110).

La teoría del abuso de la personalidad jurídica y su consecuencia inmediata, que es el desmantelamiento del velo corporativo, no son otra cosa que una aplicación del abuso del derecho, concretado en la utilización indebida de la personalidad jurídica (Rosembuj, 1999, p.103).

La teoría en que el abuso de derecho consagrado en el artículo 830 del Código de Comercio es suficiente para soportar la teoría del abuso de la personalidad jurídica en el derecho societario colombiano es efectivamente aceptada en Colombia. Ernesto Rengifo (2016, p.243) dice que el abuso del derecho es una fuente de responsabilidad civil, la cual se origina en el ejercicio abusivo de un derecho que se tiene. Lo que se pretende señalar es que los derechos no son meras facultades individuales que pueden ejercitarse ilimitadamente, sino que deben ejecutarse con razonabilidad y sin afectar desproporcionalmente a terceros.

Para que se configure el abuso del derecho se deben configurar los siguientes requisitos:

- a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal;
- b) el uso contrario a los claros fines de la norma;
- c) la imputabilidad, pues se presume

que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario (Monsset Jorge, 1994, p.138).

Si analizamos la figura, es evidente que la configuración del abuso del derecho hace directamente responsables a los socios de una sociedad por abusar de su derecho de crear personas jurídicas. En efecto, ocurre cuando los accionistas usan la sociedad para defraudar a terceros o al estado, hecho contra los fines legítimos de las sociedades.

La desestimación de la personalidad jurídica es, en efecto, una clase de abuso del derecho, o como lo menciona Arrubla (2010, p.71) una vía jurídica mediante la cual podría aplicarse la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica a otros tipos societarios que no sean la S.A.S.

Según Gil (2010, p.125), la cual la aplicación del abuso del derecho frente a la limitación de la responsabilidad de los accionistas se debe aplicar de manera restringida, pues el abuso del derecho debe utilizarse excepcionalmente por su naturaleza general. Además, la limitación de la responsabilidad en ciertos tipos societarios es un elemento fundamental para su debido funcionamiento, entonces, el juzgador debe ser muy celoso y bastante exigente en su aplicación, puesto que por este camino deja sin efectos el principio legal y general de la limitación de responsabilidad de los socios de las sociedades anónimas, por acciones simplificadas y limitadas.

2.7.1. Regulación en Colombia.

La concepción de la teoría del levantamiento del velo corporativo en Colombia nace de la prohibición del uso de la persona jurídica con finalidad fraudulenta, por esto sería

imposible oponerse a el beneficio de la separación patrimonial cuando exista el hecho fraudulento que lesione o dañe a terceros incluso la ley.

La corte constitucional reseño sobre el tema estableciendo:

“Cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudadora del beneficio de la separación (Corte Constitucional, Sentencia C - 865 , Sala Plena, 7 de septiembre de 2004, MP. RODRIGO ESCOBAR GIL)

Manifiesta Arrubla (2010, p. 67) que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran una serie de instituciones entre las que se encuentran la simulación absoluta o relativa, la responsabilidad por el hecho ilícito, la acción pauliana, las acciones revocatorias en los procesos concursales, la acción civil que surge del delito, la solidaridad pasiva, entre otras, cuya aplicación puede producir la desestimación de la personalidad jurídica, no

obstante estas instituciones implican la nulidad del acto contractual mientras que la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica o *levantamiento del velo corporativo* no es necesaria dicha desaparición, solo se busca directamente la responsabilidad en aquellos accionistas que utilizaron la sociedad fraudulentamente.

Para que este tipo de hechos no se den, la Superintendencia de Sociedades, organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, cuenta con competencias jurisdiccionales. Desde el punto de vista del derecho civil, estima este Organismo que los mecanismos mediante los cuales se concreta la figura del allanamiento de la personalidad son: a. La acción de simulación, y b. La nulidad absoluta de la sociedad (objeto o causa ilícitos) (Superintendencia de Sociedades, Oficio 220 – 12950, 27 de marzo de 1998,).

2.7.1.1. Constitución política de Colombia

La Constitución Política de Colombia protege la iniciativa de todo aquel que desee constituir empresa como base del desarrollo cumpliendo una función social, en lo que se conoce como la libertad económica de empresa. No obstante, también establece la misma Constitución, es su artículo 333, que estará a cargo del Estado el evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

El derecho de asociación es garantizado por la carta magna quien le da la libertad a los colombianos sean personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para que desarrollen actividades que se encuentren dentro del bien legal, desarrollando consigo un deber social en materia mercantil y productivo para el desarrollo económico del territorio.

Artículo 38 señala que “se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.”

La carta política reconoce y garantiza el derecho de asociación (art. 38). La competencia en materia de personificación de sociedades corresponde, pues, al legislador. Si la ley otorga la personalidad jurídica a las sociedades constituidas por escritura pública, ¿corresponde al legislador autorizar al juez para que excluya la personalidad jurídica surgida de la forma solemne del contrato de sociedad en casos determinados? Considero que esa autorización no es necesaria: cuando no se reúnen los elementos que la ley presupone para la personificación o cuando la sociedad es un mero instrumento de fraude, el juez puede excluir la personalidad jurídica (Anzola-Arruba, et al, 2010. pp. 47-48).

2.7.2. Código de comercio.

El artículo 98 del código de comercio les da posibilidad a los socios de constituirse como sociedad mercantil con ánimo de lucro, de acuerdo al cumplimiento de los elementos que requieren para su existencia y validez dentro del contrato social. Dicho artículo consagra:

“La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”

La expresión “una vez constituida legalmente”, se refiere a que la personificación de la sociedad carecía de valor normativo, porque la sociedad se personifica simultáneamente con el otorgamiento de la escritura pública sin más requisitos formales. Es exacto decir que la escritura pública es requisito ad substantiam de la personificación y ad probationem del contrato: puede existir un contrato de sociedad sin persona jurídica, que es el caso de las

sociedades de hecho. Los vicios e ilegalidades que afecten el acto constitutivo de una sociedad deben ser objeto de pronunciamiento judicial fundado en las pruebas recaudadas en el respectivo proceso. Sólo el juez puede remover el efecto de personificación del acto solemne y despojar a la sociedad de su condición de persona jurídica (Anzola-Arruba et al., 2010, p. 48).

La personalidad jurídica de estas sociedades mercantiles, según Oscar González (2016) se encuentra en la suprema importancia en consideración con las facultades que se pueden observar mediante la identificación de la forma en que adquieren sus atributos, la forma en la que se pierde y las actuaciones que se desarrollan por las mismas personas jurídicas. Al crearse una personalidad distinta lo que se quiere lograr es la separación de los bienes propios de los asociados y el ente societario. (p.97)

La legislación busca dotar de autonomía el nuevo ente constituido, otorgándole entre otros, atributos propios que diferencian plenamente los socios que lo conformen. Sobre esta noción la Superintendencia de Sociedades ha expresado en el oficio 220-054019, del 6 de mayo de 2011, lo siguiente:

“Así pues, por virtud de la personalidad jurídica una persona jurídica, entidad o asociación, adquiere capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, condición de la que se deriva la plena responsabilidad jurídica frente a sí misma y frente a terceros, como sujeto distinto de las personas que la conforman” .

El artículo 98 del Código de Comercio reconoce que las sociedades son personas jurídicas una vez constituidas legalmente, lo cual implica que si el contrato de sociedad no reúne los elementos esenciales que le son propios, el juez puede excluir la personalidad o su efecto la autonomía patrimonial, y responsabilizar a los socios. Si no hay un sustrato real la

sociedad no se personifica. Los jueces tienen instrumentos legales adecuados para excluir la persona jurídica, cuando no existe sustrato real como en caso de abuso. Los jueces de la República, especialmente las altas cortes, deben elaborar una doctrina al respecto y aplicarla sin timidez. No se requiere una ley que introduzca el *disregard*, en el sentido de convertir en ley la casuística norteamericana. Las normas legales que hasta ahora han consagrado aspectos parciales del *disregard*, como los artículos 61 y 82 de la ley 1116 de 2006, no implican que los jueces no puedan excluir la personalidad jurídica en situaciones diferentes, con la amplitud que cada caso requiera y con los efectos ya indicados, pues las normas generales ya lo permiten (León Edgar, 2010, p.57).

De igual manera, el artículo 830 del Código de Comercio prevé que el abuso del derecho de lugar a la indemnización de perjuicios, que entraría aplicar a las sociedades mercantiles constituidas para contrarrestar el uso fraude o daño a los terceros por parte de estas personas jurídicas. Señala este artículo:

“El que abuse de sus derechos está obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

El fundamento inicial de la teoría del abuso del derecho lo podemos denominar *restrictivo* en el sentido que, únicamente se abusaba del derecho subjetivo en tanto y en cuanto existiera en su titular la intención de dañar, esto es, cuando se ejercitaba sin utilidad o sin un interés serio y legítimo. No podía existir abuso fuera de la intención de perjudicar (Valencia Carlos, 1946, p. 132).

Para Ripert (1936, p. 68) la intención dañosa de perjudicar se manifiesta por la inutilidad del acto realizado o por la falta de un interés serio y legítimo en el ejercicio por su titular de tal o cual derecho. De esta forma, el abuso del derecho devenía una fuente especial de responsabilidad distinta de la culpa.

Para la teoría del abuso de derecho, como lo menciona su padre Joserrand (1946, p. 292) cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual y cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad. es aplicable a las sociedades mercantiles cuando los socios actúan con consecuencia de la malignidad del autor del acto, esto es, cuando la ley se conforma con la mala fe del agente. En este supuesto el abuso se deriva de la sola mala fe en el ejercicio del derecho. De abuso puede hablarse, igualmente, cuando el ejercicio del derecho no satisface un interés legítimo de su titular.

Para constatar que el abuso de derecho se pueda justificar con el levantamiento del velo corporativo el ordenamiento jurídico de manera positiva se regula este tipo de actos fraudulentos, negándole los derechos adquiridos como sociedad (reconocimiento de la personalidad jurídica), dado que estos beneficios consagrados en los artículos 98 y 830 del código de comercio no son más que posibilidades generadas a los accionistas para el desarrollo social y constitucional dentro territorio.

El empleo abusivo o fraudulento de la persona jurídica es el elemento que caracteriza a esta doctrina, por lo que al invocar la desestimación de la personalidad jurídica, se tiene la carga de la prueba, siguiendo normalmente los pasos de la jurisprudencia americana en donde se debe aclarar la ineficacia de las normas determinadas, como la constitución de la sociedad motivada con propósito comercial que no consista única y exclusivamente en desarrollar su objeto social generando actos fraudulentos (Ortiz Vaamonde, 2004, p. 20)

2.7.3. Ley 190 de 1995

Mejor conocida como Estatuto Anticorrupción, esta Ley fue expedida el 6 de junio de 1995, y pretende preservar la moralidad de la administración pública, teniendo como finalidad evitar por medio la separación patrimonial que se presenta con la persona moral se burle las prohibiciones e incompatibilidades de las personas naturales, levantamiento el velo corporativo para ver los verdaderos fines y beneficiarios.

El artículo 44 de esta norma señala:

“Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

Es pertinente reseñar que la aludida disposición tiene como finalidad impedir que, a través de la creación de una compañía se evadan o transgredan las prohibiciones e incompatibilidades para las personas naturales, o se dificulte la investigación de delitos contra la administración pública, o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con los mencionados propósitos se pretende descubrir el beneficiario oculto, para lo cual se levantará el velo corporativo (lifting the corporate veil), con lo cual aparece de manera contundente que la sociedad ya no será un ente distinto de sus socios. Así las cosas, es claro que el hecho de que la sociedad, una vez constituida legalmente, forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es una realidad que no se hace extensiva al campo del derecho penal, máxime si se tiene en cuenta que la compañía puede ser utilizada como medio para la comisión de hechos punibles (Superintendencia de Sociedades, 6 octubre 2004, Concepto 220-51821).

Bajo el criterio de la Superintendencia de Sociedades, la Ley 190 establece el levantamiento del velo corporativo como una figura preventiva más no reaccionaria, que

busca evitar que la limitación de la responsabilidad dada por la tipicidad de la sociedad y la separación patrimonial de los socios individualmente considerados, sean utilizados como un escudo para que estos no puedan ser tratados, investigados o requeridos como personas individuales y de hecho. De esa forma, se plantea que en el evento en que se considere conveniente, la sociedad y las personas que la conforman serán consideradas una, de forma que la inhabilidad de esta o aquellas, tenga efectos simultáneos en las dos partes (Pardo & Cabrera, 2016, p. 54).

Así, la norma tiene como finalidad evitar que bajo el amparo de la separación patrimonial que se presenta con la constitución de una sociedad en la cual se limita la responsabilidad de los socios (anónima, responsabilidad limitada, o la comandita por acciones respecto a los comanditarios) se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con tal finalidad la sociedad ya no será una persona distinta de los socios individualmente considerados como advierte la ley comercial, sino que se levantará el velo corporativo (*lifting the corporate veil*) y se descubrirá el beneficio oculto (Anzola-Arrubla et al, 2010, p. 70).

Mediante la Ley 190 de 1995 se dictaron normas laborales, administrativas, penales y financieras con el propósito de combatir la corrupción administrativa. El mencionado artículo autoriza la exclusión de la personalidad jurídica de una sociedad cuando, a través de ella, se soslayan los conflictos de interés y las incompatibilidades que afectarían a los socios personas naturales, o cuando la sociedad fuere titular nominal de bienes producto de ilícitos. El artículo de ninguna manera tiene el alcance de autorizar en forma general la

despersonalización de sociedades ni ese fue su propósito. No puede, pues, interpretarse con otro alcance o sentido (Anzola-Arruba et al, 2010, pp. 54-55).

La Superintendencia de Valores (hoy Superintendencia Financiera) reafirma lo mencionado anteriormente dejando claro que el estatuto deja que las autoridades judiciales omitan la limitación de la personificación jurídica y vallan tras los responsables de la conducta punible y beneficiarios reales para proceder a sancionarlos (Superintendencia de Valores, 1995, Resolución 400).

2.7.4. Ley 1258 de 2008

En el año 2007 se presentó y tramitó el proyecto de ley número 039, redactado y concebido casi íntegramente por Francisco Reyes, proyecto que en un trámite muy ágil se convirtió en la ley 1258 de 2008, mediante la cual se introducen al régimen legal las denominadas Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), inspiradas en la legislación francesa, en cuyo artículo primero expresamente se dispone que “la sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus aportes”. Con la introducción de esta figura, se supera cualquier discusión teórica, sobre todo si se tiene en cuenta que: a) la nueva ley expresamente reconoce que la SAS podrá tener uno o varios socios y b) la nueva ley, a diferencia de la ley 1014, es amplia en reconocer que este tipo de sociedades puede ser constituido por cualquier sujeto y no la limita a un sujeto calificado por activos o por número de empleados (Anzola-Arrubla et al., 2010, p. 205).

El artículo 42 de dicha Ley dispone:

“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.

La norma se aplica a las sociedades constituidas bajo la forma simplificada de la ley 1258 únicamente, lo cual implica que a otros tipos societarios deben aplicarse las normas generales, pues la aplicación analógica de esta ley no es posible dado su carácter imperativo y sancionatorio. Sin embargo, las normas generales permiten el allanamiento de la persona jurídica, según lo anterior, y deducir responsabilidad solidaria a accionistas y administradores por los daños causados. De conformidad con el artículo 2344 del Código Civil, la sanción del fraude a la ley puede ser la inoponibilidad o la nulidad, según el alcance del fraude. Se escinde la acción de nulidad de la acción indemnizatoria, que es accesoria de aquella, y en el plano conceptual se superpone la figura del fraude a la ley, que es autónoma (Ghestin, 1962, p. 683).

Entendemos que los accionistas de la SAS que se sirvan de la persona jurídica para evadir el cumplimiento de la ley o para dañar a terceros son obligados a responder personalmente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios que con ellos

se causen. Esto ya tenía un antecedente legislativo, regulado por el artículo 71 de la ley 222 de 1995 en materia de empresas unipersonales. En efecto, esta disposición fue analizada y respaldada previamente por la Corte Constitucional, respecto de la facultad que tiene el legislador para establecer excepciones a la limitación de responsabilidad de los asociados, con el fin de proteger la seguridad jurídica y el orden público (Reyes Villamizar, 2010, p. 74).

En esta Ley, de forma clara se manifiesta la presente teoría, ya que, a pesar de presentarse la limitación de la responsabilidad por parte de sus accionistas, esta prerrogativa no es absoluta ya que “la ley 1258 incluyó esta herramienta, con el propósito de prevenir el fraude corporativo imputándoles una responsabilidad a los accionistas”. Herramienta necesaria, que desde su nacimiento busco la protección de terceros, esto para que no se entendiera como sociedades de papel y se cometan conductas ilícitas (Pardo John y Andres Cabrera, 2016, p55).

Existen unas características fundamentales de la desestimación de la personalidad incluida en la ley 1258 del 2008, específicamente en el artículo 42:

- Primero: el artículo delimita esta acción a la sociedad S.A.S., y no habría una vía legal para aplicar este artículo para otros tipos societarios. Esto último se sustenta en que la única manera de aplicar disposiciones de la Ley 1258 de 2008 a tipos societarios del Código de Comercio sería la analogía, pero no debería aplicarse analógicamente una sanción como lo es la desestimación de la personalidad jurídica, en virtud que las sanciones deben tener una interpretación restrictiva y no amplia. No obstante lo anterior, cabe mencionar que la teoría del levantamiento del velo corporativo en que se sustenta este artículo, es una teoría societaria que ha sido aplicada frente a los otros tipos societarios.

- Segundo: esta disposición sólo es aplicable cuando se utilice la SAS en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.
- Tercero: la sanción es aplicable tanto a los accionistas como a los administradores de una sociedad.
- Cuarto: en caso de aplicarse, existirá una responsabilidad solidaria frente a los accionistas o administradores que ejecuten dichos actos.
- Quinto: la sanción aplicable será la nulidad de los actos defraudatorios o en perjuicio de terceros, según lo establecido en el Código de Comercio, artículo 830.

Con respecto a la nulidad establecida en el Código de Comercio, artículo 104, existen tres diferencias principales. La primera se da respecto al conocimiento de la nulidad o de los actos defraudatorios. Así, para que se aplique la nulidad por causa ilícita es necesario que todos los accionistas o asociados conozcan los móviles contrarios a la ley que induzcan a la celebración del contrato social. En cambio, este requisito no está establecido en la Ley 1258 de 2008, artículo 42, pues en esta la extensión de la responsabilidad ocurre frente a los accionistas que hayan realizado dichos actos y no se aplica frente a los accionistas que no los hayan hecho. La segunda diferencia es que en la nulidad del Código de Comercio, artículo 104, la sanción jurídica es la nulidad del contrato social o del aporte realizado por un socio determinado. En cambio, en la desestimación de la personalidad jurídica, la nulidad se predica de los actos defraudatorios realizados a través de la utilización de la SAS; más no del contrato social en su totalidad. La tercera y última diferencia es que la nulidad del Código de Comercio, artículo 104 y 105, sanciona también con inhabilidad para ejercer a todos los asociados y administradores, lo cual no ocurre frente a la desestimación de la personalidad jurídica (Fernandez Juan, 2017, p. 6).

Se puede considerar que la desestimación de la personalidad jurídica no es más que una clase de abuso del derecho, específica para el abuso del derecho de las personas jurídicas. Como lo menciona Arrubla (2010) una vía jurídica mediante la cual podría aplicarse la teoría de la desestimación de la personalidad a otros tipos societarios que no sean la S.A.S. Por otro lado, la opinión de Jorge Gil (2010) es derivada a la aplicación del abuso del derecho frente a la limitación de la responsabilidad de los accionistas excepcionando se por la naturaleza en general.

Además, como se mostró, la limitación de la responsabilidad en ciertos tipos societarios es un elemento fundamental para su debido funcionamiento, entonces, como lo afirma Hernán Gil, “(...) el juzgador debe ser muy celoso y bastante exigente en su aplicación, puesto que por este camino deja sin efectos el principio legal y general de la limitación de responsabilidad de los socios de las sociedades anónimas, por acciones simplificadas y limitadas” (Gil, 2010, p. 125).

2.7.5. Ley 222 de 1995

Esta ley, en su artículo 207, dio la posibilidad de levantar el velo corporativo y extender la responsabilidad a los socios o accionistas de la sociedad por los perjuicios causados frente a la defraudación a los acreedores:

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

consideración al tipo societario. Congreso de Colombia (20 de diciembre de 1995)
Régimen de procesos concursales [Ley 222].

2.7.6. Estatuto Tributario

En los artículos 793 y 794 se establece la solidaridad del pago de los tributos, no obstante, dentro del Estatuto Tributario se establece la desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo corporativo con el fin de extender la obligación tributaria, figura introducida por el legislador según Calderón, con el fin de evitar las posibles maniobras de los accionistas, escudándose en la identidad propia de la sociedad, para así desviar recursos, dejando insolvente a la deudora y de esta manera burlar la administración a la hora de cobrar las obligaciones causadas a su favor, de esa manera la legislación colombiana prevé la posibilidad de levantar el velo corporativo desconociendo la personería jurídica propia e independiente de cada integrante del grupo económico, para efectos de extender a los accionistas el cobro de las obligaciones causadas (Calderon, 2010, pp. 339-340).

Señala el artículo 794-1 de dicha norma:

“Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice una o varias sociedades de cualquier tipo con el propósito de defraudar a la administración tributaria o de manera abusiva como mecanismo de evasión fiscal, el o los accionistas que hubiere realizado, participado o facilitado los actos de defraudación o abuso de la personalidad jurídica de la sociedad, responderán solidariamente ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria

de nulidad de los actos de defraudación o abuso, así como la acción de indemnización de los posibles perjuicios que se deriven de los actos respectivos serán de competencia de la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario (...)”.

En síntesis, se puede aplicar el levantamiento del velo corporativo, cuyo propósito es correr el velo corporativo para responsabilizar a los socios de la sociedad que fraudulentamente ha sido utilizada para defraudar a la ley, los terceros, la buena fe, las buenas costumbres, los principios del derecho en el que sobresale para el presente trabajo y como elemento fundamental de la teoría el principio de no abuso del derecho. Los supuestos para levantar el velo corporativo son: Abuso del derecho, fraude a la ley, daño fraudulento ocasionado a terceros (Pardo y Cabrera, 2016. P. 57).

2.8. Tipos de sociedades mercantiles a las que les es aplicable la desestimación de la personalidad jurídica

La personalidad jurídica es una realidad social a las que se le suministra individualidad propia, distinta a la de cada una de socios; que actúa como un organismo autónomo teniendo como finalidad un patrimonio, no dejando de lado el poder de representación que tiene esta persona ficticia, este representante actúa como un mandatario, al no solo representar a la persona jurídica si no al interés de cada uno de los socios que la integran, podríamos decir que no es más que una práctica jurídica que separa las autonomías patrimoniales de las personas naturales a un ente societario con nacimiento en el comercio. Las sociedades mercantiles son personas jurídicas, es decir, organismos autónomos provistos de derechos patrimoniales. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles

es una conquista del derecho medieval italiano. El derecho romano reguló los efectos del contrato social, pero no se formó el concepto general de un patrimonio social distinto del de los socios y administrado por todos o alguno de ellos. Si bien en la vida romana ocurrió constituir contractualmente una caja social a fin de no liquidar de cuando en cuando las ganancias o pérdidas de cada negocio, aquella caja vino siempre considerada como copropiedad de los socios, contra la que los acreedores podían accionar como si fuese una porción del patrimonio del deudor (Vivantes Cesar, 1932, p.58).

Esta percepción de unión patrimonial fue superándose a través del tiempo, que logro desligarse de los socios individualmente, llegando a ser constituido legalmente un nuevo ente societario. La doctrina moderna valora la separación del patrimonio de los socios o accionistas del ente societario ya formado en la doctrina clásica. En otras palabras, su formación como una persona jurídica es determinante, puesto que se genera la separación del patrimonio de la sociedad del de sus asociados individualmente considerados y, en consecuencia, la limitación de la responsabilidad de los socios, esto es, la limitación del riesgo que asumen los socios por el monto de lo aportado al fondo social. Por lo tanto, será el fondo social común el que garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas frente a terceros y el que facilite el desarrollo de las actividades de la sociedad (Peña, 2011, p.30).

Abandonado el tema doctrinal de la personalidad jurídica, es importante entrar a las disposiciones legislativas colombianas el decreto 410 de 1971 en el cual se creó el código de comercio indica en su artículo 98:

“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”.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-090 de 19 de febrero de 2014, agrega que la personalidad jurídica va de la mano con el derecho a la asociación la cual tiene como objetivo lo siguiente:

“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 objetivo 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 jurídico”.

Podemos sintetizar que, la persona jurídica tiene claramente una autonomía patrimonial que ya existe entre el patrimonio de los socios y la sociedad, que fue entregada por el estado para que las personas del común organicen sus actividades con el fin que el orden jurídico estima amparables, no sienta la sociedad la única beneficiada, dado que favorece en los avances económicos, permitiendo anular esfuerzos bajo un interés común y un solo patrimonio. La personalidad jurídica es catalogada como un ente colectivo múltiple en el sentido que es integrada por un conjunto de personas naturales o jurídicas (Peña, 2011, p.33).

Como es entendido, la constitución de una sociedad crea una persona jurídica diferente de las personas individuales de sus socios. Esto implica que la sociedad es sujeto de derechos y obligaciones y, dependiendo del tipo de sociedad, los socios responderán por las obligaciones contraídas por la sociedad o los actos ilícitos en que se vea envuelta.

Para el caso de las sociedades de personas, la responsabilidad de los socios es solidaria e ilimitada, por lo que no aplicará esta figura, pues responderán con la totalidad de su patrimonio propio frente a las obligaciones de la sociedad. Por el contrario, tratándose de sociedades de capital (anónimas, de responsabilidad limitada y por acciones simplificada), la responsabilidad de los socios es limitada al aporte que hagan a la sociedad y por ello, serán objeto del uso de esta figura. Para este tipo de sociedades, la creación de una persona jurídica diferente constituye una garantía para sus socios, consistente en la protección de sus bienes personales frente a las responsabilidades que se deriven del riesgo normal en el desarrollo del objeto social, esto se conoce como la creación del velo corporativo (Barrera, 2017, p. 2)

Por otro lado, la Superintendencia de Sociedades ha considerado que la S.A.S. se trata de sociedades de capital, donde los accionistas responden hasta el monto de su aporte y no con su patrimonio propio, no aplica formalmente la figura del levantamiento del velo corporativo, pues el artículo 42 de la ley 1258 de 2008.

Entendida la desestimación jurídica de la sociedad como lo menciona Juan Fernández (2017, p.5) la acción de desestimación de la personalidad jurídica es una acción que desconoce, en determinados casos, la distinción patrimonial entre los socios y la sociedad, con la finalidad de proteger a terceros.

El fraude a la ley consiste en el conocimiento previo que tiene una persona del alcance jurídico de una norma y la acción o conjunto de acciones formalmente válidas que emprende, dirigidas a la omisión de ese alcance o a darle otro diferente y; los actos en perjuicio de terceros son acciones válidas y legales que se realizan con la finalidad de causarle un perjuicio a otro, por ejemplo, el deudor que constituye una sociedad para disminuir el patrimonio propio y así afectar el respaldo de su crédito. Lo que se busca entonces es ir más allá de la responsabilidad de la sociedad, descubrir quiénes fueron las personas naturales que participaron en los actos, para que se borre su limitación de responsabilidad y respondan con su patrimonio (Barrera, 2017, p. 5).

2.8.1. Sociedad anónima

La sociedad anónima le da participación a numerosos socios, que tienen como facultad determinadas acciones que pueden ser transmitidas libremente. Este tipo de aportes beneficia a los socios, dado que no podrán responder personalmente por deudas que la sociedad contraiga con terceros, sino que su responsabilidad se limita al monto de sus aportes.

La sociedad anónima es la típica asociación de capital en donde las personas que la conforman no tienen significación alguna, no son llamativas para los terceros que negocian con ella, sino que es el capital de la compañía el que determina su importancia y la hace más o menos apetecible al inversionista; en contraposición a la sociedad de personas, en la que el buen nombre y reputación de sus socios son el imán que atrae el interés del mundo comercial (Acosta y Salazar, 1985, p.37).

La forma de organización económica de nuestros días, debe responder a las necesidades de satisfacer las exigencias de grandes masas de consumidores de bienes y servicios. Por ello, ha sido necesario organizar entidades que puedan producir bienes de consumo o proporcionar servicios, destinados a gran número de consumidores. La sociedad anónima es la sociedad de capital por excelencia. En ella se desvanece como elemento esencial la persona y lo que interesa es el capital. La sociedad anónima es una sociedad de capitales, con responsabilidad limitada, en la que el capital social se encuentra representado por acciones, en la que la propiedad de las acciones está separada de la gestión de la sociedad. Nace para una finalidad determinada. Los accionistas no tienen derecho sobre los bienes adquiridos, pero si sobre el capital y utilidades de la misma. (Montoya Ulises, 1967, p130)

2.8.2. Sociedad en comandita por acciones

Las sociedades comanditarias son derivadas de unos o varios sujetos que aportan a un capital en determinado fondo, estos aportes forman la sociedad de los cuales uno de los accionistas se encarga de la administración de esta sociedad y este responde solidariamente por las deudas que la compañía genere.

El artículo 352 del código de comercio establece: En la sociedad de comandita por acciones, la responsabilidad de cada socio le es atribuida de acuerdo a su calidad de socio frente a la sociedad, donde la responsabilidad de los socios gestores es solidaria e ilimitada respecto de las obligaciones de la sociedad, además de ser subsidiaria ya que solo responde ante terceros una vez haya sido requerida la sociedad en forma directa para el pago de las obligaciones sociales, en razón a que así lo estipula nuestro ordenamiento jurídico

“Aplicación de normas en lo no previsto con respecto a los socios gestores y comanditarios.

En lo no previsto en este Título se aplicarán, respecto de los socios gestores, las normas de la sociedad colectiva, y respecto de los comanditarios, las de las anónimas” presidente de la Republica de Colombia (27 de marzo de 1971) código de comercio [Decreto 410]

Con relación a esto los socios también tienen una responsabilidad limitada, al igual que la anterior sociedad anónima responden hasta el monto de sus aportes; pero llegado el caso la sociedad en comandita por acciones puede llegar a responder de alguna forma solidaria e ilimitada en el caso en que la razón social sea omitida sus siglas “S.C.A”, dado que el tercero presumirá que esta sociedad es colectiva lo que genera todas las responsabilidades que la sociedad amerita.

2.8.3. Sociedad por acciones simplificada

Como se mencionó anteriormente, la Sociedad por Acciones Simplificadas fue creada por la Ley 1258 de 2008, y surge como una evolución de las sociedades por fuera del Código de Comercio, es necesario mencionar que en principio lo que se buscaba con la creación de esta era poner a tono la legislación societaria con la evolución del mundo, de la economía globalizada y buscar un atractivo para la inversión extranjera, en principio se puede decir que este tipo de sociedades está regida principalmente por las normas imperativas, esto es por la ley 1258 de 2008, en segundo lugar, se regulan por los estatutos de las mismas, los cuales se erigen por la autonomía de la voluntad de los socios, y finalmente entran a regir las normas supletivas como conceptos de las superintendencias y adicionalmente los fallos de carácter vinculante (Pacheco, 2013, p. 4).

El marco legal de la Responsabilidad Patrimonial dentro de las Sociedades por Acciones Simplificadas se encuentra dentro de las normas que regulan el tema, y para el caso concreto nos remitimos al artículo primero de la Ley 1258, artículo que señala:

“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”.

La S.A.S el llamado fenómeno de la ley 1258 de 2008, a partir de la vigencia de esta ley en Colombia se crearon masivamente muchas sociedades ocasionando así la disminución de sociedades como la limitada. Este fenómeno se debió, a que la ley entrego a las personas que querían emprender, una herramienta más efectiva y con bajo costo económico. Con la entrada en vigencia de dicha normatividad, el gobierno nacional estableció que ya no podrían seguirse constituyendo Sociedades Unipersonales y a cambio ofreció un nuevo modelo, el de las S.A.S. que ha generado varias ventajas en términos económicos y administrativos, representados en su constitución y aval de su información financiera (Párra, 2014).

La sociedad por acciones simplificada se constituye por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Hasta donde la misma ley lo estipulo (artículo 42), el o los accionistas no serán

responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

Esta forma societaria es muy llamativa, porque claramente existe una limitación a la responsabilidad de estos constituyentes y la protección veras de su patrimonio, la corte constitucional se pronunció al respecto diciendo.

Es una forma de organización comercial autónoma, que si bien comparte rasgos comunes con las sociedades comerciales presenta a su vez caracteres distintivos que permiten diferenciarla, tales como lo relacionado con la forma y requisitos de constitución, a los efectos de su actividad frente a terceros y a su objeto social, entre otros aspectos relevantes. (Corte constitucional, 2007, Sentencia C-392).

La Corte Constitucional quería regular situaciones como la constitución de las sociedades de papel quien era un único empresario que se encargaba de la totalidad de los aportes, se necesitaba el crecimiento de una sociedad donde hubiera pluralidad de socios. También se buscó a través de esta sociedad evitar por todos lados que se produjera una fisura en el sistema de la limitación de la responsabilidad, pero logrando con esto una desmejora para esos terceros acreedores sobre esto POSNER (2010, p. 102) se refirió diciendo:

“(…) Las desventajas en relación a la restricción de riesgo de los accionistas, la responsabilidad limitada en las sociedades no es un sistema de eliminar los riesgos de fracaso empresarial, sino un mecanismo para transferir ese riesgo del inversionista individual a los acreedores voluntarios o involuntarios de la sociedad. Son ellos quienes asumen los riesgos de falencia de la empresa”.

También se podría tratar sobre la responsabilidad limitada que tienen estos accionistas en cuanto a las obligaciones y el haber social, pero en el caso de que esta S.A.S sea usada para fraude a la ley o para ocasionarle un perjuicio a un tercero acreedor, la ley 1258 del 2008 que le dio tantas facultades a esta sociedad por acciones simplificada por medio de los socios, se las quita y deberán responder por esas obligación o actos fraudulentos que fueron causados esto lo hace a través de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica.

Según lo expresado por el legislador los casos consagrados para la desestimación de la personalidad jurídica en la S.A.S., serán aquellos donde la sociedad se utilice para la realización de actos defraudatorios o en perjuicio de terceros, ahora es necesario explicar que se entiende por actos defraudatorios o por fraude, según lo descrito por el Dr. Velásquez Restrepo en su libro “Orden Societario”, en la concepción americana es necesario que el fraude tenga u suponga la existencia de un elemento subjetivo, y este será la mala fe, también resalta el autor que sin la existencia de elemento subjetivo no se tipifica la desestimación de la personalidad jurídica (Velasquez, 2002, p.642).

Colombia ha acogido lo expuesto por la teoría anglosajona, esto es, que para la existencia del fraude se necesita el elemento subjetivo que será la Mala Fe, es necesario aclarar que el ordenamiento jurídico colombiano exige que siempre se actué de buena fe en la celebración de todo acto o negocio jurídico (Pacheco, 2013, p. 8).

Según el artículo 1063 del Código Civil:

“Ejecución de buena fe. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que

emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

Debido a lo cual, se evidencia que en el ordenamiento jurídico colombiano el principio de Buena Fe se ha implementado como uno de los pilares de todo negocio o acto jurídico, este se puede definir como la exigencia que se le hace al particular o a la autoridad pública de actuar conforme a derecho. De tal modo, se vislumbra que la figura de la Desestimación de la Personalidad Jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano se implementa en los casos donde se presenten actos fraudulentos, esto es, la violación directa o indirecta de la ley o el perjuicio que se le puede causar a terceros.

2.9. El papel de la superintendencia de sociedades en el levantamiento del velo corporativo

La actual constitución de 199 consagró en su artículo 116 la posibilidad de que particulares y autoridades administrativas puedan ejercer funciones de naturaleza jurisdiccional. En efecto, dicho artículo establece en su inciso tercero:

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos”.

De la redacción del artículo 116 resalta a primera vista la excepcionalidad impresa a la atribución de dichas funciones, es decir, queda claro que la regla general sigue siendo aquella que impone la división orgánica del poder.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

“...En anteriores pronunciamientos de esta corporación, se ha establecido la regla según la cual no es incompatible el ejercicio simultáneo de funciones administrativas y judiciales por parte de las Superintendencias, siempre y cuando no se lesionen los derechos de los sujetos procesales ni se comprometa la imparcialidad del funcionario que está administrando justicia”.

En este mismo sentido, en la sentencia C-1641 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se afirmó que *"la ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial"*; Asimismo, se estableció que *"bien puede la ley atribuir funciones judiciales a las Superintendencias, tal y como lo hacen las disposiciones acusadas. Sin embargo, el actor acierta en señalar que en determinados casos, el ejercicio de esas competencias judiciales por esas entidades es susceptible de desconocer el debido proceso, pues si el funcionario que debe decidir judicialmente un asunto en esa entidad se encuentra sometido a instrucciones al respecto por sus superiores, o tuvo que ver previamente con la materia sujeta a controversia, es obvio que no reúne la independencia y la imparcialidad que tiene que tener toda persona que ejerza una función jurisdiccional en un Estado de derecho (CP art. 228)".* En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-1143 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).²

² Sentencia C-649 de 2001. Expediente D-3278. Sala Plena. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

Queda claro que las autoridades administrativas podrán ejercer excepcionalmente funciones jurisdiccionales en los términos señalados en el artículo 116 y, por tanto, queda entonces en manos del legislador la tarea de asignar dichas funciones a las entidades que, dentro de la estructura de la administración pública nacional, considere idóneas para administrar justicia sobre asuntos particulares.

Tal consideración ha recaído de manera especial sobre las Superintendencias, las cuáles pueden ser definidas como organismos adscritos de conformidad a lo establecido en los párrafos de los artículos 38 y 40 de la Ley 489 de 1998. Podemos utilizar la definición que nos trae el artículo 66 de dicha ley, en donde se define a las superintendencias como *organismos creados por la Ley y que, dentro de los límites de la autonomía administrativa y financiera que la misma les señala. Cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la Ley o mediante delegación que haga el presidente de la República.*

La Superintendencia de Sociedades, organismo adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, según lo señala el Decreto 1080 de 1996, actualmente cuenta con funciones jurisdiccionales actuando en casos como, abuso del derecho de voto, responsabilidad de administradores, resolución de conflictos societarios, designación de peritos, discrepancias sobre el acaecimiento de causales de disolución, ejecución específica de acuerdos de accionistas, impugnación de decisiones sociales, reconocimiento de presupuestos de ineficacia, responsabilidad de socios y liquidadores, oposición a la reactivación.

La Superintendencia de Sociedades, con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, más no en relación con una sociedad o

situación en particular, razón por la cual sus respuestas en esta instancia no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la entidad.

Bajo ese presupuesto se debe indicar que el artículo 24, numeral 5o, literal d) del Código General del Proceso que, otorga a la Superintendencia de Sociedades facultades jurisdiccionales en materia societaria, le corresponde declarar la nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se compruebe que se han utilizado en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, a sí como para declarar la responsabilidad solidaria, por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados, los accionistas y administradores que hubieren realizado, participado o facilitado tales actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados, y, por último, para conocer de la acción de indemnización por los perjuicios sufridos con ocasión de los mismos.

2.9.1. Análisis de una muestra de sentencias de la Superintendencia de Sociedades

Para analizar de manera concreta las actuaciones en las que la corporación se valen para levantar el velo corporativo de las sociedades mercantiles, fue de vital importancia entrar a estudiar las sentencias o resoluciones de la Superintendencia de Sociedades.

Para determinar la muestra a utilizar en el presente estudio, fue necesario identificar aquellas demandas cuya pretensión fuera la desestimación de la personalidad jurídica a sociedades mercantiles. Para ello, se tomó un periodo de tiempo comprendido entre los años 2013 a 2017, lo cual arrojó la cantidad de nueve (9) sentencias, las cuales

constituyeron la muestra. De vital importancia en nuestro análisis fue la ratio decidendi, cuyo examen nos permitiría saber, de manera concisa, la forma en que se deciden los casos donde se pide levantar el velo para protegerse el demandante del fraude presuntamente ocasionado.

2.9.1.1. Sentencia S 801-15 del 15 marzo del 2013

- Demandante: Jaime Salamanca Ramirez
- Demandado: Logística S.A.S., José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez.
- Solicitud de la demanda:

La demanda sometida a consideración del Despacho fue orientada a que se reconozca que José Vicente Padilla Martínez y Ligia Patricia Padilla Martínez se valieron de la sociedad Logística S.A.S. para perpetrar un fraude.

- Fundamentos Jurídicos:
 - Una solución idónea para contrarrestar el abuso de la sociedad de capital consiste en introducir medidas de fiscalización judicial que permitan controvertir ex post las actuaciones indebidas de los empresarios. Esta alternativa tiene la ventaja de imponerle altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fue diseñada la aludida figura societaria. Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso. Otra aplicación de esta figura podría

llevar a la inoponibilidad de la personificación jurídica societaria, en la forma descrita más abajo. Por lo demás, debe señalarse que estas medidas de fiscalización ex post les imponen a los jueces una exigencia de primer orden, vale decir, la necesidad de llevar a cabo un cuidadoso análisis orientado a establecer la procedencia de la correspondiente sanción. Es decir que, por obvias razones, la efectividad de estas medidas depende principalmente del adecuado ejercicio de la función judicial. La desestimación de la personalidad jurídica ha sido reconocida explícitamente en el ordenamiento societario colombiano. Entre nosotros, el fundamento para la aplicación de esta figura también puede encontrarse en la necesidad de evitar el abuso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad. Así, pues, diversas leyes promulgadas en el país establecen causales de extensión de responsabilidad en hipótesis claramente definidas. La principal norma en esta materia puede encontrarse en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor ‘cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados’. Se trata, en opinión de Reyes Villamizar, de un mecanismo que debe aplicarse cuando ‘la sociedad es utilizada como instrumento formal para incurrir en fraudes o abusos’.

- En la sentencia No. C-865 de 2004, la Corte se expresó de la siguiente forma acerca de la posibilidad de hacerle extensiva a los accionistas la responsabilidad por las obligaciones sociales: ‘Cuando se vulnera el principio de buena fe

contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. La Corte Constitucional también reconoció, en la misma sentencia, que la figura de la desestimación podía emplearse en el sentido de hacer inoponible la personificación jurídica societaria ‘cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural’.

- Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de agosto de 1999, aludió a la desestimación de la personalidad jurídica en los siguientes términos: ‘Pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. Es así como la doctrina ha elaborado la teoría del levantamiento del velo de la sociedad o lifting the veil, conocida también en el derecho anglosajón como disregard of legal entity, que son medios instrumentales o técnicas de aplicación de los tribunales, cuando la personalidad jurídica es utilizada para lograr fines ajenos a aquellos para los cuales se creó, caso en el cual debe prescindirse de tal persona y tomar en consideración los hombres y los intereses que detrás de ella se esconden. [...] 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’.

- Esta Superintendencia también se ha pronunciado en múltiples ocasiones acerca de la figura estudiada. En el Oficio 220-51821 del 6 de octubre de 2004, se expresó que ‘cada día ha tomado mayor entidad la figura del allanamiento de la personalidad o levantamiento del velo corporativo, con el propósito de enfrentar de manera eficaz a las maniobras que lejos de enfocarse a la satisfacción de la finalidad social, se encaminan a dar cumplimiento a intereses personales, desnaturalizando la figura societaria y utilizándola como instrumento para desconocer los derechos de terceros’. En ese mismo oficio se hizo referencia a algunas de las conductas que podrían dar lugar a la aplicación de la sanción correspondiente. Se trata, entre otras, de la ‘constitución de compañías mediante la figura de los prestanombres’ y la ‘creación de sociedades para causar perjuicios a terceros’. Más recientemente, esta Superintendencia manifestó que ‘el levantamiento del velo corporativo, es una medida indispensable para evitar que tras la figura de la persona jurídica societaria, se realicen conductas contrarias a derecho’.

- La desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. *Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los*

finés para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario. Así las cosas, en vista de la complejidad de la desestimación y la severidad de sus efectos, no parece prudente fijar, en abstracto, una lista de requisitos que sirvan para establecer la procedencia de esta sanción en nuestro ordenamiento. Los presupuestos requeridos para el efecto sólo podrán obtenerse luego de un cuidadoso proceso de decantación judicial, en el que, a partir de múltiples pronunciamientos, se conciben pautas debidamente ajustadas a las realidades del sistema colombiano.

- *En verdad, los elementos probatorios disponibles no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria. Se trata, más bien, de una disputa contractual entre el demandante y el citado accionista de Logística S.A.S., en la que la participación de esta última compañía estuvo circunscrita a intentar, en forma infructuosa, el pago de la mencionada obligación dineraria. Aunque los hechos narrados por el demandante podrían servir de justificación para adelantar un proceso ejecutivo, este Despacho debe concluir que el demandante no ha probado la existencia de un abuso de la forma societaria que amerite la desestimación de la personalidad jurídica.*

2.9.1.2.Sentencia S 801-23 del 24 mayo del 2013

- Demandante: Anyelo Paúl Rojas Pinzón
- Demandado: Agregados y Minerales del Llano S.AS. (Agremil S.A.S.)
- Solicitud de la demanda:

La demanda sometida a consideración del Despacho fue orientada a establecer si el señor Diego Adolfo Toro Ramírez se valió de la sociedad Agregados y Minerales del Llano S.AS. (Agremil S.A.S.) para perpetrar un fraude. Por tratarse de una acción de desestimación de la personalidad jurídica, debe aludirse, necesariamente, a los antecedentes que sobre la materia ha expedido esta Delegatura.

- Fundamentos Jurídicos:
 - En particular, debe traerse a colación lo expresado en la Sentencia 801-00015 del 15 de marzo de 2013, en la cual se realizó un detallado análisis acerca de la materia objeto de este proceso. En esa providencia se expresó que ‘la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. *Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de*

otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario'.

- El Despacho verificó que las actuaciones debatidas en el presente proceso no tienen la virtualidad para decretar la desestimación de la personalidad jurídica de Agremil S.A.S. Ello se debe a que los elementos probatorios disponibles no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria, sino que apuntan, más bien, al incumplimiento de las obligaciones dinerarias a cargo de la compañía demandada. Aunque los anteriores hechos podrían servir de justificación para adelantar un proceso en el que se reconozca el incumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo el contrato de arrendamiento, las circunstancias fácticas aducidas por el demandante no pueden dar lugar a que se aplique la sanción de desestimación. Así las cosas, este Despacho debe concluir que el demandante no ha probado la existencia de un abuso de la figura societaria que amerite la desestimación de la personalidad jurídica.

2.9.1.3.Sentencia S 801- 49 del 28 agosto del 2013

- Demandante: Seguridad Técnica Profesional de Colombia (Setecprocol) Ltda.
- Demandado: Coal Structural Engineering Civil Mechanical and Naval Company (Coespsa) S.A.S.
- Solicitud de la demanda:

La demanda sometida a consideración del Despacho está orientada a establecer si los accionistas de Coal Structural Engineering Civil Mechanical and Naval Company (Coespsa) S.A.S. se valieron de la sociedad para perpetrar un fraude. Por tratarse de una acción de desestimación de la personalidad jurídica, debe aludirse, necesariamente, a los antecedentes que sobre la materia ha expedido esta Delegatura.

- Fundamentos Jurídicos:
 - En particular, debe traerse a colación lo expresado en la Sentencia 801-00015 del 15 de marzo de 2013, en la cual se hizo un detallado análisis acerca de la materia objeto de este proceso. En esa providencia se expresó que ‘la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. *Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria.* Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario.
 - El Despacho que las actuaciones debatidas en el presente proceso no tienen la virtualidad para justificar la desestimación de la personalidad jurídica. Ello se debe a que los elementos probatorios disponibles no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria, sino que apuntan, más bien, al incumplimiento de las obligaciones

dinerarias a cargo de la compañía demandada. Aunque los anteriores hechos podrían servir de justificación para adelantar un proceso en el que se reconozca el incumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo los contratos de prestación de servicios, las circunstancias fácticas aducidas por el demandante no pueden dar lugar a que se aplique la sanción de desestimación. Así las cosas, este Despacho debe concluir que el demandante no ha probado la existencia de un abuso de la figura societaria que amerite la desestimación de la personalidad jurídica.

2.9.1.4.Sentencia S 800- 55 del 16 octubre del 2013

- Demandante: Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro)
- Demandado: Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S.

- Solicitud de la demanda:

La demanda presentada ante el Despacho fue orientada a establecer si las compañías demandadas, vale decir, Mónica Colombia S.A.S., Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S., se beneficiaron, en forma indebida, del programa de estímulos económicos de Incentivos a la Capitalización Rural (ICR). Para estos efectos, el apoderado de Finagro señaló, en su demanda, que ‘las sociedades demandadas fueron utilizadas por el Grupo Empresarial denominado “Mónica Colombia”, para hacer fraude a la ley.

- Fundamentos Jurídicos:
 - En anteriores oportunidades, el Despacho ha abordado el estudio de los mecanismos disponibles para hacerle frente al abuso de las personas jurídicas

societarias. Así, por ejemplo, en el Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, el Despacho se pronunció en los siguientes términos acerca del problema indicado: ‘El mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura. En lugar de proscribirla, se concluyó que, ante la importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima. Una primera aproximación al problema mencionado consistió en diseñar reglas que redujesen, ex ante, el riesgo de abuso de la figura societaria esgrimido para el efecto es que la rigidez propia de esta clase de requisitos deja amplio espacio para expedientes fraudulentos, orientados a burlar los mecanismos de protección contenidos en la ley. El argumento principal además, las aludidas reglas conllevan, usualmente, un incremento generalizado en el costo de operación para todos los empresarios, incluidos aquellos que no se proponen abusar de la figura societaria’

- En el auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, se concluyó que ‘una solución más idónea para contrarrestar el abuso [...] consiste en introducir medidas de fiscalización judicial que permitan controvertir ex post las actuaciones indebidas de los empresarios’. Esta alternativa tiene la ventaja de imponerles altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fueron diseñados los tipos societarios. Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en

hipótesis de fraude o abuso. Esta medida judicial ha encontrado su máxima expresión en la jurisprudencia estadounidense, en la que, por vía de un amplio acervo de antecedentes, se han establecido algunos presupuestos para determinar si debe imponerse la aludida sanción.

- La interposición ilícita de compañías corresponde al estudio de los motivos que condujeron a la creación de una determinada estructura societaria. En vista de los costos inherentes a la constitución y el funcionamiento de una compañía, es apenas lógico que los empresarios que recurren al uso de un tipo societario esperen recibir algún beneficio que justifique incurrir en las mencionadas erogaciones. En la mayoría de los casos, los beneficios perseguidos por los empresarios están amparados por el ordenamiento jurídico vigente. Es perfectamente legítimo, por ejemplo, constituir una compañía con el propósito expreso de acceder al beneficio de limitación de responsabilidad, en forma tal que los asociados no comprometan

2.9.1.5.Sentencia S 800-90 del 22 julio del 2015

- Demandante: Granportuaria S.A.
- Demandado: Cargo Logística S.A.S. y Daniel Enrique Price Anzola
- Solicitud de la demanda:

El caso presentado ante el Despacho fue orientado a establecer si el señor Daniel Enrique Price Anzola defraudó los intereses de Granportuaria S.A., mediante el traslado de los negocios de Cargo Logística S.A.S. hacia Salmon S.A.S.

- Fundamentos Jurídicos:
 - La jurisprudencia societaria comparada se ha analizado, en detalle, la defraudación de acreedores que se produce mediante el traslado malintencionado de los negocios de una compañía a otra. En España, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Navarra formuló las siguientes consideraciones en una sentencia del 7 de noviembre de 2000: ‘Obranava S.L., no es sino una continuación de la anterior sociedad Construcciones Corellanas S.L, y que se constituyó por los mismos socios de la anterior, procediéndose a la disolución de la anterior sociedad y a la continuación de la misma actividad, con el mismo objeto social, los mismos socios y la misma actividad, prescindiéndose de las obligaciones asumidas por la anterior sociedad [...] tal separación de personalidades jurídicas constituye, en el presente caso, una ficción mediante la que se pretende el nacimiento de una nueva sociedad, constituida por los mismos socios, con el mismo objeto social y el mismo ámbito de actuación, pero tratando de prescindirse, sin embargo, de la totalidad de las obligaciones asumidas por la sociedad anterior y no afrontadas al tiempo de la constitución de la nueva sociedad’. En sentido análogo, la Audiencia Provincial de Córdoba manifestó, en una sentencia del 18 de octubre de 2002, que ‘el íter secuencial de la sucesión de una y otra [compañía] y el trasfondo de la relación de parentesco entre los socios de las dos y el común denominador del cargo de administrador en ambas, ostentado por el codemandado [...] y con mayoría de participaciones del capital en las dos mercantiles, son circunstancias que evidencian el fraude [...]. Y es que [la nueva sociedad] se constituye en

enero de 2000, cabalmente cuando de facto cesa la actividad de la otra mercantil, y tres meses después de que venciera el plazo para abonar las facturas giradas a ésta'. En Estados Unidos, por su parte, una corte del estado de Kansas consideró procedente la desestimación ante las actuaciones de un demandado que, para eludir el pago de obligaciones sociales, 'puso en marcha algo similar a un juego de trile, en el que transfería la actividad comercial de una compañía a otra a medida que se hacían exigibles las deudas con sus acreedores.

- Es claro que la defraudación de acreedores descrita en el caso podría dar lugar a la desestimación de la personalidad jurídica, no puede perderse de vista que al demandante que pretenda hacer efectiva esa sanción le corresponde una altísima carga probatoria. Según lo expresado por este Despacho en la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, *'para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario'*.
- La labor probatoria de Granportuaria S.A. fue apenas exigua. Con la demanda tan sólo se aportaron pruebas de la existencia de una obligación dineraria insoluta y documentos de carácter público, tales como la escritura de constitución de Salmon S.A.S. Adicionalmente, la demandante solicitó que se

practicara el interrogatorio del señor Price y que se le oficiara al juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá para que enviara ‘copia auténtica del proceso ejecutivo singular que se tramita en contra de Cargo Logística S.A.S.’ (vid. Folio 6). *Con todo, para que prospere la desestimación de la personalidad jurídica en un caso como el que ahora se analiza, no es suficiente probar la existencia de una obligación insoluta y la creación de una nueva compañía con un objeto social afín al de la deudora disuelta. Un demandante que pretenda la desestimación en estas hipótesis debe aportar suficientes elementos de juicio para constatar que verdaderamente se han desplazado los negocios de una compañía a otra, con el propósito de defraudar los intereses de los acreedores sociales. Por ejemplo, la demandante podría haber solicitado inspecciones judiciales o exhibiciones de documentos, orientadas a establecer si Salmon S.A.S. en realidad presta servicios similares a los que ofrecía Cargo Logística S.A.S. Tales pruebas también habrían permitido determinar si Salmon S.A.S. desarrolla su actividad social con los antiguos clientes y trabajadores de Cargo Logística S.A.S. o, incluso, en los mismos lugares en los que operaba esta última compañía. Adicionalmente, los estados financieros y comprobantes de contabilidad de Cargo Logística S.A.S.*

2.9.1.6.Sentencia S 800-109 del 26 agosto del 2015

- Demandante: Empresa Regional del Servicios Públicos (SEMSA) S.A. E.S.P. y C.G.C. Colombia S.A.S.
- Demandado: Sociedad Aguas Regional de Macondo ARM S.A. E.S.P.

- Solicitud de la demanda:

La demanda sometida a consideración del Despacho fue orientada a establecer si los accionistas de Aguas Regional Macondo (ARM) S.A. E.S.P se valieron de la compañía para perpetrar un fraude. Según lo expresado en la demanda, ARM S.A. E.S.P. celebró con Aguas Macondo S.A. E.S.P. un contrato de operación y construcción de los sistemas de acueducto y alcantarillado de los municipios de Plato, Ariguaní, Aracataca, Nueva Granada y Cerro Verde. En desarrollo del referido contrato, ARM S.A. E.S.P. contrató a Empresa de Servicios Públicos (Semsa) S.A. E.S.P. y C.G.C. Colombia S.A.S. para que supervisaran el cumplimiento de las obligaciones a cargo de aquella sociedad (vid. Folio 16). El 9 de agosto de 2012, ARM S.A. E.S.P. y Aguas de Macondo S.A. E.S.P. acordaron dar por terminado el contrato de operación a que se ha hecho referencia (vid. Folio 270 a 275). Al momento de terminarse el aludido negocio jurídico, ARM S.A. E.S.P. le adeudaba a Semsa S.A. E.S.P. y C.G.C. Colombia S.A.S. unas sumas derivadas de las labores de supervisión antes mencionadas. Con todo, para la fecha en que se emite esta sentencia, ARM S.A. E.S.P. no ha efectuado el pago de tales obligaciones dinerarias.

- Fundamentos Jurídicos:

- *Debe recabarse, en este orden de ideas, sobre la importante carga probatoria que recae sobre aquellos sujetos que pretendan la extensión de responsabilidad que se produce en hipótesis de desestimación de la personalidad jurídica. En efecto, según lo expresó este Despacho en la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, ‘por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga*

probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario'. En el caso, sin embargo, la labor probatoria de las demandantes fue apenas exigua. Con la demanda tan sólo se aportaron algunas pruebas de la existencia de una obligación dineraria insoluta y algunos documentos de carácter público. A pesar de las falencias probatorias reseñadas, la gravedad de las acusaciones formuladas por las demandantes llevó al Despacho a decretar oficiosamente diversas pruebas, en ejercicio de las potestades consagradas en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, como se explicó en los acápites precedentes, las pruebas decretadas por el Despacho no sirvieron para corroborar la existencia del fraude descrito en la demanda. Es por ello que debe insistirse en que las demandantes no han probado la existencia de un abuso de la figura societaria que amerite la desestimación de la personalidad jurídica.

- Al respecto, se debe señalar que el inventario, 'además de ser el punto de partida para el cumplimiento de las operaciones de la liquidación, es una obligación legal que pesa sobre el liquidador'. De ahí que, tanto las obligaciones condicionales como las litigiosas deben aparecer en el inventario respaldadas por una provisión que garantice su pago eventual'. Desde luego, las obligaciones de esta naturaleza también deberán verse reflejadas en la cuenta final de liquidación cuando 'los bienes sociales hayan sido insuficientes para pagar las obligaciones con terceros.

2.9.1.7. Sentencia S 800-29 del 29 abril del 2017

- Demandante: Caracol TV S.A
- Demandado: Affinity Network S.A.S. en liquidación y Héctor Fajardo Fajardo
- Solicitud de la demanda:

El proceso sometido a consideración del Despacho fue orientado a establecer si se han perpetrado actuaciones fraudulentas que justifiquen la desestimación de la personalidad jurídica de Affinity Network S.A.S. en liquidación. Caracol Televisión S.A., quien invoca su condición de acreedora de la compañía, considera que el accionista controlante y antiguo representante legal, Héctor Fajardo Fajardo, promovió diversos actos encaminados a evadir el pago de obligaciones sociales (vid. Folio 4). Así, pues, la demandante ha solicitado al Despacho que declare la nulidad absoluta de los actos defraudatorios en cuestión y extienda la responsabilidad al señor Fajardo y demás accionistas de la compañía demandada por el pago de tales pasivos. Por su parte, los demandados han sostenido que ninguna de las operaciones controvertidas por Caracol Televisión S.A. estuvo encaminada a defraudar sus intereses.

- Fundamentos Jurídicos:
 - Para comenzar, es relevante traer a colación lo expresado en la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, en la cual se realizó un detallado análisis acerca de la materia objeto de este proceso. En esa providencia se expresó que ‘la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente

cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. *Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario*’.

- En un pronunciamiento posterior, este Despacho censuró el uso de personas jurídicas societarias para defraudar los intereses de los acreedores de una compañía. Es así como, en el caso de RCN Televisión S.A. contra Media Consulting Group S.A.S. se suspendió una transferencia de activos aparentemente encaminada a hacer imposible el cobro de unas sumas de dinero a cargo de la sociedad demandada. Según lo expuesto en el auto n.º 801-16441 del 3 de octubre de 2013, ‘a pesar de que en nuestro sistema legal es factible realizar donaciones, no parece aceptable que, mediante un acto de naturaleza gratuita, se reduzca el patrimonio de una compañía en forma tal que a los acreedores sociales les resulte imposible cobrar las obligaciones insolutas a su cargo’.
- Esta entidad también ha negado en diversas oportunidades pretensiones orientadas a extender a los asociados de una compañía la responsabilidad por pasivos sociales insolutos. La razón estriba principalmente en la dificultad de verificar, con

suficiente certeza, la utilización de la figura societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación. En el caso de Antonio Di Napoli y Myriam Isabel Peña de Guevara, por ejemplo, el Despacho se abstuvo de condenar a los accionistas y administradores de Divinus Group S.A.S. a pagar unas acreencias a favor de los demandantes. En la sentencia n.º 800-97 del 12 de octubre de 2016, el Despacho explicó que los demandantes no lograron acreditar que los demandados se valieron de la compañía para frustrar u obstaculizar el cobro de los pasivos sociales invocados, los que, además, se encontraban respaldados por garantías prendarias e hipotecarias.

2.9.1.8. Sentencia S 800-89 del 15 septiembre del 2017

- Demandante: Interglobo S.R.L
- Demandado: Daniel Enrique price anzola
- Solicitud de la demanda:

El proceso sometido a consideración del Despacho fue orientado a establecer si se han perpetrado actuaciones fraudulentas que justifiquen la desestimación de la personalidad jurídica de Affinity Network S.A.S. en liquidación. Caracol Televisión S.A., quien invoca su condición de acreedora de la compañía, considera que el accionista controlante y antiguo representante legal, Héctor Fajardo Fajardo, promovió diversos actos encaminados a evadir el pago de obligaciones sociales (vid. Folio 4). Así, pues, la demandante ha solicitado al Despacho que declare la nulidad absoluta de los actos defraudatorios en cuestión y extienda la responsabilidad al señor Fajardo y demás

accionistas de la compañía demandada por el pago de tales pasivos. Por su parte, los demandados han sostenido que ninguna de las operaciones controvertidas por Caracol Televisión S.A. estuvo encaminada a defraudar sus intereses.

- Fundamentos Jurídicos:
 - *Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario’.*
 - Se ha negado en diversas oportunidades pretensiones orientadas a extender a los asociados de una compañía la responsabilidad por pasivos sociales insolutos. La razón estriba principalmente en la dificultad de verificar, con suficiente certeza, la utilización de la figura societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación.¹⁹ De igual forma, se ha sostenido a lo largo de múltiples pronunciamientos, que el simple incumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo un contrato no es suficiente, por sí solo, para justificar la desestimación de la personalidad jurídica.

- Se infringió el régimen de liquidadores, al no incluir en el inventario ni en la cuenta final de liquidación de Cargo Logística S.A.S. la totalidad de las acreencias contraídas por dicha compañía, de conformidad con el artículo 234 del Código de Comercio. Concretamente, se reprocha la exclusión del derecho litigioso derivado del mandamiento ejecutivo librado el 13 de junio de 2013 en contra de Cargo Logística S.A.S. dentro del proceso n.º 2012-1521 iniciado por Interglobo S.R.L. ante el Juzgado 72 Civil Municipal de Bogotá.

2.9.1.9. Sentencia S 800-122 del 11 diciembre del 2017

- Demandante: Panavias Ingeniería & Construcciones S.A. en reorganización
- Demandado: Agro Repuestos S.A.S. en liquidación, Importadora Dimar S.A.S., Alfredo Martín Prado, Alfredo Martín Chiriboga, Daniel Martín Chiriboga, Diego José Martín Prado, Mauricio Martín Guerrero, Viviana Orozco Martín, Alfredo Barajas Martín, Isabella Martín Guerrero, María Claudia Guerrero Herrera y Linda Rosario Chiriboga Fernández
- Solicitud de la demanda:

La demanda presentada ante el Despacho está orientada a establecer si los accionistas de Agro Repuestos S.A.S. e Importadora Dimar S.A.S. se valieron del beneficio de la limitación de responsabilidad de esas sociedades para defraudar los intereses de sus acreedores. Según lo expresado en la demanda, los demandados habrían transferido cuantiosos bienes de Agro Repuestos S.A.S. a Importadora Dimar S.A.S., con el fin de evitar el pago de una importante obligación insoluta a favor de Panavias Ingeniería &

Construcciones S.A. en reorganización y continuar con la explotación de los negocios de Agro Repuestos S.A.S.

- Fundamentos Jurídicos:
 - La Audiencia Provincial de Navarra formuló las siguientes consideraciones en una sentencia del 7 de noviembre de 2000: ‘Obranava S.L., no es sino una continuación de la anterior sociedad Construcciones Corellanas S.L, y que se constituyó por los mismos socios de la anterior, procediéndose a la disolución de la anterior sociedad y a la continuación de la misma actividad, con el mismo objeto social, los mismos socios y la misma actividad, prescindiéndose de las obligaciones asumidas por la anterior sociedad [...] tal separación de personalidades jurídicas constituye, en el presente caso, una ficción mediante la que se pretende el nacimiento de una nueva sociedad, constituida por los mismos socios, con el mismo objeto social y el mismo ámbito de actuación, pero tratando de prescindirse, sin embargo, de la totalidad de las obligaciones asumidas por la sociedad anterior y no afrontadas al tiempo de la constitución de la nueva sociedad’. En sentido análogo, la Audiencia Provincial de Córdoba manifestó, en una sentencia del 18 de octubre de 2002, que ‘el iter secuencial de la sucesión de una y otra [compañía] y el trasfondo de la relación de parentesco entre los socios de las dos y el común denominador del cargo de administrador en ambas, ostentado por el codemandado [...] y con mayoría de participaciones del capital en las dos mercantiles, son circunstancias que evidencian el fraude [...]. Y es que [la nueva sociedad] se constituye en enero de 2000, cabalmente cuando de facto

cesa la actividad de la otra mercantil, y tres meses después de que venciera el plazo para abonar las facturas giradas a esta’.

- En Estados Unidos, en el caso de K.C. Roofing Center v. On Top Roofing Inc., una corte del estado de Kansas consideró procedente la desestimación ante las actuaciones de un demandado que, para eludir el pago de obligaciones sociales, ‘puso en marcha algo similar a un juego de trile, en el que transfería la actividad comercial de una compañía a otra a medida que se hacían exigibles las deudas con sus acreedores [...]’, justificando su actuación en la necesidad de un ‘nuevo inicio’ para su negocio. Aunque es claro que la defraudación de acreedores antes descrita podría dar lugar a la desestimación de la personalidad jurídica, no puede perderse de vista que al demandante que pretenda hacer efectiva esa sanción le corresponde una altísima carga probatoria. Según lo expresado por este Despacho en la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, *‘para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir al derogatorio temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario.*

2.9.2. Resultados del análisis realizado

Luego de un análisis de la ratio decidendi de las sentencias objeto de estudio, nos es posible elucubrar las siguientes conclusiones:

- En el análisis de las 9 sentencias o resoluciones de la superintendencia de sociedades encontramos que, en 8 de los 9 casos, la superintendencia tiene como principal fundamento jurídico el no encontrar méritos para hacer efectiva la figura de la desestimación de la personalidad, basándose en que el demandante debe demostrar con pruebas concisas el *fraude*, no un ánimo defraudatorio de la sociedad hacia el tercero.
- En 8 de las sentencias anteriormente estudiadas, se cita la Sentencia No. 801-15 (15-mar-2013), la cual señala:

“Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario. Así las cosas, en vista de la complejidad de la desestimación y la severidad de sus efectos, no parece prudente fijar, en abstracto, una lista de requisitos que sirvan

para establecer la procedencia de esta sanción en nuestro ordenamiento. Los presupuestos requeridos para el efecto sólo podrán obtenerse luego de un cuidadoso proceso de decantación judicial, en el que, a partir de múltiples pronunciamientos, se conciban pautas debidamente ajustadas a las realidades del sistema colombiano”.

- En este sentido, es posible concluir que para la Superintendencia de Sociedades la desestimación “Es una medida verdaderamente excepcional”. Entendemos que la figura en Colombia es una figura adecuada y bien creada lógicamente, realizando una protección y limitación a la figura del velo hablando en el trasfondo teórico, pero bajo el estudio realizado anteriormente en la práctica, su forma de aplicación y el cómo se ha manejado en el ordenamiento jurídico colombiano, es evidente el vacío práctico demostrado en varias ocasiones como, por ejemplo en las sentencias 800-90 del 22 julio del 2015 y sentencia S 800-122 del 11 diciembre del 2017, se valen como fundamento jurídico lo siguiente:

“Aunque es claro la defraudación de acreedores antes descrita podría dar lugar a la desestimación de la personalidad jurídica, no puede perderse de vista que al demandante que pretenda hacer efectiva esa sanción le corresponde una altísima carga probatoria”.

- También se cita la sentencia n.º 801-15 del 15 de marzo de 2013, enunciando que *‘para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente*

excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria.

- A nuestro juicio, esto podría interpretarse como que en varias ocasiones el ordenamiento jurídico se encuentra débil en cuanto desestimación de la personalidad jurídica tenga que aplicarse, la corte constitucional y el concejo de estado ha tenido que aclarar frecuentemente y redefinir el concepto de la figura.
- La protección a la sociedad mercantil mediante el sistema jurídico colombiano, es evidente y completa a la hora de enfrentarse a un proceso judicial, la forma de protección en todas las sentencias se puede observar a simple vista. En solo 2 de las 9 sentencias analizadas se resolvió desestimar la personalidad jurídica y dictar medidas cautelares en contra de las sociedades fraudulentas, llevando consigo una exigencia de gran carga probatoria.
- Se encontró que, de forma extraordinaria, en 2 de 9 sentencias se mencionan a “las sociedades de papel” en las cuales es evidente que los socios de una misma sociedad deciden extinguir una sociedad mercantil afectando a terceros y creando una nueva sociedad en donde tienen el mismo objeto social y es fácil evidenciar el fraude como es mencionado y enunciado dos veces la sentencia del 7 noviembre del 2000 en la Audiencia provincial de navarra “El íter secuencial de la sucesión de una y otra [compañía] y el trasfondo de la relación de parentesco entre los socios de las dos y el común denominador del cargo de administrador en ambas, ostentado

por el codemandado [...] y con mayoría de participaciones del capital en las dos mercantiles, son circunstancias que evidencian el fraude ”.

- También se puede evidenciar que en 1 de las 9 sentencias, se actuó de manera especial dado que no se valió en el fundamento jurídico del análisis de la Sentencia No. 801-15 (15-mar-2013) usado en las 8 sentencias restantes. Esta fue en la Sentencia No. 800-55 (16-oct-2013), en la que se resolvió aplicar la figura de la desestimación de la personalidad dado que la sociedad se valió de la figura societaria para evadir los topes legales correspondientes a terceros afectados, no obedeciendo a la finalidad en la que se crea una sociedad mercantil en Colombia.
- Por último, es importante agregar que la Superintendencia de Sociedades tiene de manera muy marcada la jurisprudencia internacional usando las actuaciones de altas cortes de manera eficaz al enfrentarse a casos donde se utilice el beneficio de la limitación de responsabilidad y el fraude para lograr fines no legales, como la corte del estado de Kansas en Estados Unidos, la providencia de Córdoba, la audiencia provincial de Navarra en España, entre otros.

3. Conclusiones

- El levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personalidad jurídica fue constituyéndose en desarrollo de las sociedades mercantiles, en donde la creación de las sociedades de capital con limitación de responsabilidad, le fue entregado beneficios jurídicos para que se cumpliera varios fines constitucionales como la composición de empresas y de esta manera manejar una economía estable en nuestro territorio.
- El fundamento principal para la aplicación de la figura se encuentra en la necesidad de evitar el abuso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad. Así, pues, diversas leyes promulgadas en el país establecen causales de extensión de responsabilidad en hipótesis claramente definidas. La principal norma en esta materia puede encontrarse en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor ‘cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados’. Se trata, en opinión de Reyes Villamizar, de un mecanismo que debe aplicarse cuando ‘la sociedad es utilizada como instrumento formal para incurrir en fraudes o abusos’. (Reyes Villamizar, 2006 p.267)
- En consiguiente se puede considerar la desestimación de la personalidad como el instrumento expedito a la hora de constituirse un fraude, aunque se desmerite los principios, fundamentos y fines para el que fue creado la personalidad jurídica, con esto podemos afirmar que la protección que el velo corporativo entrega a las sociedades, esta restricción u ocultamiento de identidad de los socios, son concedentes que permiten la

realización del fraude. La figura esta adecuada para la protección y limitación del velo corporativo, llevando su desarrollo practico como lo ha manejado el ordenamiento jurídico colombiano, de manera ejemplar, pero sin embargo se encuentran protegiendo más a las sociedades mercantiles que a los terceros presuntamente afectados.

- Se puede concluir poniendo en duda si la figura del velo corporativo es meramente eficaz al momento de su aplicación, o por lo menos le queda mucho camino por transcurrir el proceso para poder lógralo de manera garantista. La teoría en el derecho comparado ya fue aceptada, pero en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido una solución completa o general frente a esos socios que se valen de la figura para cometer delitos, es por esto que para lograr pagos frente a los deudores son utilizadas otras herramientas como la acción paulina, la acción ordinaria de responsabilidad extracontractual o la acción de inoponibilidad, entre otros.
- Para responder la pregunta central de la investigación ¿Bajo qué criterios se está aplicando la figura del levantamiento del velo corporativo en Colombia? Los criterios de aplicación van derivados cuando la persona jurídica de la sociedad se ha usada y se pueda demostrar con pruebas fundamentalmente, que por los actos de sociedad mercantil sirvió para defraudar la ley, a terceros, la buena fe, las buenas costumbres, los principios del derecho, la interposición societaria y el abuso del derecho en donde es de vital importancia la mala fe con la actividad ilícita de las actuaciones de la sociedad.
- Bajo los criterios de esta investigación, si se encontro que se encuentra muy marcados los parametros que son usados para resolver las contiendas juridicas a las que tiene conocimiento la Superintendencia de Sociedades, la jurisprudencia es la clave en donde se fundamenta estas desiciones.

- La responsabilidad ilimitada de los socios no es absoluta, la teoría que hace referencia a este beneficio queda ambigua al mostrarse una figura que levanta la sociedad mercantil y dejando responsables de forma ilimitada y solidaria a los socios, respondiendo con su patrimonio personal. La responsabilidad ilimitada que está en beneficio de los accionistas o socios se encuentra determinada por el ordenamiento jurídico en donde actuaciones u operaciones societarias pueden desvirtuar la responsabilidad ilimitada.
- En el ordenamiento jurídico colombiano se debería adoptar ciertos criterios que sustenten mejor la conducta, dado que en la actualidad se torna casi imposible demostrar el fraude de las sociedades mercantiles en contra de los terceros, la línea jurisprudencial está enmarcada a negar las solicitudes que busquen el efecto, de esta forma se quiere que las peticiones o problemas jurídicos se hayan resueltos en otras modalidades.

4. Referencias

- ACEDO, Octavio. Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima (o acerca del levantamiento del velo corporativo). México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. 2013.
- ACOSTA, Pablo y SALAZAR, Gladys. Manual de la Sociedad Anónima. Bogotá. Librería del Profesional, S/F.
- ALFRED, Hans. Las sociedades de responsabilidad limitada. Madrid. Editorial Logos. 1930.
- ARGENTINA. Ley 19.550 (30, marzo, 1984). Ley de Sociedades Comerciales. Art. 54.
- ARRUBLA, Jaime. El levantamiento del velo corporativo en Colombia En: ANZOLA, Marcela et al. Levantamiento del Velo Corporativo. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.
- BOLDÓ RODA, Carmen., Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español. 4a ed.; Ed. Aranzadi, 2006. Pag. 90.
- CAUDILL, Matthew. “Piercing the corporate veil of a New York Not-For-Profit Corporation”. En: Fordham Journal of Corporate & Financial Law, Cumen VIII, 2003.
- COLOMBIA. Ley 57 (1887) Por el cual se expide el Código Civil. Bogotá D.C., 1887.
- COLOMBIA, MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto Ley 2663 (5, agosto, 1950) Sobre Código Sustantivo del Trabajo. Diario Oficial Bogotá D.C., 1950 No. 27.407.
- COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971) Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario Oficial Bogotá D.C., 1971 No. 33.339.
- COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 624 (30, marzo, 1989) Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Diario Oficial Bogotá D.C., 1989 No 38.756.

COLOMBIA. H. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 (28, octubre, 1993) Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial Bogotá D.C., 1993 No. 41.094. Art. 8.

COLOMBIA. H. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 190 (06, junio, 1995) Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. Diario Oficial Bogotá D.C., 1995 No. 41.878. Art. 44.

COLOMBIA, H. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 522 (20, diciembre, 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá D.C., 1995 No. 42.156.

COLOMBIA, H. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1116 (27, diciembre, 2006) Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá D.C., 2006 No. 46.494.

COLOMBIA, H. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 863 (29, diciembre, 2003) Por la cual se establecen normas tributarias, aduaneras, fiscales y de control para estimular el crecimiento económico y el saneamiento de las finanzas públicas. Diario Oficial Bogotá D.C., 2003 No 45.415.

COLOMBIA, H. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 1066 (29, julio, 2006) Por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial Bogotá D.C., 2006 No. 46.344.

COLOMBIA, H. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258 (5, diciembre, 2008) Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario Oficial Bogotá D.C., 2008 No. 47.1194.

COLOMBIA. H. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-510 del 9 de octubre de

1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. H. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-066 del 11 de febrero de 1997.

M.P. Fabio Morón Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-210 del 1 de marzo de 2000. M.P.

Fabio Moron Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 1023 del 26 de septiembre de 2001.

M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. H. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004.

M.P. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral. Sentencia 5386

del 26 de noviembre de 1992. M.P. Hugo Suescun Pujols.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia No.

39014 del 17 de abril de 2012. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia

No. AC-5061 del 13 de noviembre de 1997. M.P. Carlos Bentacur Jaramillo.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sección primera. Sentencia No. 11001-03- 15-000-

2012-02311-01 del 18 de septiembre de 2014. M.P. Marco Antonio Velilla Romero.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Sentencia No. 801-15 del 15 de

mayo de 2013. Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles. José Miguel

Mendoza.

DIEZ JALON, María Bueyo. Responsabilidad de los administradores: levanta-
miento del velo.

Francis Lefebvre, 2000.

DOBSON, Juan. "Lifting the veil in four countries: the law of Argentina, England, France and

United States". En: 35 International and Comparative law Quarterly, 839, 1986.

EN PARDO QUIROGA- Levantamiento del velo corporativo -- facultad de derecho centro de investigaciones - Bogotá D.C.2016

Jurisprudencia Internacional

ESTADOS UNIDOS. TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU. Sentencia No. 253

REINO UNIDO. Sentencia No. Ch 935 de 1933. Ponente. Hanworth MR.

FENTON, Elizabeth. "Recent developments and divergences in the doctrine of piercing the corporate veil". Business Torts Journal Winter, 2006.

GARCÍA, Marta. "Doctrina jurisprudencia del levantamiento". En: Revista de derecho comercial y de las obligaciones, vol. 4, n.o 19-24, 1971.

GIRALDO SAAVEDRA, CECILIA. El Abuso del Derecho. Universidad Externado. Bogotá, 1989. BULRICH, Santiago. "La quiebra y la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el derecho nacional e internacional privado". En: Revista de derecho comercial y de las obligaciones, vol. 5, No. 25-30, 1972.

GULMINELLI, Ricardo. "Enfoque actual de la inoponibilidad de la persona jurídica". En: Revista de derecho comercial y de las obligaciones, vol. 26, No. 151-153, 1993 .

Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica. Buenos Aires, De palma, 1997.

HURTADO COBLES, José, La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica, Atelier Libros Jurídicos, 2008.

JUAN M. DOBSON. El abuso de la personalidad jurídica, Buenos Aires, depalma, 1991, pp. 140 y 141.

LE PERA, Sergio. Cuestiones de derecho comercial moderno. Buenos Aires: Astrea, 1979.

LEPERVANCHE MICHELENA, Carlos. “La teoría del levantamiento del velo corporativo”.

Ensayos Jurídicos en Celebración de los 90 años del Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez. Caracas: Tinoco, Travieso Planchart & Núñez Abogados, 2004.

MANZILLI SANTAMARÍA, Humberto. La personalidad jurídica en sociedades comerciales de personas y de hecho, tesis de grado, 1962.

MÉXICO. (01, febrero, 1940) Ley que establece los requisitos para la venta al público de Acciones de Sociedad Anónima. Diario Oficial de la Federación. Art. 13.

MOYA, Jaime. “El derecho Societario contemporáneo”. En: Congreso Ibero-americano de Derecho Empresarial. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1996.

ORDOQUI CASTILLA, GUSTAVO. Abuso de Derecho: Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo. Universidad Javeriana. Bogotá, 2010.

OTAEGUI, Julio. “Desestimación de personalidad societaria”. En: Revista de derecho comercial y de las obligaciones, vol. 4, No. 19-24, 1971. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en Estados Unidos. Bogotá: Legis, 2006.

RENGIFO, ERNESTO. Del Abuso del Derecho al Abuso de la Posición Dominante. Universidad Externado. Bogotá, 2004.

SANÍN BERNAL, Ignacio et ál. La despersionalización societaria y el régimen de la responsabilidad. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

THOMPSON, Robert. “Piercing the corporate veil: an empirical study”. En: Cornell Law Review, vol. 76, 1036.

TREJOS ROBLEDO, Ricardo. Del abuso de la personalidad Jurídica, tesis de grado, 2004.

VARGAS RUIZ, Jairo. Levantamiento del velo corporativo y los tribunales de arbitramento, 2003.