



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

TITULO

POSIBLE INCERTIDUMBRE EMPRESARIAL EN EL LEVANTAMIENTO DEL
VELO CORPORATIVO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA (S. A) Y EN LA SOCIEDAD
POR ACCIONES SIMPLIFICADA (S.A.S)

AUTOR

Jorge Hernán Valencia Ospina

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI

TITULO

POSIBLE INCERTIDUMBRE EMPRESARIAL EN EL LEVANTAMIENTO DEL
VELO CORPORATIVO EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA (S. A) Y EN LA SOCIEDAD
POR ACCIONES SIMPLIFICADA (S.A.S)

AUTOR

Jorge Hernán Valencia Ospina

DIRECTORA:

Adriana Collazos Ortiz

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

SANTIAGO DE CALI, FECHA

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
1. LA FIGURA DEL VELO CORPORATIVO	9
2. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL	14
3. SEGURIDAD JURÍDICA DEL PATRIMONIO DE LOS ACCIONISTAS EN SOCIEDADES ANÓNIMAS Y SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADA, FRENTE A LA POSIBILIDAD DE LEVANTAR EL VELO CORPORATIVO	38
CONCLUSIONES	48
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUCCIÓN

Las sociedades mercantiles son producto del ejercicio del derecho constitucional que tienen las personas naturales y jurídicas de asociarse para formar organizaciones o empresas; cuando se constituye una sociedad o empresa unipersonal, nace una persona jurídica, distinta de los accionistas, denominada empresa¹.

Teniendo en cuenta el artículo 98 del Código de Comercio (C.Co) en concordancia con el artículo 333 de la Constitución Política, en las sociedades de capital, se permite una separación entre el patrimonio de los accionistas y el de la sociedad, con el fin de hacer posible el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país. De esta ficción legal, surge la figura del Velo Corporativo, que es un mecanismo jurídico para proteger los bienes personales de los accionistas frente a posibles responsabilidades adicionales que puedan presentarse en el desarrollo del objeto social de la empresa o sociedad que éstos crearon².

Entonces el velo corporativo se convierte en una protección del patrimonio de los accionistas, como su nombre lo indica, cubre los intereses de la sociedad, siempre y cuando éstos actúen de buena fe frente a terceros, en caso de que se compruebe lo contrario, dicha protección puede estar en riesgo ante la posibilidad del levantamiento del velo corporativo.

El velo corporativo es una especie de escudo que encierra los secretos de las organizaciones, guardando su integridad ante posibles ataques o intentos

¹ Oscar Humberto González Benjumea. *Personalidad jurídica de sociedades mercantiles*. (Revista Ratio Juris – Universidad Autónoma Latinoamericana; 2016); <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/88/332>

² José Alberto Gaitán Martínez. *Marco general del levantamiento del velo corporativo en Colombia*. (Bogotá: Universidad del Rosario; 2010). En: Anzola y otros. *Levantamiento del velo corporativo Panorama y perspectivas*. El caso colombiano.

de daño por parte de personas o entes que provengan del entorno inmediato de la empresa.

Se trata de una figura jurídica de origen anglosajón, “*disregard of legal entity*”, fue ampliamente desarrollado en los Estados Unidos de América, cuya base es la equidad, que de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia se aplicó en forma excepcional, pero ampliamente con criterio equitativo, limitado a casos de fraude o ilegitimidad, los cuales tradicionalmente eran los factores que justificaban la intervención del tribunal de equidad³.

El levantamiento del velo corporativo, tiene como fin el desconocimiento de la ficción jurídica, consistente en la separación del patrimonio de los accionistas y la sociedad, extendiendo la responsabilidad de los accionistas, más allá de sus aportes, cuando se demuestra abuso del derecho o defraudación a terceros⁴.

Es decir, cuando se tiene conocimiento que la empresa utiliza su personería jurídica para hacer actos fraudulentos, engañar o evadir responsabilidades, tanto con personas naturales o con entidades de control, la ley dispone de la potestad para levantar ese velo o protección que hay dentro de las sociedades, con el fin de proteger los intereses de los terceros perjudicados, máxime cuando el beneficio que da la personería jurídica de la sociedad como tal, ha sido usado para dañar o defraudar a otros, con fines ilícitos o mala intención.

³ Alida de María Villeda. *El levantamiento del velo corporativo en las sociedades anónimas, una herramienta legal para contrarrestar el abuso en la utilización de la personalidad jurídica*. (Guatemala: Universidad de San Carlos; 2006); http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5702.pdf

⁴ Alejandra Mariel Mori Sáenz y Marco Andrei Torres Maldonado. *Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional* (Lima. Derecho y Cambio Social, 2013) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5481036.pdf>

Según Carlos Ardila⁵, el velo corporativo en algunas ocasiones se utiliza como instrumento para fraudes y actos ilícitos. Al respecto, destaca lo mencionado por Serick, al decir que los supuestos para abuso de personalidad jurídica son: fraude a la ley, violación al contrato, daño fraudulento ocasionado a terceros, entre otros, entendiéndose que con ello se ha vulnerado el principio de la buena fe; así mismo alude a Dobson, el cual resume las condiciones para abusar del derecho de personalidad jurídica: “cuando el ánimo de causar un perjuicio aparece como exclusivo fin del acto, cuando fueron contrariados los fines propuestos por las leyes para establecer la protección a determinados actos, cuando el ejercicio de un derecho haya excedido los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres”⁶.

Con ello el autor mencionado concluyó que se determina el abuso cuando el objeto de la responsabilidad se desvirtúa de lo establecido en la ley, ejemplo, cuando los logros obtenidos en una empresa no benefician a todos los socios sino solo algunos de ellos, lo cual de plano desvía el propósito para el cual fue creada.

Todo lo anterior ha llevado a la ley a crear mecanismos en los cuales se pueda levantar el velo corporativo, como mecanismo para proteger los derechos de los afectados con las prácticas fraudulentas⁷.

Conforme a lo expuesto, ¿el Levantamiento del Velo Corporativo desvirtúa la ficción legal de la separación del patrimonio de los accionistas en la Sociedad Anónima y la sociedad por acción simplificada S.A.S en Colombia? Por lo tanto se plantea esta investigación, con el fin de ahondar un poco en este tema, debido a que estas sociedades son empresas de capital y

⁵ Carlos Fabián Ardila Yopasa: *La precariedad del velo corporativo para evitar el fenómeno de fraude en las sociedades* (Revista E-Mercatoria, vol. 15, N° 1, enero-junio, 2016); <https://doi.org/10.18601/16923960.v15n1.03>

⁶ Juan M. Dobson. *"El abuso de la personalidad jurídica"*. (Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 31), citado por: Ardila Yopasa.

⁷ Carlos Fabián Ardila, Op. Cit. p. 4.

generalmente ocurre que las personas que las manejan o administran no son los mismos socios que la crearon, por lo que es necesario estar al tanto de todo lo dispuesto legalmente para este tipo de sociedades, con el fin de tener bases suficientes para determinar los eventos en los cuales la ley permite la desestimación de la personería jurídica⁸.

La presente investigación se desarrolla en tres capítulos, en el primero se describe o identifica la figura del velo corporativo, su origen y concepto; el segundo capítulo da cuenta del desarrollo jurídico del levantamiento del velo corporativo en Colombia y su desarrollo jurisprudencial y en el tercer capítulo se establece el nivel de seguridad jurídica del patrimonio de los accionistas en la sociedades anónimas y sociedades anónimas simplificadas, frente a la posibilidad de levantar el velo corporativo.

⁸ Ardila Yopasa: *Op. Cit.* p. 4

1. LA FIGURA DEL VELO CORPORATIVO

La palabra velo, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se trata, entre otras cosas, de: *“Una cortina o tela que cubre algo”, “pretexto, disimulación o excusa con que se intenta ocultar, atenuar u oscurecer la verdad”*⁹. De acuerdo a esto, es necesario conocer qué es lo que se pretende velar, disimular, cubrir, ocultar, atenuar u oscurecer en las empresas.

El velo corporativo es considerado un instrumento que nació en la costumbre mercantil, tendiente a proteger la empresa y evitar que los secretos comerciales salgan a la luz, es decir, es un escudo alrededor de la sociedad, que le permite resguardarse del entorno en general, teniendo en cuenta que las empresas cumplen un papel fundamental en el desarrollo económico de la nación, y que las sociedades constituidas como tal manejan conceptos que necesitan ser protegidos, pues hacen parte de su potencialidad intrínseca, los cuales, si llegaran a divulgarse pondrían en riesgo su continuidad. Como su nombre lo indica ese velo cubre la información interna de la compañía¹⁰.

Se refiere a una especie de protección que se otorga a las empresas una vez nacidas a la vida jurídica, con el fin de separar el patrimonio de la sociedad y todo lo que ésta representa, del patrimonio personal de los asociados. Entonces, se puede decir que el velo corporativo es la separación del patrimonio y de la responsabilidad de los socios de los de la sociedad ante terceros.

⁹ Real Academia Española. *Velo, significado*. (RAE, 2017); <http://dle.rae.es/?id=bUwgYjN>

¹⁰ Tribunales Colegiados de Circuito. *Velo Corporativo. Su acepción jurídica. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, (Agosto 2013), Pág. 1749*; <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2004/2004357.pdf>

El velo corporativo limita la responsabilidad de los socios ante terceros, en la medida que éste no responde con su patrimonio personal, en caso de que la empresa adquiera compromiso o responsabilidades y no las pueda cumplir, ya que de antemano, el velo comercial le ha dado la posibilidad de separar su activo patrimonial del de la sociedad, por lo tanto, la deuda adquirida, la obligación de resarcir, la indemnización, será cubierta con el capital de la empresa, no del socio¹¹.

Ese velo, nace con la constitución de la sociedad, es decir, cuando se crea una empresa, a través de la cual tiene vida la personería jurídica. Por lo tanto, la personería jurídica se diferencia de las personas que conforman la empresa (socios), una vez se cumplan algunas formalidades impuestas por la ley para su constitución; así se origina una sociedad con ánimo de lucro, donde cada socio espera obtener rendimiento del capital aportado¹².

Al respecto, la personería jurídica, según Enrique Díaz, tiene sus antecedentes históricos en Roma, con ocasión de la constitución de los *municipia*; donde el Estado suprimía la existencia política de las ciudades itálicas conquistadas, incluyéndolas en el estado romano, pero les permitía participar en el derecho privado; dicha capacidad se cristalizaba al concurrir dos elementos: tener su propio patrimonio y ser apto para comparecer en juicio¹³.

En la edad, media, el derecho germánico aceptaba que las asociaciones más antiguas, denominadas *Genossenschaften*, eran personas jurídicas porque con su existencia jurídica y económica, constituían una personalidad integral; donde la capacidad de disposición correspondía exclusivamente a una administración común y no a los miembros por separado; las decisiones eran

¹¹ Carlos Fabián Ardila Yopasa: *Op. Cit.p.4.*

¹² *Ibíd.* 'p. 4.

¹³ Enrique Díaz Ramírez. *La personalización y despersonalización de sociedades en el derecho colombiano.* En: Marcela Anzola Gil. Levantamiento del velo corporativo panorama y perspectivas. El caso colombiano (Bogotá: universidad del Rosario, 2010)

tomadas por unanimidad, los socios no podían exigir en cualquier momento su división¹⁴.

Con el derecho canónico, se elaboró el concepto de personería jurídica basado en postulados del derecho romano y de noción propia de institución, al espiritualizar el concepto germánico de corporación, se sustituyó la fábrica de la iglesia por un ente jurídico invisible e ideal. Se le atribuye al Papa Inocencio IV el desarrollo de la teoría en forma magistral; los canonistas distinguieron la unidad ideal del ente, de los individuos por separado que forman su sustrato; pregonaron la supervivencia del ente, así los individuos se cambien o desaparezcan totalmente, llamaron por vez primera, persona a los entes, pero con la advertencia de Inocencio IV de que se trataba de una ficción, de una persona aparente, incapaz de querer y obrar, por lo que se necesita quien la represente¹⁵.

Al presentarse oposición entre lo canónico y las ya arraigadas prácticas y concepciones del derecho germánico, se llevó a cabo una mezcla, donde se definía la persona jurídica bajo la concepción romano –canónico de ente ficticio, pero se le atribuían consecuencias como ser titular de preeminencias y derechos de jurisdicción y elección, representada por todos sus miembros, provenientes del derecho germánico¹⁶.

Luego apareció la glosa, aplicando el concepto de ente ficticio a la persona jurídica y las concepciones realistas germánicas; con ello los postglosadores llevaron a cabo un gran progreso, al considerar personas jurídicas a las sociedades comerciales constituidas bajo un nombre único como *collegia**.

¹⁴ Ibíd. p. 8

¹⁵ Ibíd. 9

¹⁶ Ibíd. p. 9

* significa “juntos por ley”, se dio este nombre a una institución romana, consistente en una asociación privada, regida por su propio estatuto (la *lex collegii*) donde se establecían sus órganos y finalidad, los criterios de admisión de los asociados y otros asuntos propios.

En el período de la monarquía en Francia, éstas dictan leyes donde se manifiesta que para que nazca la persona jurídica era necesario elementos como la concesión, y las cartas patentes; se evidencia por ejemplo un dicto de Luis XIV de 1696, en el que se prohibió fundar corporaciones civiles o religiosas, sin el permiso del rey, así, la personalidad se convierte en privilegio de la corona¹⁷.

Con el código napoleónico se ignoró en forma total el derecho corporativo, se regulaban las relaciones entre socios con un contrato, pero sin personificación. El primer paso para la personificación surgió con la idea de que los aportes sociales servían de garantía a los acreedores de la sociedad y no a los acreedores personales de los socios; aunque el código napoleónico no confirmó expresamente la personalidad a las sociedades de comercio, el solo hecho de su constitución regulada, tácitamente hacía presumir su existencia¹⁸.

En este sentido, en Colombia, el derecho de asociación en la Constitución de 1886 se mencionaba en sus artículos 47 y 49 pero restringido a ciertos límites impuestos por el mismo Estado, teniendo en cuenta que el desarrollo industrial y comercial en Colombia a principios del siglo XX era precario. Con la Constitución de 1991, en el artículo 38 reconoce el derecho de asociación, que permite desarrollar en forma conjunta actividades empresariales¹⁹.

Por lo tanto, las personas haciendo uso de su derecho de asociación, crean personas jurídicas como entes con autonomía y responsabilidades propias. Estos entes o empresas, son la base fundamental para el fortalecimiento de la economía y el desarrollo del país en una sociedad capitalista, ya que a través de ellas, se generan empleos, se pagan impuestos, se gestan

¹⁷ Enrique Díaz, Op. Cit. p. 8.

¹⁸ *Ibíd.* P. 9

¹⁹ Germán Gama; Alejandro García. *La constitución de 1991 frente al Código de Comercio: consecuencias, implicaciones y efectos de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 desde la perspectiva del derecho mercantil.* (Bogotá: Universidad Javeriana, 2005); <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2031.pdf>

relaciones comerciales con otras empresas, tanto nacionales como extranjeras, lo que forma un círculo económico, trayendo como resultado mejor calidad de vida para las personas, impulso a la actividad empresarial, desarrollo para el país, entre otros, razón por la cual a través de la figura del velo corporativo se ha querido dar protección a las actividades internas de las empresas.

2. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

De la figura *disregard of the legal entity*, se tiene noticias por vez primera sobre el velo corporativo en las cortes de Estados Unidos de América, en el caso de 1897 (*Salomón Vs. Salomón*), quien fue un zapatero de Londres, de nombre Aron, constituyó con su familia una sociedad, aunque éstos sólo participaron del negocio porque para ser constituida la empresa se hacía necesario el concurso de 7 personas; con el tiempo vendió el próspero negocio, sin embargo al pasar de los años comenzó a dar pérdida; siendo demandado por uno de los acreedores, quien buscaba que fueran *Aron Salomón* (el socio) y no *A. Salomón & Company* (la empresa), quien le pagara. En primera y segunda instancia se falló a favor del acreedor, pero la *House of Lords*, sentenció que la persona física y jurídica eran dos entidades diferentes²⁰.

La doctrina del levantamiento del velo, según Macey, se encuentra inmersa en una percepción errónea y confusa, teniendo la entidad jurídica “personalidad legal”, los tribunales reconocen la necesidad de actuar con cuidado ante cualquier hecho que amerite su levantamiento, ya que la lista de justificaciones para hacerlo es larga e imprecisa, entre las que se pueden encontrar la perforación del velo cuando la empresa es solo “alter ego” de sus accionistas, cuando la empresa está descapitalizada, cuando no se cumplen las formalidades corporativas, cuando se usa la corporación para promover el fraude, la injusticia o ilegalidades²¹.

²⁰ Alejandra Mariel Mori Sáenz; Marco Andrei Torres Maldonado. *Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional* (Revista Derecho y Cambio Social, 2013) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5481036.pdf>

²¹ Jonathan R. Macey. The three justifications for piercing the corporate veil. (Harvard Law School, March 27, 2014). <https://corpgov.law.harvard.edu/>

El mismo autor, menciona que los tribunales utilizan la figura de la perforación del velo corporativo como herramienta de interpretación legal en el sentido de que esto se hace para poner el comportamiento de los actores corporativos, de acuerdo con un esquema estatutario particular, como la seguridad social o los esquemas estatales de compensación por desempleo. En otros casos, los tribunales permiten el levantamiento para remedir lo que parece ser una conducta fraudulenta, que no incluye elementos estrictos del fraude de *common law*; es decir, si el tribunal está convencido que un accionista o inversionista de capital, mediante acciones o palabras ha llevado a la contraparte de un contrato a creer que una obligación es un pasivo personal en lugar de una deuda corporativa, los tribunales usan una teoría sutil para imponer responsabilidad sobre el accionista individual en lugar de una teoría de fraude²².

Macey²³ también considera que otra razón por la cual se puede levantar el velo es la promoción que denomina “valores de quiebra” aceptados. La ley de quiebra se esfuerza por lograr una disposición ordenada de los activos de los deudores, ya sea por medio de reorganización o liquidación corporativa, por tanto, una forma en que la ley de quiebra logra estos objetivos es evitando que los accionistas transfieran activos corporativos a ellos mismos o a acreedores privilegiados en particular por dentate de los acreedores en momentos de tensión económica aguda.

El tercer motivo por el cual los tribunales atraviesan el velo corporativo que se identifica es la promoción de lo que llamamos "valores de quiebra" aceptados. En particular, la ley de quiebras se esfuerza por lograr una disposición ordenada de los activos de los deudores, ya sea mediante reorganización o liquidación corporativa. Una forma en que la ley de quiebras logra estos objetivos es evitar que los accionistas transfieran los activos

²² *Ibíd.* P. 13

²³ *Ibíd.* P. 13

corporativos a ellos mismos o a acreedores privilegiados en particular en momentos de tensión económica aguda. Este resultado se logra en el contexto de un procedimiento formal de bancarrota al invocar la doctrina de la subordinación equitativa, así como el poder del administrador de la quiebra para evitar y anular las transferencias preferenciales y los traspasos fraudulentos. Fuera de la quiebra (y algunas veces también en el contexto de procedimientos de bancarrota), el objetivo de eliminar el oportunismo de las empresas en dificultades financieras se logra al hacer caso omiso de la forma corporativa²⁴.

Por lo tanto, concluye que toda la lista de justificaciones para ignorar la forma corporativa, que incluyen incumplimiento de las formalidades corporativas, descapitalización, alter ego, mera instrumentalidad, propiedad de la totalidad o la mayoría de las acciones de la empresa, pago de dividendos, la falta de pago de dividendos, etc. son meros representantes de una de las tres razones principales para la perforación descrita anteriormente²⁵

Por otro lado, en Colombia, se ha discutido si es posible aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo para desconocer la personalidad jurídica y responsabilizar a los socios que actúen de forma fraudulenta, o en casos específicos como: cuando no se tenga claridad entre el patrimonio empresarial y el de los socios; se observen operaciones que impliquen conflicto de intereses (no llevar contabilidad, no tener libros de actas, etc.), exista confusión de activos, reportar capital inferior al real; utilizar las formas asociativas para aprovechar subvenciones, entre otras²⁶.

Al respecto de si se puede o no aplicar la teoría del levantamiento del velo corporativo en Colombia, existen dos posiciones, un grupo que aboga por la no aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo, con el

²⁴ *Ibíd.* p. 13.

²⁵ *Ibíd.* p. 13

²⁶ Yamid Francisco Reyes Villamizar Conferencia: el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia); <https://www.youtube.com/watch?v=2kq9blePOuw>

argumento de un vacío jurídico y otro, que manifiesta estar de acuerdo con su aplicación fundamentado en el abuso del derecho.

Los que abogan por la teoría del abuso del derecho, manifiestan que no existe ningún vacío jurídico debido a que dicha teoría se basa en el principio consagrado en el artículo 830 del Código de Comercio que literalmente dice “el que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”²⁷. De acuerdo a Jaime Arrubla, esta obligación se encuentra plenamente contenida en la teoría general de los contratos y obligaciones mercantiles.

Así mismo, manifiesta Arrubla, que al utilizar la sociedad con fines contrarios a la ley, se está abusando del derecho, se exceden los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres. Entonces, la norma establece que la consecuencia del abuso del derecho da lugar de inmediato a la reparación de perjuicios a favor del perjudicado²⁸.

Teniendo en cuenta el principio del abuso del derecho, éste se aplica para todo tipo de contratos, y no se puede olvidar que la constitución de una sociedad también es un contrato. En este sentido, para que se configure abuso del derecho, éste se presenta cuando hay desviación del fin que se persigue con la norma.

En este sentido, Arrubla, citando a Sherik, manifiesta que el elemento determinante para que se pueda aplicar la teoría es que la personalidad jurídica sea utilizada para fraude a terceros y cita como supuestos para que se presente dicho abuso: fraude a la ley, fraude o violación al contrato, daño fraudulento ocasionado a terceros y confusión de relaciones entre sociedad madre y filial, en cuyo caso se entiende violado el deber de buena fe que

²⁷ Jaime Arrubla Paucar. El levantamiento del velo corporativo en Colombia. En: Marcela Anzola Gil y otros. *Levantamiento del velo corporativo panoramas y perspectivas. El caso colombiano*. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010)

²⁸ Jaime Arrubla Paucar. El levantamiento del velo corporativo en Colombia. En: Marcela Anzola Gil. *Levantamiento del velo corporativo panoramas y perspectivas. El caso colombiano*. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010)

está implícito en todo el ordenamiento jurídico²⁹. Así mismo, citando a Dobson, determina las condiciones de aplicación de dicha teoría a saber: Cuando el ánimo de causar un perjuicio aparece como exclusivo fin del acto; cuando fueron contrariados los fines propuestos por las leyes para establecer la protección a determinados actos y cuando el ejercicio de un derecho haya excedido los límites que impone la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Lo anterior se refiere a la buena fe que debe primar en todos los actos contractuales, teniendo en cuenta que el fin de los negocios societarios es el beneficio o logro común para todos los asociados y al pretender un beneficio particular se desatiende el propósito real para la cual fue creada la empresa, lo cual no puede reemplazarse con el uso irresponsable de la protección que otorga la ley a través de la personería jurídica para conseguir fines particulares, tratando de burlar la norma o pasar por encima de las disposiciones jurídicas³⁰.

En este orden de ideas, jurídicamente, en Colombia la figura del levantamiento del velo corporativo, desistimiento de la personería jurídica o *disregard of the legal entity*, aunque no tiene un desarrollo normativo exclusivo, el concepto se encuentra inmerso o estipulado en algunos artículos de diferentes normas, a saber:

En el Código de Comercio artículo 830, que señala: quien abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Con la Ley 80 de 1993, se quiere evitar que se evada el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en el artículo 8, ordinal 1, literal i)

²⁹Juan, Dobson. El abuso de la personalidad jurídica. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 2, citado por: Jaime Arrubla Paucar. El levantamiento del velo corporativo en Colombia. En: Marcela Anzola Gil. *Levantamiento del velo corporativo panoramas y perspectivas. El caso colombiano*. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010).

³⁰ *Ibíd.* P. 12.

La Ley de Servicios Públicos 142 de 1994, consagra en su artículo 37 la desestimación de la personalidad jurídica, cuyo fin es evitar que mediante la personería jurídica se burle el régimen de incompatibilidades e inhabilidades. Por su parte, la Ley 190 de 1995 en el artículo 44 advierte que se podrá levantar el velo corporativo de las personas jurídicas, por parte de los jueces sea necesario determinar quién se beneficia realmente con las actividades empresariales; con lo cual se quiere evitar que bajo el amparo de la separación patrimonial se burlen de prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, dificultando la investigación de delitos contra la administración pública o se legalicen u oculten bienes provenientes de actividades ilícitas.

La Ley 222 de 1995, en el artículo 207 menciona la posibilidad de levantar el velo corporativo al observarse defraudación a los acreedores. En este sentido, establece que cuando los bienes de la liquidación no son suficientes para cubrir el total de créditos reconocidos y por medio de los actos sociales defraudaron acreedores, los socios serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, proporcional a los derechos que cada uno tenga en la sociedad.

Con la Ley 1258 de 2008 que da origen a las sociedades anónimas simplificadas, se crea una figura similar, llamada desestimación de la personalidad jurídica (*disregard of the legal entity*), la cual se presenta “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”.

El Estatuto Tributario en los artículos 793 y 794, considera la desestimación de la personalidad jurídica, para evitar posibles maniobras

de accionistas que se escudan en la identidad propia de la sociedad, dejándola insolvente y evitar el pago de tributos³¹.

Las anteriores normas tienen en común la posibilidad de que los perjudicados con las actuaciones de una empresa o sociedad, puedan hacer uso de la figura de la desestimación del velo corporativo y a través de la ley, perseguir el patrimonio de los accionistas para obtener resarcimiento de sus derechos. Todo lo anterior, con base en el supuesto de que en la empresa se presenten una o algunas de las condiciones citadas anteriormente para ello, porque en la práctica, al perjudicado le corresponde una carga de prueba significativa para demostrarlo.

En este sentido, algunos estudiosos de la materia consideran que en Colombia existe poco desarrollo jurídico alrededor de este tema, sin embargo, se evidencian casos puntuales en los cuales se presenten los elementos para levantar el velo corporativo, donde la ley ha podido observar o demostrar el ilícito, o conductas específicas que pueden dar lugar a la desestimación de la personería jurídica.

Por lo tanto, es pertinente tener en cuenta lo manifestado por un estudioso del tema como es el Dr. Francisco Reyes Villamizar, con respecto a la aplicación del desistimiento de la personería jurídica y su desarrollo jurisprudencial en Colombia. Al respecto, indicó que esta es una medida excepcional y sólo puede aplicarse en casos donde se presenten algunos elementos como: - Confusión entre el patrimonio de la empresa y el de los asociados; - Operaciones que implican conflicto de intereses (no llevar libros de contabilidad, de actas, no presentar balances, etc.); - Confusión de activos y negocios (ejemplo: uso de la tarjeta de crédito de la empresa para pagar gastos de los socios y sus familias); - Restablecimiento de la

³¹ Andrés Giovanni Cabrera Vanegas; Jhon Estiven Pardo Quiroga. *Levantamiento del velo corporativo*. (Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, 2016); <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14670/1/Pardo%20Jhon%20-%20Cabrera%20Andres%20-%202016.pdf>

necesidad de equidad entre las partes; - Fraude; e - Infracapitalización, que se refiere a tener o reportar un capital muy inferior al real³².

En este mismo sentido, menciona varias sentencias de la Corte Constitucional, las cuales considera como erráticas y sin ninguna línea jurisprudencial, ni análisis jurídico serio. Entre esas sentencias se encuentran:

Sentencia C-510 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández, donde se declaró exequible el artículo 42 de la Ley 222/95, en esta sentencia se desconoció el principio de limitación de la responsabilidad, la Corte solo se limitó a decir que no había límite de responsabilidad.

La Sentencia T-014/99, violó el derecho a la defensa del demandado, la cual fue declarada nula por inconstitucional.

La Sentencia SU-1023/2001, de la Flota Mercante, donde se hizo exigible el pago de las mesadas, decisión que obedeció más a la presión de los trabajadores.

La Sentencia SU-636 de 2003, Industrias Hullera S.A., la corte decide a favor de los pensionados en forma transitoria.

Reyes Villamizar consideró que estas sentencias fueron erráticas, faltó valoración objetiva para juzgar con criterio sólido, mostrando un desconocimiento sobre el tema, creando gran incertidumbre jurídica.

Pero destaca como acertada la Sentencia C-865 de 2004, donde se declaró exequible el inciso 1 del artículo 252 y 1º del artículo 373 del Código de Comercio, ratificando el principio de limitación de la responsabilidad de la sociedad de capital.

Esta Sentencia C-865 de 2004, la Corte Constitucional en cuanto al levantamiento del velo corporativo, manifiesta que cuando se vulnera el

³² Yamid Francisco Reyes Villamizar Conferencia: el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia); <https://www.youtube.com/watch?v=2kq9blePOuw>

principio de la buena fe, usando la sociedad con la intención de defraudar a terceros, entre ellos derechos de los trabajadores, se puede llegar a hacer responsables a los asociados, caso en el cual, es la actuación maliciosa o desleal de los accionistas, la causa para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir a los socios la reparación del daño ocasionado, herramienta legal conocida como *teoría* del levantamiento del velo corporativo o “*disregard of the legal entity*” o “*piercing the corporate veil*”, cuyo objetivo es desconocer la limitación de la responsabilidad a los asociados al monto de sus aportes, en circunstancias especiales, relacionadas con el uso defraudatorio del beneficio que da dicha limitación³³. Al respecto, la Corte es clara que esta figura sólo se debe utilizar en casos excepcionales, no en todos los casos, porque se correría el riesgo de atentar contra la inversión social, debido a que la empresa constituye el principal generador de empleo y bienestar, además de aportar al Estado a través del pago de tributos.

La Superintendencia de Sociedades también concuerda con la Corte Constitucional al conceptuar que la figura de la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano y sólo es procedente cuando se compruebe el uso indebido de una persona jurídica; por lo tanto, para que prospere una acción de desestimación, el demandante deberá demostrar, con méritos suficientes, que se ha desbordado los fines para los cuales fueron creadas las empresas, lo que implica una alta carga probatoria.

En cuanto a la posibilidad que se levante o desestime la personería jurídica de una sociedad, tanto la Corte Constitucional en la C-864/04, como la Superintendencia de Sociedades en varios pronunciamientos, advierten lo delicado que puede ser para la continuidad de las empresas y por ende, para el desarrollo económico del país el levantamiento del velo corporativo.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004

Consecuentemente, se considera que al negar la garantía a los socios de separar sus patrimonios del de la sociedad, se desconoce la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de una herramienta importantísima para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución. Lo anterior, debido a que por medio de las empresas, se canaliza recursos financieros para inversión social y económica, ya que los grandes capitales posibilitan proyectos económicos importantes en beneficio del país. Además, que las empresas son la mayor fuente de empleo y bienestar. Por lo tanto, si la personería jurídica de la empresa no cuenta con garantía de seguridad, siendo éstas pilares para el desarrollo de la nación, no hay discusión en que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos puede poner en riesgo la estabilidad y el orden económico, consagrados como fines esenciales del Estado, previstos tanto en el preámbulo constitucional como en los artículos 1, 25, 39, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política³⁴.

En cuanto a la posibilidad de la desestimación de la personería jurídica, la Corte manifiesta que es al legislador, a quien le compete fijar medidas para preservar los atributos de la sociedad, pudiendo levantar el velo, siempre y cuando se encuentre ante circunstancias especiales y específicas que ameriten la decisión.

Igualmente, la Corte advierte que la administración de las empresas en una sociedad de personas no es la misma que en una sociedad anónima, ya que éstas últimas tienen una realidad jurídica distinta de las primeras, dándose el caso en las sociedades por acción, que la relación directa e inmediata en el manejo de la sociedad no corresponde a los socios, sino a terceros; por lo

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>

que es viable preservar la separación entre los patrimonios de los asociados y el de la sociedad.

En este sentido, la Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), dispone que el tratamiento diferencial que hace el artículo 794 del Estatuto Tributario, respecto de excluir de responsabilidad solidaria a los accionistas de las sociedades anónimas o asimiladas y a las cooperativas, excepto en los cooperados que hayan administrado la entidad, quienes también deben responder, es justificable en las sociedades donde la característica personal es elemento importante, ya que el vínculo *intuitio personae* es esencial en sociedades colectivas, de responsabilidad limitada e incluso en asociaciones de tipo colectivo, donde fácilmente se puede identificar a la persona que hace la gestión o administración de las mismas, lo que no sucede en las anónimas o por acciones, donde este factor se desdibuja, pues la mayoría de socios se hallan separados de la dirección o administración de la empresa; es decir, las sociedades de persona no tienen las mismas circunstancias fácticas frente a las anónimas, n las cooperativas³⁵.

Con lo anterior se corrobora que los socios no están llamados a responder por actos fraudulentos cometidos por terceros en el proceso de administración de la sociedad que ellos crearon.

Sin embargo, la Corte se sostiene en que la limitación al riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda usarse en forma indiscriminada por los asociados, porque si se comprueba el uso de ésta para actos fraudulentos, los defraudados están en su derecho de utilizar las herramientas legales propias del desistimiento del velo corporativo para obtener la reparación del daño.

³⁵ Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz)

Por otro lado, también se mencionan decisiones de la Superintendencia de Sociedades [Supersociedades], en la conferencia de Villamizar, se destacan tres casos puntuales:

El Caso Agremil SAS, donde la Supersociedades, destacó que la carga de la prueba debe estar en cabeza del demandante, quien tiene que demostrar los hechos fraudulentos para que se pueda presentar la figura del desistimiento de la personalidad jurídica.

El caso Semillas S.A.S., donde a través de la creación de cuatro sociedades filiales pretendían defraudar al Estado, solicitando cuatro subsidios para las filiales, en forma separada, la Superintendencia constató el uso abusivo de la forma societaria, dijo que las empresas fueron usadas para hacer fraude a la ley, era una sola finca en terrenos contiguos funcionaba cada empresa, con administración centralizada.

En este caso en la Sentencia 800-000055 del 16 de octubre de 2016, la Superintendencia en el proceso de Finagro, resalta que mediante el Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, se pusieron de presente los mecanismos que pueden utilizarse para hacer frente a los abusos contra terceros, utilizando la personería jurídica; ya que debido a la importancia de la sociedad de capital para la economía, no debía atentarse contra la continuidad de las empresas, sino buscar mecanismos de protección ante posibles actos defraudatorios; por lo tanto, la Superintendencia resaltó en dicho Auto 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”³⁶.

Menciona también el caso de la Clínica Sagrado Corazón, donde un socio pretendía excluir a otro de su derecho de participación, prohibiéndole asistir a las Juntas Directivas, lo que dio pie a la Superintendencia para evidenciar

³⁶ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-000055 del 16 de octubre de 2016.

la violación del derecho a la asistencia que se pretendía imponer a uno de los socios³⁷.

Por otra parte, existen otros conceptos de la Supersociedades, como son: en Oficio No. 220-170643 de 14 de octubre de 2014, manifiesta que, la figura del levantamiento del velo corporativo en Colombia opera en el momento que una sociedad sea utilizada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, resaltando que esta herramienta legal permite desconocer la formación de la sociedad como persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados³⁸.

Se conoce que la Superintendencia de Sociedades está facultada por medio del Código General de Proceso, artículo 24, numeral, 5º, literal d), para declarar la nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades supervisadas, una vez se compruebe que ésta ha sido utilizada para defraudar la ley o en perjuicio de terceros, como consecuencia, puede hacer responsables solidarios por las obligaciones nacidas de los actos y perjuicios causados, a los accionistas que participen o faciliten dichos actos

En el oficio 220-100400 de mayo 16 de 2017, caso Saludcoop, la Superintendencia de Sociedades, señala que el sistema colombiano no tiene una norma que defina expresamente las causales que dan lugar al levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personería jurídica de la sociedad³⁹.

De acuerdo con lo anterior, entre los casos más sobresalientes en Colombia se encuentran:

³⁷ Yamid Francisco Reyes Villamizar Op. Cit. p. 17.

³⁸ Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-17'643 (Bogotá, octubre 14 de 2014)

³⁹ Supersociedades. Oficio 220-100400 (Bogotá, Mayo 16 de 2017)

Caso Industrial Hullera S.A.

En Sentencia SU-636 de 2003, algunos pensionados de la empresa Industrias Hullera S.A. (en liquidación obligatoria) instauraron acción de tutela por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana y seguridad social, debido a la falta de pago de sus mesadas pensionales por parte de dicha empresa, desde el año 1997 hasta el 2003, cuando interpusieron la demanda, al igual que el correspondiente aporte a la seguridad social, razón por la cual sufrieron perjuicios en su salud, con el deterioro progresivo de su integridad física.

Desde que la empresa Hullera S.A. entró en liquidación el 4 de noviembre de 1997, no pagó las mesadas pensionales, alegando total iliquidez.

Los demandantes y otras personas perjudicadas presentaron acciones de tutela (T-734 de 1998 y T-484 de 1999), en las cuales se ha reconocido sus derechos, ordenando el pago de las mesadas.

La Superintendencia de Sociedades en Resoluciones 0661-1333 y 1961-0892 de 21 de diciembre de 1999, había declarado a las sociedades Coltejer S.A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A., como matrices en los términos de la Ley 222 de 1995, respecto de la sociedad Industrial Hullera S.A., las cuales poseen el 99,77% del capital social de Hullera.

Por otro lado, el liquidador de Empresa Industrial Hullera y algunos jubilados, presentaron ante las instancias civiles demanda para que se declarara responsable a Coltejer S.A., Fabricato S.A. y Cementos el Cairo S.A., por ser matrices de la mencionada empresa en liquidación.

En este sentido, la Corte en Sentencia SU-1023 de 2001, se encaminó a *“proteger en forma transitoria, mientras se decide el proceso civil ordinario, los derechos constitucionales de los jubilados, los cuales no pueden quedar en el aire, supeditados al paso del tiempo o a que la muerte les toque la*

puerta, debido a la desmejora en sus condiciones de vida digna y a la falta de elementos para una mínima subsistencia o atención médica”⁴⁰.

Se presentaron irregularidades en el sentido de que Hullera S.A., incumplió los mandatos y las observaciones legales, ante lo cual argumentan los demandantes que la Supersociedades ha observado dichas irregularidades pero no hace nada para subsanar, sabiendo que el liquidador continúa con las negociaciones y enajenaciones que llevan a la subasta de los bienes de la empresa, dejando a los jubilados sin la conmutación pensional ordenada por la Corte, padeciendo un grave perjuicio consistente en el deterioro progresivo de su salud física y mental, abocados a la caridad pública por el abandono y la miseria por parte de la ley.

La petición de los demandantes es tutela de los derechos vulnerados, ordenando al liquidador de Industrial Hullera S.A., el pago de todas las mesadas atrasadas y futuras, además de los aportes de seguridad social y en caso de no contar con los recursos económicos suficientes para hacerlo, se declare responsable a las empresas Coltejer S.A., Fabricato S.A. y Cementos el Cairo S.A., en su calidad de matrices de la empresa Industrial Hullera S.A. Así mismo, ordenar a la Supersociedades acatar la norma que protegen la conmutación pensional y la suspensión de la subasta pública de los bienes de Industrial Hullera S.A. y el contrato de operación minera ejecutado en forma fraudulenta; por consiguiente contratar un liquidador competente y honrado para que cumpla con lo ordenado por la Corte.

El abogado de Hullera adujo iliquidez financiera

Cementos El Cairo S.A. alegó que no está obligada a responder subsidiariamente, siempre y cuando no medie sentencia judicial para ello, ya que de acuerdo al artículo 148 de la Ley 222 de 1995, parágrafo, establece responsabilidad subsidiaria de la matriz respecto de la

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU.636/03. M.P. Jaime Araujo Rentería

subordinada, cuando la situación de liquidez se haya producido por causa o actuaciones hechas por la sociedad matriz o controlante.

El apoderado de El Cairo S.A., cita un caso similar donde en Sentencia SU-1023 de 2001, se declaró responsabilidad presunta y temporal de la Federación Nacional de Cafeteros (matriz) con respecto a la Flota Mercante, lo cual no se aplica al caso Hullera S.A., ya que de acuerdo a esto, la Federación de Cafeteros poseía más del 50% de las acciones en circulación de la Flota Mercante, en cambio Cementos El Cairo, solo posee el 37,48% de las acciones en circulación de Hullera S.A.

Según Cementos El Cairo, “no existe un principio de solidaridad en materia de prestaciones laborales entre las sociedades anónimas y sus accionistas”, de acuerdo al beneficio de la personalidad jurídica que consagra el artículo 98 del Código de Comercio *“emana la autonomía patrimonial de las Sociedades, por virtud de la cual la compañía constituida puede adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de los socios o accionistas”*⁴¹.

Por su parte, Fabricato S.A. responde que se debe inadmitir la tutela porque existen varios procesos en curso sobre el mismo tema y varios fallos negando las pretensiones. Se acoge a la Resolución 00114131 de la Supersociedades, donde expresa que para declarar responsabilidad subsidiaria se requiere intervención de la jurisdicción ordinaria. Alega que Fabricato solo posee el 11,23% de participación en Hullera S.A., considerando ilegal que la Supersociedades haya sumado la participación de las tres empresas Fabricato, Coltejer y Cementos el Cairo S.A.⁴².

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia SU.636/03. M.P. Jaime Araujo Rentería

⁴² Ibid. P. 27

Coltejer alegó factores similares a las anteriores, entre los cuales expone el pleito pendiente por vía de justicia ordinaria la declaratoria de responsabilidad subsidiaria y que la liquidación de Hullera no radica en las actuaciones de Coltejer ni de las demás empresas demandadas, sino que obedece a causas externas e internas como la apertura económica, precio del carbón, sobreoferta, altos costos operativos, entre otros.

La Supersociedades manifestó que actuó conforme a la ley y no considera vulnerados los derechos de los pensionados, ya que si no fuera posible la venta de bienes se aplicaría la cesión o dación en pago a los acreedores, por lo que los demandantes pueden esperar el resultado del proceso de responsabilidad subsidiaria instaurado contra las sociedades accionistas de Hullera, para que se haga efectivo el pago de sus mesadas.

A la Corte le correspondió determinar si procede la acción de tutela para ordenar el pago de las mesadas pensionales en cabeza de una sociedad en liquidación y establecer.

Teniendo en cuenta la importancia del trabajo en la vida del individuo, que le permiten atender sus necesidades económicas y vivir dignamente, siendo un derecho fundamental sobre el derecho al trabajo, destacó la Sentencia C107 de 2002, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

En cuanto al pago de las mesadas pensionales de jubilación en cabeza de empresas en liquidación obligatoria, mencionó la Sentencia T- 636/98, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell y la Sentencia SU-1023 de 2001, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño⁴³.

⁴³ Ibid. P. 27.

Respecto del pago de las cotizaciones para la prestación del servicio de salud a los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, destacó la Sentencia T-484 de 1999 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Sobre la naturaleza de los aportes para Seguridad Social en Salud, y la asunción de ellos en su totalidad por parte de los pensionados, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, se manifestó la Corte en la Sentencia T- 1056 de 2002 Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

Por lo expuesto en las anteriores Sentencias, aclaró que la acción de tutela procede para ordenar a la empresa Industrial Hullera S.A. en liquidación obligatoria el pago de las mesadas pensionales y las cotizaciones para el servicio de salud, mientras se efectúa el pago a las EPS, la empresa deberá asumir la prestación del servicio en forma directa.

En cuanto a la procedencia de la tutela para ordenar a las matrices el pago de las mesadas pensionales de jubilación, recordó los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, lo dispuesto en la Sentencia SU-1023 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño, aunque destacó que es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria decidir en forma definitiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante en relación con las obligaciones de la subordinada, decidió hacer responsable en forma transitoria a la empresa controlante, con el fin de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de Hullera S.A., hasta que la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, para lo cual ordenó a la matriz responder subsidiariamente y efectuar los pagos oportunamente, teniendo en cuenta

que la sociedad controlante se benefició económicamente con el ejercicio del control⁴⁴.

Además, estimó que la tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar perjuicio irremediable, máxime cuando son personas de tercera edad, quienes gozan de protección especial por parte del Estado.

En esta Sentencia no solo se concede el amparo de los derechos de los pensionados demandantes sino a favor de todos los pensionados de Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria, se ordena a las sociedades matrices Coltejer S.A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A., disponer los recursos económicos suficientes para atender la obligación, de acuerdo con la participación accionaria de cada una.

Caso Agro Repuestos⁴⁵

Ante la Superintendencia de Sociedades la empresa Panavias Ingeniería & Construcciones S.A. en reorganización inició proceso en contra de 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, alegando que la empresa Sociedad Importadora Dimar S.A.S., llevó a cabo hechos fraudulentos para ocultar bienes de Agro Repuestos S.A.S.

Alegan los demandantes que Agro Repuestos transfirió cuantiosos bienes a Importadora Dimar S.A.S., continuando con su negocio a través de

⁴⁴ Ibid. P. 27

⁴⁵ Supersociedades. Sentencia 800-122 diciembre 11 de 2017;
https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Sentencia%20Agro%20Repuestos.pdf

Importadora Dimar, para evitar el pago de una obligación a favor de Panavías Ingeniería & Construcciones S.A., por lo que solicitan la desestimación de la personería jurídica.

La Supersociedades recordó que una de las causales para desestimar la personalidad jurídica “es la defraudación de acreedores que se produce mediante el traslado malintencionado de los negocios de una compañía a otra”. Pero para ello, el demandante debe probar el hecho con méritos suficientes, como lo manifiesta la Sentencia 801-15 de marzo 15 de 2013 Supersociedades; para que se desestime la personalidad jurídica en este caso, no basta probar existencia de la obligación sin pagar y la creación de una nueva empresa con un objeto social similar al de la deudora disuelta.

Se conoció que Agro Repuestos S.A.S. e Importadora Dimar S.A.S., tienen objeto social idéntico y ambas pertenecen a la misma familia Martín, en cabeza de los señores Alfredo y Diego José Martín Prado

Según las pruebas practicadas por la Supersociedades, efectivamente Agro Repuestos S.A.S., adeuda una suma significativa a la demandante, por lo que el 21 de marzo de 2014, el juzgado 5º Civil Municipal de Pasto, ordenó a AgroRepuestos S.A.S., pagar perjuicios a favor de Panavías Ingeniería & Construcciones S.A. en reorganización, luego profirió mandamiento de pago por valor de \$3.380.144.975 el 23 de febrero de 2015 y en marzo decretó medidas cautelares contra Agro Repuestos S.A.S.

Aunque Agro Repuestos reconoce la deuda en sus balances, en Asamblea General de Accionistas, decidió en forma unánime pasar la actividad que desarrolla en los establecimientos de comercio a Importadora Dimar, aportando en especies dos bienes inmuebles evaluados en \$730.000.000 a la mencionada importadora, argumentando que Agro Repuestos venía en decadencia y observaron la oportunidad de darle más fuerza para crecer a Importadora Dimar, por lo que hicieron el traspaso de activos. Así, en los

inmuebles donde funcionaba Agro Repuestos pasó a funcionar Importadora Dimar S.A.S.

Agro Repuestos señala que no se hizo con ánimo de defraudar, simplemente fue un aporte de activos en una operación legítima, en el patrimonio de Agro Repuestos se registró un cambio de activos por otros (acciones por bienes inmuebles).

Sin embargo, de acuerdo con el dictamen pericial llevado a cabo por la Supersociedades, se apreció que el 31 de marzo de 2015, tres meses después de llevar a cabo el aporte en especies a Importadora Dimar S.A.S., AgroRepuestos enajenó las 193.000 acciones que tenía en Dimar S.A.S., a favor de Alfredo y Diego Martin Prado, por un valor total de \$965.000.000, cancelando los accionistas con el abono de algunos pasivos por parte de Agro Repuestos S.A.S., a favor de estos accionistas por la suma de \$202.786.670, por concepto de vacaciones consolidadas, salarios por pagar, cesantías, deudas con accionistas y préstamos. Con ello se castigó en forma directa el estado de resultados, sin que Agro Repuestos recibiera contraprestación por dicha venta, lo que indicó extracción irregular de activos sociales por parte de los accionistas controlantes. Esta actitud fue cuestionada teniendo en cuenta que dicha enajenación se llevó a cabo solo días después de que el Juzgado ordenara la práctica de medidas cautelares para asegurar el pago de la obligación contraída con la demandante y pocos días después de ser aprobada la disolución de Agro Repuestos S.A.S. en Asamblea general, sin sujetarse a lo dispuesto en el artículo 241 del Código de Comercio.

Por lo tanto, considera la Supersociedades, que a lo que se quiso dar un manto de legalidad a través de aportes en especies tuvo como consecuencia el deterioro de la prenda de los acreedores. El despacho concluyó que efectivamente se hizo uso de la limitación de responsabilidad de la personalidad jurídica de Agro Repuestos S.A.S., de forma fraudulenta, por lo

tanto se decidió desestimar la personería jurídica de Agro Repuestos S.A.S. en liquidación de acuerdo al artículo 42 de la ley 1258 de 2008 y declarar a sus accionistas solidariamente responsables por los perjuicios causados a los acreedores, por la suma de \$965.000.000 a favor de Panavías Ingeniería & Construcciones S.A.S. en reorganización⁴⁶.

Caso Grupo Empresarial Nule⁴⁷

En aras de amparar los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, debido proceso e igualdad, la Contralora General Sandra Morelli Rico, presentó acción de tutela como mecanismo transitorio, ya que consideró violados dichos derechos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, por el Ministro de Relaciones Exteriores, la Supersociedades y la Fiscalía General, cuando tuvo conocimiento de la liquidación judicial de las sociedades del Grupo Empresarial Nule y ante un posible daño al patrimonio del Estado, así iniciaron nueve procesos de responsabilidad fiscal, con el objetivo de cuantificar el daño patrimonial, donde se pueda señalar a los responsables. Los recursos del Estado que están en juego ascendían a \$606.931.311.662, por irregularidades en la ejecución de contratos celebrados con las sociedades constituyentes del Grupo Empresarial Nule, sin embargo, las sociedades en mención se encontraban en estado de iliquidez, por lo que fueron muy pocos los bienes sobre los cuales se pudieron hacer efectivas las medidas cautelares, pues ya se encontraban embargados por los acreedores.

⁴⁶ Supersociedades. Sentencia 800-122 diciembre 11 de 2017;

https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Sentencia%20Agro%20Repuestos.pdf

⁴⁷ Consejo de Estado. Boletín del Consejo de Estado. No 153- (Bogotá Octubre 16 de 2014);

<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/153.pdf>

Teniendo en cuenta que la figura del velo corporativo brindaba protección a los bienes correspondientes a los socios, la Contraloría adelantó varias acciones judiciales, entre las cuales hubo una acción popular encaminada a la protección de los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público, la moral administrativa, el derecho al goce del espacio público y defensa de los bienes de uso público, los cuales estaban afectados significativamente por la corrupción de los señores Nule y su grupo societario. Dentro de esta acción popular se solicitó el levantamiento del velo corporativo de dicho grupo, para perseguir el patrimonio de los socios, evitando mayor daño al patrimonio del Estado.

Sin embargo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la solicitud del levantamiento del velo corporativo contra las sociedades del grupo Nule, sin motivación alguna, de acuerdo con la Contraloría.

El Consejo de Estado consideró que el juez omitió el análisis de varias pruebas, las cuales no tuvo en cuenta, como la Resolución 126-007070 de la Supersociedades, por medio de la cual se declaró la situación de control conjunto y de grupo empresarial de los señores Nule, no analizó los documentos donde se ve claramente la grave situación de los hechos y el detrimento patrimonial causado por los Nule y el Grupo Empresarial que representan a las entidades del Estado, considerando que la inactividad del juez constitucional incrementaba el riesgo al detrimento del patrimonio estatal.

Por lo anterior, la Sala procedió a tutelar los derechos fundamentales exigidos por la Contraloría en la demanda, además ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proceder a levantar el velo corporativo de las Sociedades que conforman el Grupo Empresarial Nule⁴⁸.

⁴⁸ Consejo de Estado. Boletín del Consejo de Estado. No 153- (Bogotá Octubre 16 de 2014); <http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/153.pdf>

De lo expuesto hasta aquí, se hace necesario resaltar que la figura del levantamiento del velo corporativo en Colombia es reconocida por la ley y tanto la Corte Constitucional como la Supersociedades están de acuerdo que no debe aplicarse en forma ligera, sino que se hace necesario descubrir los hechos y presentar las pruebas reales y eficaces que haga evidente el fraude a terceros, lo cual se encuentra en cabeza del perjudicado. Todo lo anterior debido a la importancia que tienen las empresas para el desarrollo económico del país, como generadoras de empleo, fuente de inversión social y mejoramiento de la calidad de vida de las personas, razón por la cual se debe incentivar su permanencia, antes que debilitarla.

3. SEGURIDAD JURÍDICA DEL PATRIMONIO DE LOS ACCIONISTAS EN SOCIEDADES ANÓNIMAS Y SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADA, FRENTE A LA POSIBILIDAD DE LEVANTAR EL VELO CORPORATIVO

Las sociedades anónimas han servido de base para constituir grandes monopolios y aunque, por una parte, se dio vía libre al desarrollo económico y la generación de empleo, por la otra hubo la necesidad de crear leyes antimonopólicas para evitar el abuso⁴⁹.

Una de los fines principales de dar personería jurídica a las sociedades anónimas, es la separación de patrimonios y la consiguiente limitación de responsabilidad de éstos al monto de sus aportes con respecto a las deudas sociales adquiridas, lo cual se puede ver amenazado en el evento que se deba levantar el velo corporativo de la sociedad⁵⁰.

En Colombia, el Código de Comercio, Decreto Ley 410 de 1971, concede a los accionistas de la sociedad anónima, caracterizada por la limitación del riesgo del inversionista por medio de su participación económica en empresas.

Tanto en las sociedades anónimas como en las SAS, se posibilita la restricción del riesgo de los accionistas al monto del capital aportado, con el otorgamiento de la personería jurídica.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en este tipo de sociedad, los accionistas en ocasiones se encuentran separados de la administración de la empresa que crearon, el tipo de administración no es el mismo que en las sociedades de personas, razón por la cual, los accionistas no están

⁴⁹ Octavio Ramón, Acedo Quezada. Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima (acerca del levantamiento del velo corporativo), (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie; Estudios Jurídicos No. 223, México, 2013) pp. 1, 2 y 15.

⁵⁰ *Ibíd.* P. 26

llamados a responder por actos fraudulentos de los administradores y por tanto, la aplicación de la figura del desistimiento del velo corporativo debe obedecer a circunstancias especiales⁵¹.

Al respecto, la Corte advirtió en la Sentencia C-210 de 2000 que la administración de la sociedad de personas no es igual a la de una sociedad anónima, éstas últimas tienen una realidad jurídica diferente a la de personas, en las primeras generalmente la relación directa e inmediata en el manejo de la sociedad no corresponde a los socios, sino a terceros, por lo que es más viable mantener separados los patrimonios de los socios y de la sociedad⁵².

La personalidad jurídica en las sociedades por acción (SA y SAS) nace en el momento de su constitución, al inscribirse en el registro mercantil, que puede hacerse por varias personas naturales o jurídicas y en el caso de la última puede operar con una sola persona (art. 1 Ley 1258/2008), sin establecer número máximo de socios; una vez creada, la sociedad es una persona jurídica distinta a sus accionistas.

Según Reyes Villamizar, siempre y cuando la sociedad no efectúe la inscripción del documento privado o público de constitución en Cámara de Comercio, se entiende que es de hecho si fueren varios socios y si es uno solo (SAS), responde personalmente por las obligaciones que contrata en el desarrollo empresarial (Ley 1258/2008, art. 7); lo que le otorga el beneficio de la limitación de la responsabilidad derivada del hermetismo patrimonial de las sociedades de capital es la constitución como ente jurídico⁵³.

Lo anterior indica que los socios sólo responden por el monto de los aportes que se encuentran descritos en el documento de constitución, en eventos de insolvencia de la empresa éstos solo pierden su inversión.

⁵¹ *Ibíd.* P. 26.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz

⁵³ Francisco, Reyes Villamizar. Derecho societario. Bogotá: Temis, 2006, p. 226, tomo I.

La Corte Constitucional respecto de las sociedades de capital destaca la importancia fundamental de éstas para la economía del país, en la generación de empleos, incentivo de la inversión extranjera, el progreso en general, como principio base constitucional.

En consecuencia, para la constitución de una SAS por ejemplo, se excluye a los socios de responsabilidad directa frente a las obligaciones laborales, y a obligaciones tributarias a cargo de la empresa, extensivo a las sociedades anónimas, entendiéndose que lo impuesto por el artículo 794 del Estatuto tributario es aplicable sólo a las empresas con característica de empresas de personas, donde es posible identificar la relación de gestión, lo que no ocurre en las sociedades anónimas o por acciones, donde el factor *intuitu personae* se desdibuja.

Aunque se ha mencionado que para las sociedades por acciones los socios responden por las acreencias a cargo de la sociedad hasta el monto de sus respectivos aportes, la separación de patrimonios no es absoluta. Existen algunas situaciones donde los accionistas son obligados a responder con su propio patrimonio. Dentro de estos eventos se pueden indicar:

- El objeto o causa ilícita en el contrato: teniendo en cuenta que la sociedad se crea para fines lícitos, en el evento de comprobarse lo contrario, se declara la nulidad absoluta del acto o contrato, Los socios no podrán solicitar la restitución de sus aportes y tanto asociados como administradores deben responder de forma ilimitada y solidaria por el pasivo externo y perjuicios causados, una vez eliminado el ente jurídico
- La Responsabilidad por el avalúo de bienes en especie aportados a la sociedad, se refiere a la obligación que tienen los socios de avaluar los bienes que son aportados en especie a la sociedad, en forma debida, de forma que el capital social se ajuste a la realidad y no asignar un valor diferente al real.

- La Responsabilidad por el control en los procesos de insolvencia o liquidación judicial: Los accionistas de una SAS en liquidación o declarada insolvente, pueden responder subsidiariamente por las obligaciones sociales, si se encuentra que la entidad controlante o matriz fue la causante de la situación de iliquidez o insolvencia⁵⁴, según lo dispuesto en el artículo 61 de la ley 1116 de 2006, que dice:

“Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente”⁵⁵

- La Responsabilidad por la desmejora de la prenda común de los acreedores en trámites de insolvencia: La misma Ley 116 de 2006 en el artículo 82 dispone una responsabilidad aplicable a socios, administradores, revisores fiscales y empleados, relacionada con la prenda común de los acreedores, según la cual, si la garantía desmejora por las conductas dolosas o culposas los anteriormente mencionados, ellos son responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo; exonerando de dicho pago a los socios que

⁵⁴ Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro. Comentarios al régimen de insolvencia empresarial: ley 1116 de 2006. Bogotá: Legis, 2007, p. 335.

⁵⁵ Colombia. Ley 1116 de 2006., art. 61.

no hayan tenido conocimiento de la acción o la omisión o que hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten⁵⁶.

Las anteriores disposiciones, no pretenden eliminar la personalidad jurídica o desconocer la limitación del riesgo, sino atribuir responsabilidad a los que con su actuar causan daño en sus actos o contratos.

Por consiguiente, la limitación al riesgo en las SA y SAS no es absoluta, la ley para salvaguardar los derechos de terceros determina que en el evento de usar la empresa para hacer ilícitos, defraudar o engañar, los administradores y accionistas participantes deberán responder solidariamente por las obligaciones contraídas en dichos actos e indemnizar los perjuicios causados; en este caso, la Supersociedades podrá declarar la nulidad de los actos defraudatorios y la acción de indemnización, mediante proceso verbal sumario.

En todo caso, son los jueces quienes determinan si los accionistas aprovecharon el beneficio social de la personería jurídica para engañar, al respecto León y López mencionan algunos casos como: constituir sociedad para distraer bienes de la sociedad conyugal, escapar de obligaciones, esconder bienes a los acreedores, eludir cumplir un contrato, concretar el fraude paulatino y evadir el cumplimiento de normas de orden público, por ejemplo tributar, entre otros⁵⁷.

En este sentido, al comprobarse el uso indebido de la SAS para perjudicar a terceros, hay varias posibilidades “el mantenimiento de la personalidad jurídica, la nulidad de los actos defraudatorios, la responsabilidad solidaria de los accionistas o la procedencia de una acción indemnizatoria”⁵⁸.

⁵⁶ *Ibíd.* P. 30.

⁵⁷ Edgar Iván León Robayo; Yira López Castro. Responsabilidad patrimonial de los accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas. En: Anzola Gil, Marcela, Op. Cit. pp. 227-254.

⁵⁸ *Ibíd.* P.

La personalidad jurídica sigue existiendo, no se elimina, lo que se llega a desconocer es la responsabilidad limitada de los accionistas, ignorando la separación patrimonial en aquellos accionistas que participaron en el fraude, mientras que la empresa continúa sus labores en forma habitual; con ello se consigue responsabilizar solo a los directamente responsables, sin perjudicar la empresa en su conjunto.

En la nulidad de actos defraudatorios, para la SAS, el artículo 42 estipula un proceso verbal sumario, adelantado ante la Superintendencia de Sociedades; o por el procedimiento ordinario ante un juez civil.

En cuanto a la responsabilidad solidaria de los accionistas por obligaciones generadas de actos defraudatorios: los socios responsables responden solidariamente, el juez deduce dicha responsabilidad analizando en cada caso los derechos que les otorgan las acciones sociales y la participación de estos en la gestión de los negocios; por ejemplo, los accionistas son responsables cuando se distribuyen utilidades, sin haber liquidado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecte el capital. Al respecto, el Código de Comercio establece:

“No podrá distribuirse suma alguna por concepto de utilidades si estas no se hallan justificadas por balances reales y fidedignos. Las sumas distribuidas en contravención a este artículo no podrán repetirse contra los asociados de buena fe; pero no serán repartibles las utilidades de los ejercicios siguientes, mientras no se absorba o reponga lo distribuido en dicha forma. Tampoco podrán distribuirse utilidades mientras no se hayan enjugado las pérdidas de ejercicios anteriores que afecten el capital...”⁵⁹

⁵⁹ Código de Comercio, art. 151

Finalmente la acción indemnizatoria: cuando se generen perjuicios en el ilícito, los afectados pueden iniciar este tipo de acciones, cuya competencia corresponde a la Supersociedades o a los jueces civiles del circuito especializados, dirigidos a resarcir económicamente al perjudicado.

Por otro lado, también se hace necesario mencionar la expedición del Decreto 4334 de 2008, modificado por el Decreto 44 de 2009, por medio del cual se modifica parcialmente y por el Decreto 45 de 2009, por el cual se establecen medidas para contrarrestar los efectos de la crisis social generada por la actividad de los captadores o recaudadores de dineros del público en operaciones no autorizadas.

Debido a la significativa actividad que se venía presentando con actividades por parte de personas naturales y jurídicas, captadoras de dinero o recaudadoras en operaciones no autorizadas como pirámides, tarjetas prepago, venta de servicio, entre otros, los cuales atentan contra el interés público protegido por el artículo 335 de la C.P., generando abuso de fraude a la ley, utilizando fachadas para actividades financieras no legales, que podrían causar graves daños al orden social por medio del Decreto 4334 de 2008 el gobierno toma medidas con fuerza de ley, con el fin de intervenir en las conductas, operaciones y patrimonio de personas involucradas en posible fraude o amenacen con desarrollarla.

El gobierno autoriza a la Supersociedades para intervenir en negocios, operaciones y patrimonio de personas naturales o jurídicas que lleven a cabo operaciones de captación o recaudo sin la autorización del gobierno, donde la entidad de control puede tomar posesión de los bienes, haberes y negocios de dichas personas⁶⁰.

⁶⁰ Colombia. Decreto 4334 de 2008

Se establece como sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos (en los vinculados indirectos, la Corte manifiesta que “no abarca a terceros proveedores de bienes y servicios que hayan procedido de buena fe, en el ámbito de sus actividades lícitas ordinarias o habituales”⁶¹).

Dicha intervención queda sujeta a juicio de la Superintendencia de Sociedades, cuando ésta indique hechos notorios que indiquen entrega de dineros en forma masiva a personas naturales o jurídicas, directamente o por intermediarios, a través de captación o recaudo de operaciones no autorizadas, a cambio de bienes, servicios o rendimientos sin justificación financiera razonable. La Corte deja claro que la intervención debe observar el debido proceso y las operaciones deben tener relación directa y específica con las actividades de captación masiva y habitual no autorizada⁶².

En consonancia con el Decreto mencionado, se presenta el caso de Interbolsa, calificado como el mayor descalabro bursátil en la reciente historia de Colombia, siendo una poderosa comisionista, dicha empresa al incumplir un pago por \$20.000 millones, sus actividades se vinieron al piso, evidenciándose operaciones con el fondo Premium y otros movimientos que sacaron a la luz una compleja estructura de cómo manejaban los negocios e

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-145-09 de 12 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla

⁶² [Sentencia C-145-09 de 12 de marzo de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla, .](#)

inversiones esta empresa que tenía más de la tercera parte del negocio accionario en el país.

Las personas señaladas como responsables fueron Rodrigo Jaramillo, Juan Carlos Ortiz, Tomás Jaramillo, Víctor Maldonado y Alessandro Corridori, entre muchos otros. Esta quiebra dejó miles de víctimas, superando las 15.000 personas entre clientes de filiales, proveedores y acreedores.

Así las cosas, atendiendo al Decreto 4334 de 2008, la Superintendencia de Sociedades ordenó liquidar 59 entidades entre empresas nacionales y otras con domicilio en el exterior, pertenecientes a personas relacionadas con el Fondo Premium, entre las que se encuentran Juan Carlos Ortiz, Tomás Jaramillo y Víctor Maldonado.

Inicialmente en el proceso de intervención la Superintendencia ordenó la toma de posesión de bienes, haberes, negocios y patrimonio de algunas sociedades y personas naturales, luego con el Auto 400-002649 de febrero 16 de 2015, decretó la liquidación judicial de Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S. y Premium Capital Appreciation Fund BV., dicha decisión cubre a 26 sociedades más dentro de las que se cuentan Andean Capital Markets S.A., Premium Capital Individual Portafolio Fund B.V., Compañía Colombiana de Capitales S.A.S, Helados Modernos S.A., Malta S.A, Las Tres Palmas Ltda., Torres Opal USA Corporation S.A.S., Cuama S.A. e Inversiones Jaramillo Botero S.A. y el patrimonio de 31 personas naturales, entre los que están: Juan Carlos Ortiz Zárrate, Tomás Jaramillo Botero y Víctor Maldonado Rodríguez, entre otros.

Se reconocieron 1.028 afectados dentro del proceso de intervención por captación legal, a los cuales los intervenidos deben más de 192.893 millones de pesos; 64.6 millones de dólares y 433.036 euros

El objetivo de la liquidación es conseguir el pago a los afectados y acreedores, en cuanto existan activos disponibles para ello, adelantándose la venta de activos que forman parte del inventario valorado⁶³.

Como se observa, la intención de los entes de control es proteger los intereses de las personas, sin poner en riesgo la continuidad de los negocios sociales, porque se quiere perseguir al autor del ilícito, con el fin de que responda ante tercero por sus actuaciones y el abuso en que incurre al buscar su propio beneficio, yendo en contra del objetivo empresarial.

De los apartes anteriores y respondiendo al interrogante de si genera o no incertidumbre jurídica el levantamiento del velo corporativo, se observa que la legislación contempla esta práctica, pero solo en casos excepcionales, por lo que las entidades controlantes han tomado medidas para que en los eventos que pueda presentarse, no se limite o estanque la continuidad del negocio, al contrario, sólo se persiga el patrimonio de quien actuó ilícitamente; por lo tanto, se puede decir, no que hay tal incertidumbre, de hecho esta práctica en Colombia, se ha aplicado hasta el momento en casos concretos como los ya analizados anteriormente.

⁶³ Portafolio. Interbolsa cinco años después. (Bogotá, septiembre 9 de 2017). <https://www.dinero.com/edicion-impres/editorial/articulo/interbolsa-cinco-anos-despues/252149>

CONCLUSIONES

Con lo expuesto en esta investigación, se puede decir, que no existe incertidumbre jurídica en las sociedades de capital con respecto al levantamiento del velo corporativo, ya que la ley es muy clara respecto a que sólo en casos excepcionales y comprobados de algunos actos defraudatorios se podría dar ese caso, además de hacer claridad en que lo que se persigue no es el cierre de la empresa sino al socio, socios o personas que actuaron al margen de la ley, ya que las sociedades son entes que el Estado protege por la importancia que tienen para la economía y desarrollo del país.

Así las cosas, las sociedades de capital son por excelencia primordiales en el crecimiento económico del país, por lo tanto el Estado ha dispuesto todas las herramientas constitucionales y legales para que la actividad empresarial pueda llevarse a cabo sin dilaciones, empezando por el derecho constitucional de asociación y creación de empresas y aunque el levantamiento del velo corporativo es una acción legal que puede aplicarse en un momento dado, de acuerdo a lo establecido, no es un recurso jurídico que se aplique en forma ligera, sino que son las entidades de control y versadas en la materia las que pueden establecer si hay o no mérito para aplicarlo; en este caso, lo importante es el resarcimiento del daño causado a los perjudicados y de ser posible, la continuidad del ente jurídico, por lo tanto, la medida está indicada para los socios que hayan incurrido en abuso de la buena fe, actividad fraudulenta o algún acto ilícito en contra de terceros, aprovechando la personería jurídica de la empresa, en este caso se perseguiría el patrimonio de el o los socios responsables; por lo que se puede concluir que no existe tal incertidumbre en la sociedades de capital, respecto al levantamiento del velo corporativo.

Aunque en Colombia, la figura del levantamiento del velo corporativo, no tiene un desarrollo jurídico específico, se han presentado diversos casos específicos en los que se ha ordenado el levantamiento del velo corporativo por el perjuicio inminente que se ha causado a terceras personas, donde el factor principal para que se dé, es la comisión de un ilícito. En este sentido, siendo la finalidad de la creación de empresas conseguir beneficio común para todos los asociados, la ley establece bajo la figura de levantamiento del velo corporativo, el desconocimiento del límite del riesgo a los asociados, administradores y demás, que hayan querido utilizar la sociedad para el beneficio propio, en detrimento de terceras personas.

El velo corporativo es una especie de protección que nace en el mismo momento que se crea una sociedad, a partir del lleno de requisitos legales, se genera una persona jurídica diferente a los socios que la constituyen; la cual está protegida a través de la personería jurídica, con la cual se limita la responsabilidad de los socios con respecto a terceros, es decir, se considera que éstos no son responsables ante terceros por acreencias contraídas por la sociedad.

La figura del levantamiento del velo corporativo o *disregard of the legal entity*, tuvo su origen en las cortes de Estados Unidos de América, utilizado legalmente como una posibilidad de desconocer la personería jurídica, que nace en el momento de constitución de una sociedad y le da la posibilidad a la empresa de erigirse como una persona diferente a sus asociados, en casos de observar que los socios, usan la estructura social para cumplir un fin diferente al de la sociedad, defraudando la ley o a terceros, con el fin de perseguir a los socios que cometieron el ilícito hasta sus capitales personales, para que respondan por las obligaciones contraídas por el ente jurídico, el cual, amparado en la característica de estar separada o funcionar

como un ente distinto a los asociados, ha abusado de este beneficio en detrimento de otros.

En las sociedades de capital y en especial la sociedad anónima simplificada, el levantamiento del velo corporativo aparece contemplado en la Ley 1258 de 2008, donde se prevén situaciones en las cuales puede operar esta figura, la ley con el ánimo de preservar la continuidad del negocio, establece circunstancias especiales para proceder, de tal manera que se persiga al verdadero responsable del ilícito y éste sea quien pague, y no toda la empresa.

Como se ha observado en los casos estudiados, algunas empresas utilizan fraudulentamente la personería jurídica, trasladando bienes, haciendo operaciones ficticias, declarándose en quiebra, entre otras, para engañar especialmente a los acreedores y aun a los empleados, como sucedió en el caso de Industrial Hullera S.A., la cual por entrar en liquidación dejó de pagar a sus pensionados, tanto los salarios como la seguridad social, causándoles grave deterioro en su calidad de vida, razón por la cual, la ley tuvo que tomar medidas encaminadas a subsanar dicho abuso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acedo Quezada, Octavio Ramón (2013). Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad anónima (acerca del levantamiento del velo corporativo), México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Serie; Estudios Jurídicos No. 223, México, 2013 pp. 1, 2 y 15.

Anzola Gil, Marcela (2010). *Levantamiento del velo corporativo en sociedades con inversión extranjera directa*. Bogotá: Universidad del Rosario. pp. 145 -160

Ardila Yopasa, Carlos Fabián (2016). *La precariedad del velo corporativo para evitar el fenómeno de fraude en las sociedades*. Revist@ E-Mercatoria, vol. 15, N° 1, enero-junio. <https://doi.org/10.18601/16923960.v15n1.03>

Arrubla Paucar, Jaime (2010). *El levantamiento del velo corporativo en Colombia*. En: Marcela Anzola Gil. *Levantamiento del velo corporativo en sociedades con inversión extranjera directa*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Cabrera Vanegas, Andrés Giovanni y Pardo Quiroga, Jhon Estiven (2016). *Levantamiento del velo corporativo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada;
<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/14670/1/Pardo%20Jhon%20-%20Cabrera%20Andres%20-%202016.pdf>

Colombia Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz)

Colombia. Código de Comercio, art. 151

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil); <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz)

Colombia. Ley 1116 de 2006., art. 61.

Consejo de Estado. Boletín del Consejo de Estado. No 153- (Bogotá Octubre 16 de 2014);
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/153.pdf>

Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil);
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>

Corte Constitucional, Sentencia SU.636/03. M.P. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional. Sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz)
Dobson, Juan M. (1985) *"El abuso de la personalidad jurídica"*. Buenos Aires: Depalma, p. 31, citado por: Ardila Yopasa.

Gaitán Martínez, José Alberto (2010). *Marco general del levantamiento del velo corporativo en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario. En: Anzola y otros. *Levantamiento del velo corporativo Panorama y perspectivas*. El caso colombiano.

Gama, Germán y García, Alejandro (2005). *La constitución de 1991 frente al Código de Comercio: consecuencias, implicaciones y efectos de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 desde la perspectiva del derecho mercantil*. Bogotá: Universidad Javeriana. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere7/DEFINITIVA/TESIS%2031.pdf>

González Benjumea, Oscar Humberto (2016). *Personalidad jurídica de sociedades mercantiles*. Revista Ratio Juris – Universidad Autónoma Latinoamericana; <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/view/88/332>

Isaza Upegui, Álvaro y Londoño Restrepo, Álvaro (2007). Comentarios al régimen de insolvencia empresarial: ley 1116 de 2006. Bogotá: Legis p. 335.

Jaramillo Herrera, Liyer A. (2011). *Desestimación de la personalidad jurídica en el derecho societario colombiano*. Revista CES Derecho, 2(2), 125-133. Retrieved from <https://bdbib.javerianacali.edu.co:2519/docview/1734277962?accountid=13250>

León Robayo, Edgar Iván y López Castro, Yira (2010). Responsabilidad patrimonial de los accionistas de las Sociedades por Acciones Simplificadas. En: Anzola Gil, Marcela, Op. Cit.

Mori Sáenz, Alejandra y Torres Maldonado, Marco Andrei (2013). *Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional*. Revista Derecho y Cambio Social. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5481036.pdf>

Portafolio. Interbolsa cinco años después. (Bogotá, septiembre 9 de 2017). <https://www.dinero.com/edicion-impresa/editorial/articulo/interbolsa-cinco-anos-despues/252149>

Real Academia Española. *Velo, significado*. (RAE, 2017); <http://dle.rae.es/?id=bUwgYjN>

Reyes Villamizar, Francisco (2006). Derecho societario. Bogotá: Temis. Tomo I.

Reyes Villamizar, Yamid Francisco (s.f.). *Conferencia: el abuso de la personalidad jurídica de la sociedad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; <https://www.youtube.com/watch?v=2kq9blePOuw>

Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-17'643 (Bogotá, octubre 14 de 2014)

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-000055 del 16 de octubre de 2016.

Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-000055 del 16 de octubre de 2016.

Supersociedades. Oficio 220-100400 (Bogotá, mayo 16 de 2017)

Supersociedades. Oficio 220-100400 (Bogotá, mayo 16 de 2017)

Supersociedades. Sentencia 800-122 diciembre 11 de 2017; https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/Sentencia%20Agro%20Repuestos.pdf

Tribunales Colegiados de Circuito (2013). *Velo Corporativo. Su acepción jurídica. Décima Época*. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, 1749; <https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2004/2004357.pdf>

Villeda, Alida (2006). *El levantamiento del velo corporativo en las sociedades anónimas, una herramienta legal para contrarrestar el abuso en la utilización de la personalidad jurídica*. Guatemala: Universidad de San Carlos; http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5702.pdf