

COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Hernández-Martínez, W.D. (2016). La responsabilidad patrimonial del accionista en la fase pasiva de la SAS: un acercamiento al levantamiento del velo corporativo en Colombia. *Revista Jurídicas*, 13 (2), 44-59.
DOI: 10.17151/jurid.2016.13.2.4.

Recibido el 26 de julio de 2016
Aprobado el 05 de septiembre de 2016

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ACCIONISTA EN LA FASE PASIVA DE LA SAS: UN ACERCAMIENTO AL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA*

WILLIAM DAVID HERNÁNDEZ-MARTÍNEZ** |

RESUMEN

Hoy en día, la SAS es el tipo societario de mayor importancia en Colombia. La protección reforzada de la responsabilidad patrimonial de sus socios es, sin lugar a dudas, una de las características de mayor peso en el proceso de elección de los comerciantes. No obstante, al realizar una 'lectura' con fundamento en los principios y valores constitucionales, estas buenas intenciones se ven 'amenazadas' o al menos 'limitadas'. Este artículo, el primero de dos textos, realiza un acercamiento a la teoría general de la figura del levantamiento del velo corporativo a través de la constitucionalización del derecho.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad patrimonial, levantamiento del velo corporativo, Sociedad por Acciones Simplificada, constitucionalización del derecho, jurisprudencia societaria.

* Artículo resultado del programa de investigación "Debates contemporáneos del derecho privado", formulado por el grupo de investigación en derecho privado (COL0036339), registrado y financiado por la Universidad Sergio Arboleda.

** Estudiante de Doctorado en Derecho. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Email: william.hernandez@usa.edu.co. ORCID: 0000-0003-4147-8652.



THE SHAREHOLDER'S SHAREHOLDER RESPONSIBILITY IN THE PASSIVE PHASE OF THE SAS: AN APPROACH TO THE LIFTING OF CORPORATE VEIL IN COLOMBIA

ABSTRACT

Today, SAS is the most important corporate type in Colombia. The reinforced protection of the patrimonial liability of its partners is, undoubtedly, one of the major characteristics in the election process by the businessperson. However, these good intentions are threatened or at least limited by making a 'reading' based on constitutional principles and values. This article, the first of two texts, makes an approach to the general theory of the figure of the lifting of the corporate veil through the constitutionalization of law.

KEY WORDS: asset liability, piercing the veil of corporate entity, Simplified Stock Company, constitutionalisation of law, corporate case law.

INTRODUCCIÓN

El derecho de sociedades en Colombia, desde la llegada de la SAS, se ha insertado en el escenario de renovación y modernización de las tipologías societarias que ha venido siendo protagonista en otros ordenamientos jurídicos (Embido Irujo, 2013, 2015; Navarro, 2009, 2010). Sin embargo este proceso de renovación no se limita a la creación de nuevas figuras societarias, sino que se extiende a la revisión y adaptación de figuras jurídicas ya existentes en el derecho positivo a las nuevas tendencias económicas.

En Colombia, la Ley 1258 de 2008 (por medio de la cual se crea la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)) es, sin lugar a dudas, la reforma más importante de la última década en el ordenamiento jurídico societario colombiano¹. La norma SAS se caracterizó por la amplitud y subsidiaridad de sus disposiciones, dando como resultado un tipo societario altamente flexible que permite crear una sociedad a la medida (Mendoza, 2010).

En términos generales, la doctrina ha aplaudido, de manera mayoritaria, las características de la SAS²; al igual que, más importante aún, han sido bien recibidas por los destinatarios de la norma —la sociedad de los comerciantes— a tal punto que si se analiza el tamaño de las diferentes SAS creadas en Colombia se puede verificar que este tipo societario ha sido aceptado tanto por las MiPymes como por las sociedades de grandes capitales.

Uno de los elementos que, sin duda alguna, llaman en mayor medida la atención es la expresa y extensa limitación de responsabilidad a que se refieren los artículos 1 y 42 de la Ley 1258 de 2008 según los cuales: los accionistas de la SAS solo serán responsables hasta el monto de sus aportes durante toda la vida de la sociedad. En otras palabras los accionistas “no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”, salvo la eventual aplicación de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica societaria.

Es claro que la idea de “protección reforzada” de la responsabilidad patrimonial establecida en la SAS se encuentra en la línea del proceso de renovación societaria

¹ Reyes (2010) destaca como en Colombia no se había adelantado ningún proceso de actualización del sistema jurídico societario desde la Ley 222 de 1995, que incorporó algunas modificaciones puntuales (reuniones de asamblea, responsabilidad de administradores entre otros).

² A modo enunciativo, se destacan las siguientes características especiales de la SAS: (i) posibilidad de creación unilateral o plurilateral; (ii) constitución, por regla general, mediante documento privado; (iii) registro mercantil constitutivo; (iv) flexibilidad en la conformación del capital social; (v) posibilidad de crear tipos de acciones; (vi) obligatoriedad de los acuerdos de accionistas; (vii) la junta directiva y el revisor fiscal son, por regla general, órganos facultativos; (viii) incorporación de nuevas figuras jurídicas (administrador de hecho, fraccionamiento de voto, limitación de negociación de acciones, enajenación global de activos) (Reyes, 2010, 2011; Espinosa, 2011; Oviedo, 2011; Peña, 2011; Hernández, 2012; Arcila, 2010; Isaza y Nieto, 2009; Veiga, 2011).

que se plantea el derecho moderno con miras a la promoción y la protección económica de las empresas en los mercados en crisis. Sin embargo estas buenas intenciones se ven ‘amenazadas’, o cuando menos ‘limitadas’, al aplicar este marco normativo a las ‘nuevas’ fuentes de derecho en Colombia. Es así como no es posible considerar ninguna regulación, norma, figura jurídica o institución sin antes precaver en la ‘lectura’ constitucional de la misma.

En este contexto, en el presente artículo —uno de dos, sobre la responsabilidad patrimonial del accionista controlante en los procesos de liquidación de las SAS— se realiza un acercamiento a la teoría general de la figura del levantamiento del velo corporativo a través de la constitucionalización del derecho.

APROXIMACIÓN TEÓRICA A LA FIGURA DEL PIERCING THE VEIL OF CORPORATE ENTITY

Acercamiento teórico a la institución

Los empresarios, desde la Edad Media, han perseguido la idea de limitación del riesgo patrimonial en los negocios que emprenden. Es precisamente a la luz de esta búsqueda incesante de la limitación del riesgo que se crearon las denominadas sociedades de capital con el objetivo de separar patrimonialmente los derechos y obligaciones vinculados a los negocios de los estrictamente personales (Galgano, 1990; Suárez, 2007; León y López, 2010). De igual manera la institución de la personificación jurídica societaria, más allá de las teorías que la explican, contribuyó con el objetivo de los empresarios de circunscribir el riesgo patrimonial a los aportes realizados.

En este contexto, como regla general, ha de entenderse que una vez la sociedad adquiere la calidad de ‘persona’, se erige un “velo corporativo” producto de la distinción de los diferentes patrimonios: el de los socios y el patrimonio de la sociedad (Oviedo, 2011), con lo cual cada patrimonio responderá o estará afecto al cumplimiento de las obligaciones propias (Reyes, 2004).

No obstante, esta prerrogativa puede llegar a emplearse de forma abusiva o perjudicial para terceros de buena fe. Esto, para alcanzar a través de la separación patrimonial consecuencias que la persona natural individual no le estaría dado obtener (Arrubla, 2010). Es por esta razón que surge la teoría del *disregard of legal entity* (desestimación de la personalidad jurídica), también denominada *lifting the corporate veil* (levantamiento del velo corporativo), como el “remedio judicial” a través del cual se le otorga la facultad a los jueces de “hacer caso omiso” de

la separación patrimonial³ entre la sociedad y el socio en los eventos en que se verifique un comportamiento fraudulento o perjudicial.

La afectación de la separación patrimonial entre el socio y la sociedad nace de la práctica judicial, especialmente, debido a la búsqueda de los diferentes tribunales de soluciones en equidad frente a aquellos casos en que se emplea la persona jurídica para atacar el interés general o uno superior, justificar un daño, proteger un fraude o defender la comisión de un delito (Dobson, 1985). En otras palabras la protección que busca brindar la ley se pierde en estos eventos, por lo que ha de entenderse que el patrimonio del socio responderá por las obligaciones sociales, así se trate de tipos societarios cuya responsabilidad, en principio, se encuentra limitada al monto de los aportes.

Ahora bien, en este mismo aspecto, ha de indicarse que no existe una posición unánime en la doctrina en relación al alcance de la expresión “levantamiento del velo corporativo”. En términos generales, se identifican dos tipos o clases de supuestos de aplicación: (i) aquellos expresamente contemplados en los referentes legislativos, es decir, en los cuales el juez desestima la separación patrimonial entre el socio y la sociedad como consecuencia directa de una norma específica que así se lo permite y (ii) aquellas situaciones en las que se hace uso de algunas figuras jurídicas existentes (simulación, acción pauliana, acciones reivindicatorias entre otras) cuyo efecto práctico es idéntico, esto es, que se extiende la responsabilidad patrimonial del socio⁴. Es así como un elemento de debate es que solo pueda entenderse como levantamiento del velo corporativo a aquellas situaciones de extensión de responsabilidad del socio derivadas de conductas de mala fe, fraudulentas o abusivas.

Al respecto, es pertinente aclarar que excede el objeto propio del presente artículo abordar el estudio de las diferentes concepciones de la figura en mención. No obstante, y a pesar de las diferencias entre las concepciones particulares del *piercing the corporate veil*, hemos de entender que no existe una limitación a la responsabilidad patrimonial absoluta en las sociedades comerciales sino que, por el contrario, cada ordenamiento jurídico, en atención a sus fuentes formales propias, ha de definir las excepciones a la regla general y el alcance de las mismas. En este sentido es evidente que, para el caso colombiano, serán las fuentes formales del

³ Según Reyes (2004) es conveniente aclarar y delimitar el efecto que acarrea la aplicación de la figura en estudio, respecto de la sociedad y de los socios independientemente, porque a pesar de que la figura se denomine “desestimación de la personalidad jurídica” en realidad el único de los atributos que se ignora al aplicar esta doctrina es el de la separación patrimonial; es decir que el efecto de la aplicación de esta excepción judicial consiste en la extensión de la responsabilidad para aquellos asociados que el juez determine.

⁴ Arrubla Paucar (2010) sostiene de forma fehaciente que, aunque el efecto económico y jurídico es idéntico, la segunda posibilidad —esto es la posibilidad de acudir a figuras e instituciones ya existentes— no es, en estricto sentido, una aplicación de la teoría del *disregard*. En oposición, la Supersociedades (concepto 220-12950 de 1999) y la Corte Constitucional (sentencia C-865 de 2004) consideran estos elementos como vías adicionales para la aplicación del *disregard*. Igualmente, Espinosa (2008) la denomina como vía indirecta de la misma figura del levantamiento del velo corporativo.

derecho de cada sistema jurídico las llamadas a definir el alcance del levantamiento del velo corporativo.

La confusa aplicación del *piercing the veil of corporate entity* en Colombia

Una vez realizado un acercamiento a la definición de la teoría del levantamiento del velo corporativo, es preciso analizar el ordenamiento jurídico colombiano con el fin de identificar tanto los fundamentos jurídicos como la aplicación concreta que se le ha dado a esta figura. En Colombia, el levantamiento del velo corporativo está cimentado en el principio de no abuso del derecho y en la buena fe. Arrubla (2010) explica que el principio de no abuso del derecho hace exigible al socio la indemnización con su patrimonio personal de los perjuicios causados garantizando la continuación de la existencia de la sociedad, así como la posibilidad de que continúe con sus operaciones.

Desde otra perspectiva, es preciso indicar que en el ámbito colombiano, la desestimación de la personalidad jurídica ha tenido diversas fuentes de reconocimiento. Esto es que a diferencia de la teoría general, el sustento de la figura en Colombia no solo se deriva de la jurisprudencia, sino que pueden contarse diferentes textos legislativos que determinan los presupuestos en los que la separación patrimonial societaria no es oponible frente a los terceros.

Así pues, se ha de indicar que en Colombia no existe una fórmula legislativa aplicable de manera general. Por el contrario, se evidencian dos tipologías de normas: (i) normas orientadas a determinar supuestos concretos de aplicación en los diferentes ámbitos del derecho societario (p.e. artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 105, 135 y 357 del Código de Comercio, artículo 44 de la Ley 190 de 1995, artículos 61 y 82 de la Ley 1116 de 2006) y (ii) las normas tendientes a incorporar la figura de la desestimación de la personalidad jurídica en instituciones empresariales o societarias concretas (p.e. artículo 71 de la Ley 222 de 1995, artículo 42 de la Ley 1258 de 2008). Existen, como se ha podido demostrar, algunas diferencias entre la concepción general de la institución del *disregard* y la práctica colombiana de la figura; situación que no obstruye en forma alguna la aplicación de la figura sino que, por el contrario, podría facilitar la inserción del levantamiento del velo corporativo en el marcado sistema jurídico nacional.

Ahora bien, aunque en Colombia existen algunos casos de importancia en los que se desestima la separación patrimonial entre el socio y la sociedad, no se ha logrado un desarrollo sistemático de la teoría del *piercing the corporate veil* (Venegas Franco et al., 2010). En otras palabras, el desarrollo nacional de la figura es más bien incipiente y desordenado.

En este punto ha de reconocerse que ha sido la Corte Constitucional (sentencia C-865 de 2004) el tribunal de mayor activismo judicial en la materia, indicando

que el ‘hermetismo’ que protege a la sociedad se abre o rompe cuando se verifica la existencia de una actuación, ya sea en su nacimiento o durante su existencia jurídica, que se desvía de la finalidad económica y constitucionalmente protegida (Narváez, 2006). De entrada, es claro que para la Corte la limitación de responsabilidad patrimonial es coherente con los principios constitucionales solo bajo el entendido de que el sistema jurídico otorgue un elenco amplío de mecanismos (de origen legal o jurisprudencial) que sancionen los comportamientos que atenten contra la finalidad pretendida.

En este sentido, es claro que en Colombia el levantamiento del velo corporativo, aunque mantiene la idea general que no existe una limitación a la responsabilidad patrimonial absoluta en las sociedades comerciales, ha sido definido con sus propios matices por las fuentes formales propias (la ley y la jurisprudencia)⁵ especialmente relacionado con figuras o excepciones particulares.

Supuesto esto, en este caso, la aplicación que se hace de forma específica por la Corte Constitucional de la figura del levantamiento del velo corporativo tiene como finalidad que la sociedad controlante haga frente subsidiaria, pero ilimitadamente, de las obligaciones pendientes de la sociedad subordinada en fase pasiva (insolvencia económica). En ningún caso puede entenderse que esta postura implique la responsabilidad de todo el conjunto o grupo de sociedades, o que el procedimiento de insolvencia se entienda extendido a todo el grupo⁶.

En este punto es preciso advertir que, si bien es cierto que existen algunas sentencias que se han proferido a nivel de Tribunales de Distrito relacionadas con la desestimación de la limitación patrimonial en sociedades, los casos de mayor estudio y relevancia en la materia han sido resueltos por la Corte Constitucional (sentencias SU-1023 de 2001, SU-636 de 2003). Ahora bien, la reciente atribución de competencia respecto de los asuntos societarios a la Superintendencia de Sociedades⁷ ha generado una nueva fuente de jurisprudencia.

⁵ Espinosa (2015) sostiene que el sistema jurídico colombiano ha comenzado a virar hacia un derecho de origen jurisprudencial con desplazamiento del derecho legislado, generando que el control de las fuentes formales esté siendo monopolizado por la Corte Constitucional. Esta nueva perspectiva se caracteriza por el carácter vinculante de las sentencias de la Corte y la transformación de la interpretación del principio de legalidad desde la perspectiva material en la que la Constitución ocupa un lugar especial dentro del sistema general de fuentes; en consecuencia, contiene normas jurídicas llamadas a ser aplicadas por los jueces y operadores jurídicos en la resolución de los casos (García, 2010; García Ramírez, 2012; Guzmán, 1993; Mantilla, 2007, 2011; Moreno, 2012; Perlingieri, 2008; Vigo, 2012).

⁶ Quetglas (2013) sostiene, luego de destacar las reiteradas críticas a la figura del levantamiento del velo corporativo en sí mismo, que en el caso de las situaciones de concurso de sociedades controladas en España la jurisprudencia ha delimitado el accionar de la figura únicamente a la responsabilidad de la sociedad controlante ante las obligaciones insolutas de la subordinada.

⁷ El Código General del Proceso (art. 24, núm. 5) modificó las reglas atinentes a los procesos de naturaleza societaria que conoce la Superintendencia de Sociedades. En general, la Superintendencia tiene competencia para conocer procesos sobre: (i) impugnación de decisiones sociales (literal c); (ii) ejecución de los acuerdos de accionistas (art. 24, Ley 1258 de 2008); (iii) responsabilidad solidaria de accionistas y administradores, nulidad de actos defraudatorios e indemnización de perjuicios en hipótesis de desestimación de la personalidad jurídica (literal d y art. 233, Ley 222 de 1995); (iv) nulidad absoluta de decisiones e indemnización de perjuicios en hipótesis de abuso del derecho de voto (literal e); (v) responsabilidad de socios y liquidadores en hipótesis de liquidación voluntaria (art. 28, Ley 1429 de 2010) entre otros supuestos.

La importancia de la nueva “corte societaria” radica en armonizar la interpretación de las disposiciones societarias, así como sentar los presupuestos de aplicación para el caso del levantamiento del velo corporativo. Sin embargo no es posible dejar de lado que la Corte Constitucional es, por mandato constitucional, el tribunal que defiende la Constitución y los derechos fundamentales; al igual que sus sentencias prevalecen sobre todas los demás pronunciamientos judiciales. En otras palabras, la jurisprudencia constitucional es de obligatorio y sistemático cumplimiento por todas las autoridades de cualquier orden y naturaleza.

El levantamiento del velo corporativo respecto de la matriz en la etapa de liquidación judicial

En medio de este complejo marco jurídico que ofrece el sistema colombiano en relación con el levantamiento del velo corporativo se encuentra la acción que permite hacer efectiva la responsabilidad, subsidiaria e ilimitada, de la matriz frente a las obligaciones de la subordinada en los casos de concurso. La importancia de este supuesto radica en que frente al mismo encontramos desarrollos tanto legislativos (artículo 148 de la Ley 222 de 1995, hoy subrogado por el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006) como jurisprudenciales (Corte Constitucional, sentencias C-510 de 1997, SU-1023 de 2001, SU-636 de 2003, C-865 de 2004).

Es evidente, entonces, que la posibilidad de descender el velo corporativo en los procesos de liquidación judicial, al verificarse la existencia de una situación de control, es una de las expresiones más representativas de la teoría del *disregard* en Colombia por cuanto confluyen en ella tanto los elementos propios de la teoría general como las particularidades que el sistema jurídico ha implementado.

En primer lugar es pertinente indicar que una sociedad se entiende subordinada o controlada en la medida que su poder de decisión está sometido a la voluntad de otra u otras personas, denominadas matriz⁸. En referencia a lo anterior, se considera procedente realizar algunas precisiones: (i) la redacción amplia del precepto legal permite inferir que el control puede provenir u originarse en una o varias personas naturales o jurídicas (Gaitán, 2010); (ii) el control puede presentarse de forma directa o indirecta (por intermedio de otras subordinadas de la matriz) y (iii) normativamente se establecen algunas situaciones en que se deduce la situación de control, a saber: ostentar más del 50 % del capital social, tener la facultad de constituir la mayoría mínima decisoria en asamblea, emitir votos para conformar

⁸ Los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995 establecen que una sociedad es controlada (o subordinada) si su poder de decisión se encuentra sujeto, directa o indirectamente, a la voluntad de una o más personas (naturales o jurídicas), que se denominarán matriz o controlante. Se presumirá la situación de control cuando: (i) más del 50 % del capital pertenezca a la matriz (sin computar las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto); (ii) la matriz tenga, conjunta o separadamente, el derecho de constituir la mayoría mínima decisoria en la junta de socios; (iii) tenga el número de votos para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva; (iv) ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios.

mayoría de miembros en junta directiva y/o ejercer influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración⁹.

En términos de responsabilidad se ha de destacar que la relación de sociedades matriz y subordinada presupone la personalidad jurídica independiente de cada uno de los entes de forma tal que el conjunto de las sociedades carece de un “patrimonio propio” por lo que cada una de las sociedades responde, en principio, por sus propias obligaciones. Así, durante la mayor parte de la existencia de las sociedades, no es posible predicar la existencia de un “principio de comunicabilidad de responsabilidades” entre los diferentes patrimonios por el solo hecho de estar integradas en un grupo.

Desde otra perspectiva, se encuentra que tanto el artículo 148 de la Ley 222 de 1995 como el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 contienen dos postulados diferentes: por un lado, establece una presunción de carácter legal a través de la cual vincula las actuaciones derivadas del control por parte de la matriz o controlante o sus vinculadas a la situación concursal de la subordinada. Es decir que la ley presume que la causa de las dificultades en que se encuentra la subordinada, las cuales se pretenden conjurar en el concordato, fueron producto de las actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante por lo que se entienden en contra del beneficio de la sociedad en concordato e inciden en la prenda general de los acreedores (Corte Constitucional, sentencia C-510 de 1997). Por otro, y como consecuencia de lo anterior, las aludidas normas señalan la responsabilidad subsidiaria, pero ilimitada, de la entidad matriz frente a las obligaciones de la sociedad controlada. Así, para la Corte Constitucional, entonces, el análisis conjunto de los dos postulados normativos busca ‘apenas’ restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores impidiendo que estos resulten defraudados.

Desde el punto de vista casuístico-jurisprudencial, la Corte Constitucional ha proferido fallos de enorme importancia en la materia (sentencias SU-1023 de 2001, SU-636 de 2003). En ambos casos, la aludida corporación evidenció la misma situación de hecho: la existencia de una sociedad en fase pasiva de su existencia, en la cual una o más personas ejercían un control absoluto de la administración societaria (en los casos en concreto por cuanto poseían más del 50 % del capital y, adicionalmente, controlaban la mayoría en la junta directiva) y que las principales deudas a terceros correspondían a obligaciones laborales y pensionales de personas que no recibían ni siquiera un “mínimo vital”.

En estos casos, la Corte Constitucional evidenció la existencia de una violación grave y constante de los derechos fundamentales a la vida e integridad física de los

⁹ La normativa colombiana sigue, de forma mayoritaria, con el denominado “modelo orgánico” en la determinación de los grupos de sociedades; el cual, en oposición al modelo contractual del derecho alemán, aprecia “la existencia del grupo desde que se percibe, real o sobre la base de presunciones, el ejercicio efectivo del poder de decisión” (Embido Irujo, 2015, p. 18).

acreedores (pensionados); razón por la cual decidió “presumir transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la matriz”, advirtiendo que la decisión no constituye condena ni exoneración definitiva de responsabilidad de ninguna entidad. Es evidente que, dadas las circunstancias particulares de los casos, la Corte interpretó las normas aplicables con el fin de indicar que hasta que por vía ordinaria la matriz no desvirtúe la presunción legal de causalidad respondería de forma subsidiaria, pero ilimitada, del pago de las mesadas pensionales frente a los terceros.

Sin duda alguna, la *ratio decidendi* de las sentencias mencionadas constituye un precedente constitucional aplicable a casos posteriores que presenten iguales o similares presupuestos fácticos, incluso en eventuales procesos que involucren a la SAS. Con base en ello, la sentencia T-627 de la Corte Constitucional reitera que la acción de tutela es procedente en la medida en que el derecho que se encuentra amenazado constituya un peligro actual e inminente; en caso contrario, la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la matriz deberá encauzarse por la jurisdicción laboral. En todo caso, reitera, la matriz podrá desvirtuar la presunción legal de causalidad antes estudiada por la vía ordinaria civil.

Vale la pena destacar que Gaitán (2010) y Reyes (2004) resaltan como, desde la legislación y especialmente la jurisprudencia citada, al incorporarse la “presunción transitoria de causalidad” entre la situación de concordato de la sociedad controlada y las decisiones adoptadas por la matriz o controlante, necesariamente se está invirtiendo la carga de la prueba por cuanto al acreedor únicamente corresponde probar la calidad de matriz de la accionada, el estado de liquidación judicial y el no pago de las obligaciones; mientras que, por otro lado, corresponderá a la matriz demostrar que la situación concursal no se produjo por sus decisiones o actuaciones en un proceso independiente y encausado por una jurisdicción diferente.

Sin duda pueden evidenciarse algunos aspectos de especial relevancia en el análisis de las sentencias aludidas en relación con el objeto de estudio del presente documento: (i) que la desestimación de la limitación de la responsabilidad patrimonial del socio, si bien hace referencia a normas de carácter mercantil, se fundamenta en intereses, derechos y preceptos constitucionales. Así, la Corte Constitucional ‘reinterpreta’ el contenido de los textos normativos con miras a establecer un mayor estándar de protección a situaciones constitucionalmente relevantes; (ii) que el levantamiento del velo corporativo se aplicó de forma independiente de la existencia de mala fe, fraude o conducta ilícita del socio. En estos casos la figura en estudio no es de carácter sancionatorio, por lo que no implica un juicio de responsabilidad ni la atribución de elementos subjetivos. Para la Corte Constitucional se trata de una herramienta correctiva frente a las posibles o efectivas vulneraciones de derechos fundamentales (vida, integridad física, mínimo vital entre otros); (iii) que en el juicio de proporcionalidad constitucional, entre los derechos fundamentales del acreedor y la posibilidad constitucional de limitar el riesgo patrimonial del socio en una sociedad, se prefiere aplicar medidas de protección de la parte débil de la

relación y (iv) que al aplicar la mirada constitucional a una norma, en este caso de naturaleza mercantil, se pueden generar interpretaciones o aplicaciones muy diversas a las establecidas en la dogmática tradicional de la materia.

Las particularidades de la figura en la SAS

La SAS nació inspirada en la necesidad de crear un esquema societario moderno, híbrido y flexible que defendiera los intereses de los comerciantes, así como que favoreciera la formalización de las empresas. La SAS, entonces, tiene como finalidad, propósito y objeto ser un tipo societario que responda a las necesidades actuales de la sociedad de comerciantes colombiana; incorporando, en la mayor medida posible, la teoría de la limitación del riesgo empresarial (Reyes, 2010). Para responder a esta necesidad, la SAS incorporó una amplia gama de disposiciones y novedades normativas (creación mediante documento privado, registro mercantil constitutivo que otorga la personería jurídica, abuso del derecho, administradores de hecho, voto múltiple, creación mediante acto unilateral entre otras) que constituyen sus características más aplaudidas y estudiadas.

En relación con la limitación del riesgo, el artículo 1 de la Ley 1258 de 2008 señala expresamente que los accionistas solo son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes; así como en el artículo 2 de la mencionada ley, el legislador expresamente exonera a los accionistas de responder con su propio patrimonio por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra índole, salvo lo previsto en el artículo 42 de la misma.

En principio, es claro que la norma otorgó una prerrogativa al accionista consistente en una extendida limitación del riesgo patrimonial frente a todas las clases o tipos de obligaciones; amparada, seguramente, en el argumento constitucional de que la limitación del riesgo es un pilar fundamental en la estructuración de un sistema económico-empresarial en tanto favorece la generación de empleo, la atracción de la inversión, el progreso y el incremento de los recursos fiscales (Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004).

No obstante, es evidente que, como todos los derechos, la limitación del riesgo de la SAS no es absoluta. La excepción a esta expresa limitación del riesgo patrimonial se encuentra en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, que impone la responsabilidad solidaria frente a las obligaciones y los perjuicios causados por los accionistas (y los administradores) que hubieren realizado, participado o facilitado los actos por medio de los cuales se utilice a la sociedad en fraude a la ley o perjuicio de terceros.

Es evidente que se abre la puerta para que, a pesar de la expresa limitación del riesgo patrimonial, se utilice la figura del levantamiento del velo corporativo; y, en consecuencia, se extienda la responsabilidad de los socios en el evento de

“fraude a la ley o perjuicio de terceros”. Del análisis textual del precepto, parecería claro que la desestimación de que trata el citado artículo 42 es de carácter disyuntivo; esto es que puede ser procedente ya sea por una situación fraudulenta o por una situación perjudicial para el tercero (esta última, particularmente, abierta en tanto no implicaría la preexistencia de comportamientos de mala fe por parte del socio). Sin embargo la Supersociedades por vía de ‘doctrina’¹⁰ ha insistido en centrar esta norma en las hipótesis de fraude, utilización abusiva, comportamientos ilícitos o defraudatorios, que si bien pueden incorporar créditos laborales o fiscales implican una carga subjetiva en el socio respecto de su comportamiento.

Esta idea se profundiza al analizar las sentencias proferidas sobre la materia por la aludida Superintendencia. La sentencia de mayor interés, sin duda, es el caso Mónica Semillas. En este caso se evidencia la existencia de una sociedad SAS que, como matriz y de forma deliberada, constituye otras tres sociedades SAS con el fin de acceder a varios préstamos —incentivos para la capitalización rural— otorgados por el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (FINAGRO) respecto de los cuales existía una limitación de cantidad por proyecto. Aquí se evidenció una clara voluntad de los socios de emplear las sociedades SAS con el fin de acceder a beneficios que no podrían adquirir de forma conjunta; decretando, entonces, la Supersociedades, la desestimación jurídica societaria.

La misma Supersociedades ha negado la aplicación de la desestimación jurídica societaria al considerar que esta solo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria, por lo que debe demostrarse en el proceso suficientes méritos que han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Es evidente, entonces, que la posición de la Superintendencia de Sociedades se orienta a una concepción del levantamiento del velo corporativo restringida a aspectos fraudulento o ilícito que impliquen una imputación subjetiva del comportamiento que tienen como ejemplificación perfecta los hechos del caso Mónica Semillas.

Ahora bien, una mirada superficial a la temática alegraría que las preguntas sobre la mirada constitucional respecto de la responsabilidad patrimonial del accionista de una SAS ya han sido solucionadas por la misma Corte Constitucional (sentencias C-090 de 2014, C-237 de 2014) al declarar la exequibilidad de las normas de la Ley 1258 de 2008. Sin embargo es necesario revisar con mayor detalle el alcance de las aludidas sentencias, antes de afirmar si el problema jurídico ha sido zanjado. En ellas la Corte Constitucional se enfrenta a la acción instaurada en contra del

¹⁰ La ‘doctrina’ de la Superintendencia de Sociedades se presenta a través de los conceptos jurídicos que emite en respuesta a consultas concretas de las personas sobre la normativa societaria. Estos pronunciamientos no pueden ser entendidos como pronunciamientos judiciales (pues no se relacionan con las funciones jurisdiccionales de la entidad), sino que son actos administrativos de consulta que no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución (art. 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Ahora bien, su influencia se ve sin duda reflejada en su origen; esto es que provienen de la misma entidad que, a hoy, es el juez especializado en materia societaria.

inciso 2 del artículo 1 de la Ley 1258, alegando sustancialmente que el eximir a los socios de las SAS incluso del pago de las obligaciones laborales y fiscales vulnera preceptos constitucionales como la dignidad humana, la supremacía de los derechos de los trabajadores, la vida, la integridad física o el mínimo vital.

La parte resolutive en ambas sentencias, como se mencionó, fue declarar que la norma es compatible con la Constitución. No obstante el centro de la discusión se encuentra en los fundamentos de la decisión, los cuales se sintetizan así: la limitación del riesgo patrimonial de los socios en las sociedades mercantiles no constituye vulneración a los preceptos constitucionales, ni a los derechos laborales o sociales, por cuanto existe una libertad de configuración en cabeza del legislador para determinar las características de los tipos societarios al igual que los atributos propios de los mismos; sin embargo esta limitación no es absoluta, por cuanto le son aplicables a la SAS todos los mecanismos legales y jurisprudenciales para que dicha limitación no implique el desconocimiento o inexigibilidad de los derechos de los trabajadores tales como: el levantamiento del velo corporativo por actos violatorios de la buena fe; el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a los trabajadores; las acciones legales de nulidad, simulación o pauliana para la protección de su crédito y la acción de tutela y la jurisprudencia constitucional para la defensa de sus derechos constitucionales.

Es claro, entonces, a pesar de la insistente doctrina de la Supersociedades, que la desestimación de la limitación de responsabilidad patrimonial no se limita a las situaciones de mala fe o defraudatorias en que pueda incurrir el socio (de alto componente subjetivo tal como el caso *Mónica Semillas* reseñado) sino que, por el contrario, las sentencias de la Corte Constitucional abren un espectro mucho más amplio de protección a los trabajadores como parte débil de la relación jurídica; generando nuevos escenarios de responsabilidad adicional que, en principio, prescinden de la imputación subjetiva del socio. En otras palabras, permiten la aplicación del precedente jurisprudencial de las sentencias SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003 a las sociedades SAS.

CONCLUSIÓN

Desde una perspectiva general, el *disregard of legal entity* (desestimación de la entidad legal o de la persona jurídica) se comporta como un “remedio judicial” a través del cual se le otorga la facultad a los jueces de “hacer caso omiso” de la separación patrimonial entre la sociedad y el socio en los eventos en que se verifique un comportamiento fraudulento, perjudicial o de mala fe, soportado en la necesidad de integrar el principio de ‘equidad’ con la finalidad de defender el interés general y la ley.

En Colombia, la teoría del levantamiento del velo corporativo se deriva de los principios constitucionales de buena fe y no abuso del derecho. Sin embargo, ha venido desarrollándose a partir de diversas fuentes de reconocimiento (legislación y jurisprudencia) y de diferentes tipologías de supuestos de aplicación (levantamiento como consecuencia directa de una norma y situaciones que emplean figuras jurídicas existentes). Es evidente que en Colombia no existe una teoría sistemática y completa sobre el *disregard*, sino que el escaso desarrollo que ha recibido la figura proviene de algunos casos específicos de importancia.

Esta, muy particular, forma de aplicar la figura del levantamiento del velo corporativo impide el análisis genérico y objetivo de los presupuestos de aplicación; y, por el contrario, exige el examen de los diferentes casos particulares que pueden llegar a presentarse para el conocimiento de los jueces con el fin de identificar las tendencias doctrinales que convergen en la materia para tratar de anticipar las posibles respuestas que desde el ordenamiento jurídico se podría facilitar a dichos supuestos de hecho.

Asimismo, se colige de lo anterior que el estudio y aplicación de la figura del *disregard* se define como una “cuestión de perspectivas o enfoques” resumidos en el enfrentamiento de dos principios o preceptos de validez y rango constitucional. Por una parte, el principio que reconoce la libertad de empresa y la capacidad para diseñar las organizaciones societarias y, muy especialmente, el derecho de los accionistas a la limitación de su riesgo y la conservación de su situación de incomunicación patrimonial. Por otra, el principio que garantiza la efectividad de los derechos fundamentales al mínimo vital, al trabajo, la vida y la integridad física de los terceros-acreedores de la sociedad. La preponderancia de uno sobre el otro delimita el espectro de soluciones posibles. las cuales se analizan con mayor profundidad en el siguiente artículo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arcía, C. (2010). Algunas consideraciones generales sobre la sociedad por acciones simplificada. En Reyes, F. (Coord.). *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Arrubla Paucar, J.A. (2010). El levantamiento del velo corporativo en Colombia. En León, E.I. et al. *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Dobson, J. (1985). *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Embid Irujo, J.M. (2013). El derecho de sociedades ante la crisis económica. Especial referencia a la tipología societaria. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 59, 15-70.
- Embid Irujo, J.M. (2015). ¿Hacia un nuevo derecho de sociedades? Reflexiones desde el derecho español. *Revist@ e-Mercatoria*, 14 (1). Recuperado de <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN14/pdf01/172.pdf>.
- Espinosa, L. (2011). El proceso de flexibilización del régimen societario colombiano: una visión desde la evolución de las figuras empresariales. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 1, 245-284.
- Gaitán, A. (2010). La responsabilidad subsidiaria de la matriz. En León, E.I. et al. *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Galgano, F. (1990). *Las instituciones de la economía capitalista: sociedad anónima, Estado y clases sociales*. Barcelona, España: Ariel.
- García, E. (2010). La crisis de las fuentes del derecho. En García, E. y González, J. (Ed.). *La crisis de las fuentes del derecho en la globalización*. Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda.
- García Ramírez, J. (2012). *Entre derecho y deberes: el deber de solidaridad en el Estado constitucional*. Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Guzmán, A. (1993). Codificación, descodificación y recodificación del derecho civil chileno. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 2, 39-62.
- Hernández, W.D. (2012). Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la Sociedad por Acciones Simplificada. *Estudios Socio-Jurídicos*, 14 (2), 241-288.
- Isaza, E. y Nieto, N. (2009). Flexibilización societaria. Un acercamiento a la Sociedad por Acciones Simplificada a partir de la intervención de la Superintendencia de Sociedades. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40, 43-79.
- León, E.I. y López, Y. (2010). Responsabilidad patrimonial de los accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas. En León, E.I. et al. *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Mantilla, F. (2007). La "constitucionalización" del derecho privado. En Larroumet, C. (Dir.) y Ríos, S. (Ed.). *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains* (pp. 23-38). Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Mendoza, A. (2010). La importancia de la Ley 222 de 1995 en el ordenamiento colombiano. Foro ¿Hacia dónde va el derecho societario colombiano?, Universidad de la Sabana, Bogotá, Colombia.
- Moreno, L.J. (2012). El riesgo constitucional en la interpretación de los contratos. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 2, 101-126.
- Narváez, J.I. (2006). *Teoría general de las sociedades comerciales*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Navarro, L. (2009). *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno derecho europeo de sociedades: la SAS francesa y su incidencia en el derecho español*. Granada, España: Editorial Comares.

- Navarro, L. (2010). Propuesta de flexibilización del derecho societario español ante los nuevos retos de la Unión Europea. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 3, 231-265.
- Oviedo, J. (2011). La personificación jurídica societaria en el derecho colombiano. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 1, 163-180.
- Peña, L. (2011). *De las sociedades comerciales*. Bogotá, Colombia: TEMIS.
- Perlingieri, P. (2008). *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Madrid, España: Dykinson.
- Quetglas, R.S. (2013). *El concurso de acreedores del grupo de sociedades*. Madrid, España: Civitas.
- Reyes, F. (2004). *Derecho societario*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Reyes, F. (2010). Responsabilidad de administradores en la Sociedad por Acciones Simplificada. *Panóptica*, 5, 208-239.
- Reyes, F. (2010). *La sociedad por acciones simplificada SAS*. Bogotá, Colombia: LEGIS.
- Suárez, S. (2007). Notas para una historia de las sociedades. *Foro de Derecho Mercantil*, 15, 132-136.
- Veiga, A.B. (2011). El régimen jurídico de las acciones en la SAS (I). *Vniversitas*, 123, 373-410.
- Venegas Franco, A.; León Robayo, E.I.; Rincón Cárdenas, E.; Santamaría Ariza, E.; Castillo Mayorga, F.; Calderón Villgegas, J.C.; López Castro, Y. (2010). Responsabilidad patrimonial de los accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas. En: Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Universidad del Rosario. Bogotá.
- Vigo, R. (2012). *Constitucionalización y judicialización del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez.