

**LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS
SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS,
SOCIEDADES HOLDING Y MERCADO PÚBLICO DE VALORES**

**JESSICA ANDREA ARISTIZÁBAL OSORIO
MÓNICA ISABEL MARTÍNEZ ISAZA**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ – VALLE DEL CAUCA
2013**

**LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS
SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS,
SOCIEDADES HOLDING Y MERCADO PÚBLICO DE VALORES**

**JESSICA ANDREA ARISTIZÁBAL OSORIO
MÓNICA ISABEL MARTÍNEZ ISAZA**

**Monografía para optar al título de
ABOGADO**

**Presidente de Monografía
Doctor HAROLD E. MORA CAMPO**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ – VALLE DEL CAUCA
2013**

Nota de aceptación

Presidente de Jurado

Jurado

Jurado

Tuluá, agosto de 2013

A Dios por bendecirme en todo este tiempo, mostrarme día a día que con humildad, paciencia y sabiduría todo es posible, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el período de estudio.

A mis padres, porque fueron el pilar fundamental en todo lo que soy, porque creyeron en mí, me dieron ejemplos dignos de superación y entrega, porque en gran parte gracias a ustedes, hoy puedo ver alcanzada mi meta, ya que siempre estuvieron impulsándome en los momentos más difíciles de mi carrera.

A mis hermanos, por servirme de guía, por su constante amor inexplicable para mi superación personal, porque siempre me han apoyado incondicionalmente.

A mi familia quienes han sido amigos fieles y sinceros, en los que he podido confiar y apoyarme para seguir adelante.

Jessica Andrea

A tres seres humanos maravillosos que hicieron de mi lo que soy; mi Madre que ha sido el motor de mi vida, que me impulsa siempre a lograr cada día mis sueños, a mi abuela que siempre me decía que debía llegar muy lejos, que debía siempre volar y nunca desfallecer y aun hoy desde el cielo está cuidándome y viendo como poco a poco logro mis proyectos y por último a mi hermana Sandra Catalina la luz de mi vida que en mis 25 años me ha amado incondicionalmente y le brinda a mi vida una felicidad infinita y un sentido de protección único.

Mónica Isabel

AGRADECIMIENTOS

La autora agradece a:

Dios, por haberme dado otra oportunidad de vida y permitirme llegar hasta este momento tan importante de mi formación profesional, ya que supo guiarme por el buen camino, darme fuerza para seguir adelante y no flaquear en los problemas que se me presentaban, enseñándome a desafiar las adversidades sin perder nunca la dignidad, ni desfallecer en el intento.

Mi madre, por apoyarme en todo momento, por sus consejos, sus oraciones, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, porque el orgullo que ella siente por mí, fue lo que me hizo ir hasta el final, pero más que todo por su amor incondicional.

Mi padre, por su ejemplo de perseverancia, constancia, puntualidad y rectitud que lo han caracterizado y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por demostrarme siempre su cariño y apoyo absoluto.

Mi hermano Diego, porque con un gran apoyo mutuo emprendimos juntos un camino que con gran esfuerzo y dedicación estamos culminando, camino que nos llevara a conseguir nuestros propósitos familiares, pero valió la pena luchar casi juntos por esta meta, gracias por tu cariño sincero.

Jaime, por compartir momentos significativos conmigo y por siempre estar dispuesto a escucharme y ayudarme en cualquier momento y sobre todo por ser mi amigo incondicional.

Mi abuela Amacita, que siempre creyó en mí y tuvo una palabra de aliento en los momentos difíciles y fue incentivo en mi vida, sé que en este momento al lado de Dios está muy orgullosa de mí (q.e.p.d.).

Juan Pablo, quien con su presencia me acompañó inseparablemente en todas las largas noches de estudio, sirviéndome de apoyo día tras día.

Mis Tías (os), Primas (os) y abuelos, por haber fomentado en mí el deseo de superación y el anhelo de triunfo en la vida.

Mis amigos, gracias por su cariño y apoyo, factores fundamental que me brindan equilibrio; especialmente a Ángela además por sus buenos concejos, su apoyo cuando me ha hecho falta fuerzas para levantarme y por su gran cariño.

Si algo me enseñó esta carrera es que existen personas valiosas, compañeros de armas, sobre todo Mónica, amiga y compañera de tesis, porque sin el equipo que formamos, no habiéramos logrado este fin, y demás compañeros de promoción, valió la pena luchar juntos por una meta, si bien a de terminar esta etapa, me queda la satisfacción de haber compartido con personas tan valiosas como ustedes, les doy las gracias por su apoyo y afecto.

Además me gustaría que estas líneas sirvieran para expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización del presente trabajo, en especial al doctor Harold E. Mora, director de esta investigación, por la orientación, el seguimiento y la supervisión continúa de la misma, pero sobre todo por la motivación y el apoyo recibido a lo largo de estos años de carrera.

“Ahora puedo decir que todo lo que soy es gracias a todos ustedes”.

Jessica Andrea

AGRADECIMIENTOS

La autora agradece a:

Principalmente a Dios por darme siempre la fuerza necesaria para seguir adelante y nunca desistir de mis sueños, por haberme permitido llegar a esta hermosa etapa de mi vida profesional, por enseñarme a luchar en esta vida llena de adversidades, a conquistar las metas que me proponga hasta agotar los recursos que sean necesarios, a estar conmigo cuando he caído y estando ahí siempre para ayudarme a parar, nada esta vida es imposible ya que cuando tú lo quieres de corazón lo consigues.

Mi familia, en especial a mi mamá por no perderse un sólo día de mi vida alegrándola con su particular modo de ver y de ser, porque siempre tuvo una palabra aliento y un inmenso orgullo hacia a mí, no hay nada más satisfactorio que poder verle esa hermosa sonrisa porque por fin culminé esta etapa tan significativa para mi vida. Por enseñarme que no hay límites, que lo que me proponga lo puedo lograr y que solo depende de mí y mantenerme siempre en pie de lucha sin importar los obstáculos que se me cruzaran en el camino.

Mis hermanas por estar ahí siempre conmigo, por mostrarme el lado lindo de la vida, por estar conmigo cuando he caído y motivarme a seguir adelante, por brindarme su confianza y sus consejos que sirvieron de ayuda para comprender y entender mejor las cosas.

Mis amigos, por brindarme su amistad, por ser parte de mi vida, de mis momentos tristes y alegres, darme fuerzas para continuar y vivir conmigo la maravillosa experiencia universitaria.

Mi institución educativa, por permitirme estudiar y por brindarme los conocimientos básicos para mi formación profesional y por ayudarme a crecer como persona.

Son muchas personas que han formado parte de mi vida en estos cinco años, a los que me gustaría agradecerles por haber estado ahí conmigo apoyándome, hay unas que no se encuentran aquí en este momento pero que los llevo en mi corazón, y les doy las gracias por sus infinitas bendiciones.

Mónica Isabel

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	14
1. ASPECTOS GENERALES RELACIONADOS CON LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO	16
1.1 PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES	16
1.2 ANTECEDENTES ACERCA DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO	19
1.3 TEORÍAS REFERENTES A LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO	21
1.4 LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO	24
1.4.1 Legislación en lo que se refiere a la teoría del levantamiento del velo corporativo en Colombia	25
1.5 TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN EL DERECHO COMPARADO	30
2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE PROVIDENCIAS QUE HAN DESARROLLADO LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA	39
2.1 VELO CORPORATIVO EN MATERIA LABORAL Y DE GRUPOS ECONÓMICOS	39
2.2 DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES ACERCA DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO	55
3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS), SOCIEDADES HOLDING Y MERCADO PÚBLICO DE VALORES	59

3.1	SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS)	59
3.1.1	Limitación del riesgo como una ventaja para la SAS	60
3.1.2	Extensión de la responsabilidad de los socios por medio de la desestimación de la personalidad jurídica (levantamiento del velo corporativo) en la SAS	61
3.2	SOCIEDADES HOLDING	65
3.2.1	Concepto de holding	65
3.2.2	La tipicidad societaria y la responsabilidad limitada en los grupos económicos	66
3.2.3	Responsabilidad de la sociedad en cabeza de grupo	67
3.2.4	Elementos de la existencia del grupo empresarial	67
3.2.5	Responsabilidad contractual de la sociedad	69
3.2.6	Responsabilidad aquiliana de la sociedad cabeza de grupo	69
3.3	APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN EL MERCADO PÚBLICO DE VALORES EN COLOMBIA	71
3.3.1	Concepto de beneficiario real	71
4.	CONCLUSIONES	75
	BIBLIOGRAFÍA	78

LISTA DE CUADROS

	pág.
Cuadro 1. Levantamiento del velo corporativo en Argentina	31
Cuadro 2. Levantamiento del velo corporativo en Costa Rica	31
Cuadro 3. Levantamiento del velo corporativo en Chile	32
Cuadro 4. Levantamiento del velo corporativo en México	33
Cuadro 5. Levantamiento del velo corporativo en Perú	33
Cuadro 6. Levantamiento del velo corporativo en Venezuela	34
Cuadro 7. Levantamiento del velo corporativo en Alemania	35
Cuadro 8. Levantamiento del velo corporativo en España	35
Cuadro 9. Levantamiento del velo corporativo en Francia	36
Cuadro 10. Levantamiento del velo corporativo en Estados Unidos	36
Cuadro 11. Línea Jurisprudencial	54

GLOSARIO

AD EXTRA: hacia afuera.

ALTERIDAD: condición de ser otro.

ATAÑER: incumbir, corresponder.

CIRCUNVENIR: estrechar u oprimir con artificio engañoso.

CONGLOMERADO: producto obtenido por conglomeración. En sentido figurado un conglomerado de empresas.

CONNOTAR: dicho de una palabra: conllevar, además de su significado propio o específico, otro tipo de expresivo o apelativo.

CONSORCIO: agrupación de entidades para negocios importantes.

DESDIBUJADO: dicho de un dibujo o de otra cosa: defectuoso o mal conformado.

DESMEDRAR: deteriorar. Decaer (ir a menos).

DIALÉCTICA: arte de dialogar, argumentar y discutir. Capacidad de afrontar una oposición.

DUPLICIDAD: doblez, falsedad. Cualidad de dúplice (doble).

INVESTIR: conferir una dignidad o cargo importante.

INTUITUS PERSONAE: en consideración a la persona.

IURIS TANTUM: tan solo de derecho.

IUS STANDI: derecho de personarse – derecho de acceso ante un órgano jurisdiccional.

LUCRO: ganancia o provecho que se saca de algo.

MESURA: moderación, comedimiento.

NUGATORIO: que burla la esperanza que se había concebido o el juicio que se tenía hecho.

PRIMACÍA: superioridad, ventaja o excelencia que algo tiene con respecto a otra cosa de su especie. Dignidad o empleo de primado.

SUBROGAR: sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.

TAXATIVO: que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias. Que no admite discusión.

TESTAFERRO: persona que presta su nombre en un contrato, pretensión o negocio que en realidad es de otra persona.

INTRODUCCIÓN

Una vez se han cumplido las formalidades para constituir cualquier sociedad mercantil, ésta adquiere la personalidad jurídica que viene a ser independiente de los socios que la formaron. La personalidad jurídica le permite a la sociedad ser individual, tener un nombre comercial, una nacionalidad, un domicilio y la capacidad y la autonomía para que pueda actuar y contratar en nombre propio con terceros y por tanto como norma general, haciéndose responsable de las deudas sociales. Por las razones precedentes, es decir, la separación de la sociedad de los socios, la personalidad jurídica se ha vuelto útil para cometer fraudes y abusar de los derechos de terceros, ya que se han dado casos en que los socios ocultan mediante la personería jurídica su identidad, patrimonio y responsabilidad en determinados hechos.

Conforme a lo anterior, ha surgido la teoría del levantamiento del velo corporativo, siendo una institución más bien nueva, con una aplicación especialmente jurisprudencial. Su origen se considera que está en la jurisprudencia norteamericana, pretendiendo con ella descubrir la situación en que verdaderamente se encuentra una sociedad quitando su “velo” y así poder juzgarla de forma efectiva.

En este sentido, la teoría del levantamiento del velo corporativo ha sido empleada por la jurisprudencia, sobre todo para neutralizar los posibles abusos en derecho y frenar el fraude de ley, de tal manera que los tribunales puedan penetrar al fondo de las sociedades que puedan llegar a perjudicar intereses privados o públicos. De todas formas el levantamiento del velo corporativo debe hacer con mucho cuidado en casos extremos y no pueda hacerse uso de otras armas procesales, puesto que la personalidad jurídica ha permitido que haya un crecimiento financiero y económico en general.

Ahora bien, los objetivos del trabajo se reflejan en un objetivo general que busca analizar la efectividad que ha tenido la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo corporativo en lo concerniente a las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), Sociedades Holding y Mercado Público de Valores en Colombia; y tres objetivos específicos para desarrollar la investigación: en primer término, explicar aspectos generales relativos a la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo. En segundo término, identificar una línea de avance jurisprudencial, seleccionando providencias que manifiesten el desarrollo que ha tenido la Teoría del Velo Corporativo en materia laboral y grupos empresariales y por último, analizar la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo

Corporativo en las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), Sociedades Holding, Mercado Público de Valores en Colombia.

Por otra parte, la investigación fue de tipo descriptivo, con un diseño bibliográfico usando la recolección de datos y la observación de documentos a través del método analítico, con el fin de efectuar el análisis planteado acerca de la aplicación de la Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo. También, el documento se dividió en cuatro capítulos: en el primero se abordan aspectos generales relacionados con la teoría del levantamiento del velo corporativo. En el segundo se describe y analiza la línea jurisprudencial de providencias (Corte Constitucional) que han desarrollado la teoría del levantamiento del velo corporativo en Colombia. En el siguiente se realizó un análisis de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo en las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), Sociedades Holding y Mercado Público de Valores. Finalmente, en el cuarto y último capítulo se presentan las conclusiones.

1. ASPECTOS GENERALES RELACIONADOS CON LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

1.1 PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES

De acuerdo con el artículo 14 de la Constitución Política de 1991 “*toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”¹. Y el Código Civil de Colombia en el artículo 633 dice que: “*se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...*”². Asimismo, Ferrara al respecto afirma que: “*la palabra persona servía para designar la máscara que usaban los actores latinos para ampliar el volumen de su voz y concluye que la personalidad jurídica es algo semejante, una cualidad que el orden jurídico atribuye allí donde lo considera conveniente*”³.

En lo que se refiere a una sociedad que se le reconoce la personalidad jurídica, esto lleva a que sea capaz de contraer obligaciones y efectuar actividades que crean la totalidad responsabilidad jurídica en lo que concierne a sí mismos y a terceros. No siempre concuerda con el espacio que tiene la persona física, pero es más amplio y puede actuar con validez jurídica en las entidades establecidas por varias personas o empresas⁴. Y la Corte Constitucional respecto a las personas jurídicas ha señalado que tienen derecho al debido proceso:

(...)

¹ CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 14, p. 12. Disponible en Internet: <http://sabanadesanangel-magdalena.gov.co/apc-aa-files/61386235613738616336626465383563/constitucion-politica-actualizada-a-marzo-de-2012.pdf> {Consulta: 11 mayo de 2013}.

² CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA. Artículo 633, p. 213.

³ CANTILLO, María Laura; CASTILLA, Juan Carlos y MURGAS, Alfonso A. Línea jurisprudencial sobre la aplicación del velo corporativo. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, abril 16 de 2007. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/levantamiento_veto.pdf {Consulta: 21 julio de 2012}.

⁴ GARROTE CRUZ, Diana Patricia y LOVERA DÍAZ, Andrea Catalina. Línea jurisprudencial sobre el levantamiento del velo corporativo de las sociedades comerciales. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/trabajo_juris_final.pdf {Consulta: 4 agosto de 2012}.

Señala el artículo 29 de la Constitución que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y es claro que unas y otras pueden afectar no sólo a las personas naturales sino también a las jurídicas.

Por otra parte, la Corte Constitucional, al interpretar el artículo 86 de la Carta Política, ha dejado en claro que también las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, obviamente adaptados a su naturaleza, y uno de ellos es precisamente el debido proceso.

Así, pues, toda persona jurídica tiene derecho a que su conducta se investigue o se juzgue en los estrados o se verifique administrativamente por las entidades estatales con miras a establecer cualquier clase de responsabilidad, sólo con arreglo a las normas legales preexistentes, por tribunal o funcionario competente y siguiendo las formas propias de cada proceso o actuación.

Asimismo, en favor de las personas jurídicas, respecto de las responsabilidades que se les imputen, existe la presunción de inocencia y, por tanto, no se las puede condenar ni sancionar mientras no se les demuestre en concreto, previo el trámite de un proceso o actuación rodeado de todas las garantías constitucionales, que han infringido el orden jurídico al que está sujeta su actividad⁵.

En consonancia con lo anterior, cuando se crea una persona jurídica se presenta una separación entre los derechos y las obligaciones que tiene con los miembros que la conforman; además, de que existe una separación del patrimonio de la persona natural con el de la persona jurídica. Y entre las conductas por abuso de personalidad jurídica están:

- La sociedad es utilizada para adelantar actividades que le están prohibidas a una persona natural.
- Se utiliza la sociedad para eludir el régimen de inhabilidades o incompatibilidades que establece la ley de contratación con las entidades estatales.
- La sociedad se utiliza para llevar a término acto en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.
- Se emplea para confundir el patrimonio de los socios con el de la sociedad para distraer el mismo frente a terceros.
- Se constituyen sociedades a través de testaferros.
- Se constituyen sociedades con el propósito de evadir el pago de impuestos.
- Se pretende distraer bienes del régimen de la sociedad conyugal o de la sociedad marital de hecho.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-510 de octubre 9 de 1997. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

- Se pretende sustraer bienes de la masa herencial para perjudicar a algún heredero.
- Se pretende eludir el cumplimiento de un contrato.
- Se encubren las actividades de la persona individual con el disfraz de la sociedad limitada⁶.

En todos los casos anteriores la finalidad económica que tiene el ente jurídico es desviada, ya que no se cubren los propósitos lícitos que el sistema jurídico ha fijado, lo que hace intervenir a un juez que instaure correctivos, entre los que se cuenta el levantamiento del velo corporativo.

Por otra parte, las sociedades tienen personalidad jurídica, siendo un ente diferente a cada uno de los socios que la componen y teniendo personalidad propia puede actuar con sujeto de derecho y entre sus consecuencias se encuentran:

- * La sociedad es sujeto de derecho y obligaciones.
- * Constituyen un ente totalmente diferente de las otras personas que forman parte de la sociedad.
- * Tienen un nombre o razón social distinta de los socios.
- * Poseen un domicilio propio.
- * Es titular de un patrimonio diferente del patrimonio de los socios.
- * La sociedad está sometida a la legislación de un Estado determinado que puede ser diferente de la que corresponde a la del domicilio o la nacionalidad de los socios.
- * La comercialidad de la sociedad, no implica el carácter de comerciante de los socios.
- * La sociedad puede estar en juicios.
- * La quiebra, interdicción o incapacidad de las personas, no afecta a la sociedad⁷.

⁶ ANZOLA GIL, Marcela *et al.* Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario. Primera edición. Mayo de 2010. ISBN: 978-958-738-115-3. P. 62.

⁷ RUOTI, Nora. De las sociedades legisladas en el Código Civil y otras disposiciones aplicables a personas físicas. Paraguay. Disponible en Internet: http://www.ruoti.com.py/v2/emprendimientos/guia-invers_8.php {Consulta: 11 mayo de 2013}.

Igualmente, en los eventos en que la personalidad jurídica es utilizada de forma abusiva, el juez puede entrar a romper la reserva que la caracteriza, separando la personalidad jurídica de la sociedad, de los miembros que la componen. Se pueden presentar algunas conductas perjudiciales que pueden llegar a cometerse cuando se presenta abuso de la figura societaria, tal como lo indica el Concepto 220-51821 de la Superintendencia de Sociedades:

- Sociedades en las cuales todo el poder de gestión y decisión se centra en un único socio y sin embargo adoptan la forma de compañías de responsabilidad limitada o anónima;
- Desviación de la finalidad social;
- Constitución de compañías mediante la figura de los prestanombres y
- Creación de sociedades para causar perjuicios a terceros⁸.

1.2 ANTECEDENTES ACERCA DE LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

La doctrina del levantamiento del velo corporativo fue desarrollada especialmente por los tribunales en Estados Unidos de América, con el fin de afrontar la instrumentalización que tenían las sociedades de responsabilidad limitada (Limited Liability Company), esto es, que la jurisprudencia de ese país buscaba que no hubiese abusos con la personalidad jurídica en situaciones concretas y así poder dictar una sentencia justa sin anular la sociedad como tal, como en casos de fraude a la ley o cuando el hecho causara daños a terceros, llamándosele a esta teoría “to lift the veil”, la que resume el autor Álvaro Puelma, así: *“el hecho sometido a examen debe revelar algún abuso del privilegio de la personalidad jurídica en la situación de que se trate, o la necesidad de limitarlo para hacer justicia”*⁹.

⁸ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 220-51821 de octubre 6 de 2004. Levantamiento del velo corporativo. Disponible en Internet: www.nuevaleyislacion.com/files/susc/cdj/doct/ss_51821_04.doc {Consulta: 1º junio de 2013}.

⁹ PUELMA ACCORSI, Álvaro. Sociedades. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996. En: AHUMADA G. Alfonso, MELLA B., Juan Antonio y FUENZALIDA, Pablo. Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo. Explicaciones generales y aplicación práctica en Chile. Disponible en Internet: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D127D0765/5/.../52448> {Consulta: 4 agosto de 2012}.

De igual manera, los tribunales aplican la doctrina del “Alter Ego”, que se presenta cuando la sociedad es usada por los accionistas como un resguardo para proteger sus intereses personales, activos o deuda. Muchos accionistas utilizan la compañía como alter ego en las siguientes acciones:

- Ninguna acción de la corporación es emitida al mercado luego de su creación.
- No existe elección de directores.
- No se guardan los registros contables.
- No existe separación clara entre patrimonios tanto de los propios accionistas como de la corporación¹⁰.

Así pues, la Corte Suprema de Justicia de Texas en Norteamérica realizó un análisis comparativo en el que determinó que el alter ego se muestra en:

- El grado en el que las formalidades han sido seguidas y si la propiedad individual y colectiva se ha mantenido sanamente separada.
- El grado de control, porcentaje de propiedad que los individuos mantienen sobre la compañía.
- Si la compañía ha sido utilizada para fines personales.
- Si los accionistas han instrumentalizado la forma societaria, la ley a su vez no ofrecerá a los accionistas la protección que la máscara social otorga a sus socios¹¹.

También se puede presentar una situación que es manejada con la regla llamada “Identity”, la que *“es generalmente empleada en la situación que se suscita cuando dos corporaciones, sociedades o compañías son en realidad, controladas y/o administradas como una sola, en relación a sus dueños comunes, oficiales, directores, miembros o accionistas y debido a la falta de separación formal entre estas dos entidades”*¹².

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² MURRAY, John C. (2002), *“Piercing the corporate veil” of a limited liability company*, en <http://www.firstam.com/faf/html/cust/jm-piercing.html> En: Ibid.

Otra doctrina aplicada por los tribunales estadounidenses es la Sham To Perpetrate a Fraud (Simulacro para Perpetrar un Fraude) y que ha tenido desarrollo jurisprudencial, en la que se ha determinado que si un accionista usa, viola o manipula la figura corporativa para perjudicar a un tercero por medio de un engaño, este viene a constituir un fraude como en el caso de un accionista o director que disminuye los fondos de la compañía, por lo que ella no puede pagar a sus deudores. Cuando se presenta esta situación se aplica la regla “Instrumentality” que permite establecer que el accionista o director:

- Posee completo dominio o control de tanto políticas y/o negocios de la compañía.
- Que ha utilizado dicho control para cometer fraude, burlar la ley o actuar deshonestamente.
- Que este dominio y utilización maliciosos cause efectivamente un daño¹³.

Mediante las anteriores doctrinas, los Tribunales de Estados Unidos han encontrado la manera de buscar solución a los problemas de abusos de los socios o directores que cometen actos ilícitos, por lo que los jueces tienen los instrumentos para que asuman sus responsabilidades respecto de las deudas que tiene la sociedad.

1.3 TEORÍAS REFERENTES A LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

Para la mejor comprensión de este tema se manejan especialmente tres temáticas de acuerdo con el profesor Roberto Obando Pérez¹⁴:

¹³ Ibid. En: Ibid.

¹⁴ OBANDO PÉREZ, Roberto. Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Agosto 8 de 2008. P. 159-190. Disponible en Internet: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf {Consulta: 6 agosto de 2012}.

Temáticas para comprender mejor la doctrina del levantamiento del velo corporativo

- A. Teorías distintas que explican la naturaleza de las personas jurídicas.
- B. Abuso del derecho y el fraude a la ley (fundamentos de la teoría del levantamiento del velo corporativo).
- C. Abuso de la persona jurídica.

A. Teorías distintas que explican la naturaleza de las personas jurídicas

De acuerdo con la Enciclopedia Jurídica Latinoamericana citada por Obando Pérez existen cuatro teorías para explicar la naturaleza de las personas morales¹⁵, intentando justificar la existencia de las personas jurídicas y su razón de ser:

1) Teoría de la ficción

Representada especialmente por Savigny, que decía que la razón de la existencia de las personas morales era por una conveniencia social o de interés económico y el Derecho las iguala con la persona física. Con este enfoque el Derecho está facultado absolutamente para crear o disolver personas jurídicas como sucede en el Derecho norteamericano, que la persona jurídica se constituye en un ser invisible, intangible y solo existe cuando está bajo el amparo del Derecho y está investida de las propiedades que el acta constitutiva le concede¹⁶.

2) Teorías negatorias de la personalidad

Los autores alemanes del siglo XIX fueron quienes las sostuvieron especialmente, negando la existencia de las personas morales. Hay una que habla sobre el patrimonio afectación en la que se dice que existen dos clases de patrimonio: el que pertenece a personas determinadas y los que se atribuyen a un fin o destino

¹⁵ AA. VV. Enciclopedia jurídica latinoamericana. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Porrúa, 2006, tomo VIII, voz: "persona moral", p. 303. En: Ibid.

¹⁶ R. PINTO, Arthur y M. BRANSON Douglas. Understanding Corporate Law. Estados Unidos de Norteamérica, Matthew Bender, 1999, p.449. En: Ibid.

específico los cuales no implican que haya el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho diferente de ellos. Así que *“el patrimonio afectación constituye una universalidad que descansa sobre la común destinación de los elementos que la componen, o con más exactitud, un conjunto de bienes y deudas inseparablemente ligados, por estar afectos a un fin económico”*¹⁷.

3) Teorías “realistas”

Las personas jurídicas son explicadas con las teorías siguientes:

- Señalan como falso que sólo el hombre individual, en razón de su naturaleza, pueda ser titular de derechos.
- La persona jurídica como tal responde a la realidad de fenómenos sociales que señalan una existencia del ente diferente a la de sus miembros.
- Rechazan por inaceptable toda explicación basada en el artificio o la ficción¹⁸.

4) Teoría de la institución

“La institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social y que sujeta a su servicio voluntades indefinidamente renovadas”, esto es, que la institución se encuentra integrada por una idea-fuerza, un poder para servirla y una adhesión¹⁹.

B. Abuso del derecho y el fraude a la ley (fundamentos de la teoría del levantamiento del velo corporativo)

El abuso del derecho radica en un acto legítimo, pero que en el lapso de su cumplimiento se vuelve contrario a los principios del derecho, en otras palabras, es una conducta que parece ir con las normas vigentes, que no va en contra de la regla jurídica; pero, que realmente infringe los derechos ejercidos, y altera los intereses que protege la norma, puesto que la conducta y el proceder contravienen lo que resguarda la norma.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

En lo que se refiere al fraude a la ley requiere que *“la realización de un acto al amparo de una norma y la persecución de un resultado contrario a la ley defraudada; constituye una infracción encubierta de la ley, realizada bajo la apariencia de licitud, donde quien la realiza busca una forma de burlar la norma mediante otras que puedan prestarle apoyo aparente de legalidad”*²⁰, esto es, que la conducta tiene una fachada de legalidad, pero, utiliza normativa que no es la correcta para conseguir los fines que se ha propuesto, necesitándose dos normas: la de cobertura y la defraudada.

C. Abuso de la persona jurídica

Debido al abuso de la utilización de las personas jurídicas, la doctrina contemporánea ha considerado que ésta nace por y para los socios, por lo que en determinados contextos se debe desconocer a la organización jurídica para encontrar a las personas que se encuentran detrás de la sociedad, ya que esta figura no fue creada para que los individuos las usen como un medio legal para fines fraudulentos con los que se transgrede la ley.

1.4 LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

La moderna doctrina mercantil ha separado la sociedad mercantil como tal de los miembros que la componen, así la autora Elina Mereminskaya se ha referido al tema en los términos siguientes:

Por mucho que tratemos de imaginarnos a la persona jurídica como un sujeto de derecho, independiente del hombre, siempre van a ser las personas naturales las que determinan el obrar de la persona jurídica. La conducta de éstas es decisiva para saber si existe o no un abuso de la persona jurídica. Semejante abuso sólo puede ser evitado si se indaga en la forma de la persona jurídica y se adoptan medidas que penetren hasta los hombres que se hallan detrás de la misma²¹.

Dentro de esta óptica, en lo que concierne al levantamiento del velo corporativo Embid Irujo citado por Ahumada y Mella, sostiene que es aquel: *“instrumento para evitar el fraude e impedir que, a través de un mecanismo formalmente correcto, se produzca un resultado materialmente antijurídico”*²² y Álvarez Toledo lo define

²⁰ DOSSIER PRÁCTICO. Levantamiento del velo. Madrid, Francis Lefebvre, 2000, p. 187. En: Ibid.

²¹ MEREMINSKAYA, Elina. Levantamiento del velo societario, en Gaceta Jurídica 280, octubre 2003, p. 17. En: AHUMADA y MELLA. Op. Cit.

como la: *“institución de verdad material asociada a la defensa de los principios jurídicos fundamentales tales como el principio de prohibición de la clandestinidad en el ejercicio del comercio y el principio de transparencia patrimonial o de prohibición de confusión de patrimonios”*²³. También, el Tribunal Supremo de España en su jurisprudencia reconoce sus orígenes judiciales y afirma que es la: *“doctrina jurisprudencial acerca de la penetración en la realidad económica de la personalidad jurídica en pos de aflorar “ad extra” la verdad material subyacente cuando la misma se encuentre con el formalismo de ficción de la apariencia societaria”*²⁴.

De todas maneras, la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica surge como una solución a la insolvencia de una sociedad, respecto a sus acreedores por abuso de los socios, tomando como base la idea de engaño o fraude y el juez puede no perseguir la persona jurídica como tal, sino a quienes se escudan en ella para cometer conductas abusivas, como sucede en el caso de sociedades o patrimonio de afectación (por ejemplo, empresas unipersonales o patrimonios autónomos en actividades fiduciarias). Por lo tanto, *“se puede decir que cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza con una finalidad torcida o fraudulenta, los jueces podrán, entonces, hacer caso omiso de la misma o de algunos de sus efectos propios, como la separación patrimonial que se busca entre la persona jurídica y sus socios”*²⁵. Y así esta Institución cubre los entes a los que la ley les ha dado el beneficio de la propiedad jurídica tales como: fundaciones, corporaciones, cooperativas, sociedades mercantiles, civiles y las empresas unipersonales, denominadas también como sociedades de un solo socio²⁶.

1.4.1 Legislación en lo que se refiere a la teoría del levantamiento del velo corporativo en Colombia. En lo que se refiere a la desestimación de la personalidad jurídica en la legislación colombiana, se cuentan las disposiciones siguientes:

²² Ibid.

²³ DE LA CERDA, Gonzalo y otros. Teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica y su aplicación en el derecho chileno. Monografía MBL, Universidad Adolfo Ibáñez, p. 15-19. En: Ibid.

²⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sala Primera. En: Ibid.

²⁵ DE ÁNGEL, Ricardo. La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica en la jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1997, p. 44. En: ANZOLA GIL, Op. Cit., p. 63.

²⁶ Ibid., p. 63.

- Ley 80 de 1993 de octubre 28 de 1993: artículos 7º y 8º.

El artículo 8º, numeral 1º, literal i), que dice: “*son inhábiles para participar en licitaciones o concursos para celebrar contratos con las entidades estatales: ...i) los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria...*”²⁷, coloca a los individuos en la misma posición de la compañía, esto es, que se encuentran inhabilitados por cinco años como lo dice también este literal, para contratar con la administración pública, tomando en cuenta la declaratoria de caducidad que se ha sido pronunciado contra ésta. En lo que se refiere a esta inhabilidad el Consejo de Estado se ha pronunciado así: “*...la inhabilidad recae sobre los socios de las sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, no sobre los socios de las sociedades de capital, de acuerdo con lo dispuesto por el literal i) del mismo numeral del citado artículo, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades para contratar, tiene carácter taxativo*”²⁸. De todas maneras, en lo que se refiere a las sociedades de capital, los accionistas pueden responder de forma solidaria desde un punto de vista patrimonial, en el caso de que se cumpla la hipótesis contemplada en el párrafo 3º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993 (De los Consorcios y Uniones Temporales) que fue reglamentado por el Decreto Nacional 1436 de julio 27 de 1998: “*en los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios*”²⁹, fundamentándose en que la responsabilidad patrimonial es una cosa, y la inhabilidad para contratar con el Estado es otra.

- Ley 142 de julio 11 de 1994: artículo 37

Por esta ley se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. En cuanto al artículo 37 establece:

Desestimación de la personalidad interpuesta. Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta Ley crea

²⁷ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 80 de octubre 28 de 1993. Artículo 8º, numeral 1º, literal i).

²⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Mayo 17 de 2001. Radicación número 1346. C.P.: César Hoyos Salazar.

²⁹ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Op. Cit. Artículo 7º, párrafo 3º.

incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quiénes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos, y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario real, sin perjuicio del derecho de las personas de probar que actúan en procura de intereses propios, y no para hacer fraude a la ley³⁰.

Con este artículo se amparan las restricciones a la contratación e impedir que sea utilizada como pantalla la personalidad jurídica, burlando de esta manera el régimen de incompatibilidades e inhabilidades en lo que concierne a su regulación.

- Ley 190 de 1995 – Estatuto Anticorrupción: artículo 44

Por esta ley se dictan normas laborales, administrativas, penales, administrativas con el fin de erradicar la corrupción. En su artículo 44 manifiesta que: “*las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta*”³¹.

Esta norma tiene como fin evitar que amparándose en la separación patrimonial que ocurre en la constitución de una sociedad, en la que se limita la responsabilidad de los socios bien sea anónima, responsabilidad limitada, comandita por acciones con respecto a los comanditarios, puedan hacer trampa a las prohibiciones e incompatibilidades que existen para las personas naturales, con lo que se obstaculizaría la investigación en delitos contra la administración pública o puedan legalizarse o se oculten bienes obtenidos con actividades ilícitas; por lo tanto, la sociedad no sería una persona distinta de los socios considerados individualmente, por lo que se podría levantar el velo corporativo y se descubrirían los beneficios ocultos.

Igualmente, este Estatuto facultó a las autoridades judiciales mediante el artículo 44 citado, para encontrar al beneficiario verdadero o real del ilícito, es decir, quien está efectivamente recibiendo los beneficios y poder sancionarlo. En este sentido, la Superintendencia de Valores de Colombia, en la Resolución 400 de mayo 22 de 1995, en el artículo 1.2.1.3 define beneficiario real como:

³⁰ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 142 de julio 11 de 1994. Artículo 37.

³¹ Ibid. Ley 190 de 1995 – Ley anticorrupción. Artículo 190.

Artículo 1.2.1.3.- Definición de beneficiario real. Se entiende por beneficiario real cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener, por ser propietario de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes o, de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción.

(...)

Igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas.

Parágrafo.- Una persona o grupo de personas se considera beneficiaria real de una acción si tiene derecho para hacerse a su propiedad con ocasión del ejercicio de un derecho proveniente de una garantía o de un pacto de recompra o de un negocio fiduciario o cualquier otro pacto que produzca efectos similares, salvo que los mismos no confieran derechos políticos (2.2.5.37.)³².

- Ley 222 de diciembre 20 de 1995

La que modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Y en el artículo 71 que regula las empresas unipersonales, en el párrafo en lo que se refiere al levantamiento del velo corporativo señala: “...cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital 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”³³.

En cuanto a poder pasar sobre la personalidad jurídica, en la Ley 1116 de diciembre 27 de 2006, en los artículos 61 y 82 habilita para que se pueda hacer levantamiento del velo corporativo, reglamentados por el Decreto Nacional 1749 de mayo 26 de 2011. Los artículos manifiestan:

Artículo 61. *De los controlantes.* Reglamentado por el Decreto Nacional 1749 de 2011. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa

³² COLOMBIA. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Superintendencia de Valores. Resolución Número 400 de mayo 22 de 1995. Artículo 1.2.1.3, p. 29-30. Disponible en Internet: www.amvcolombia.org.co/.../Resolucion%20400%20de%201995%20-%20... {Consulta: 1º junio de 2013}.

³³ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 222 de diciembre 20 de 1995. Artículo 71.

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.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años.

Artículo 82. Responsabilidad civil de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados. Reglamentado por el Decreto Nacional 1749 de 2011. Cuando la prenda común de los acreedores sea desmejorada con ocasión de conductas, dolosas o culposas de los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados, los mismos serán responsables civilmente del pago del faltante del pasivo externo.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente. Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

La demanda deberá promoverse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido.

La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario³⁴.

Por otra parte, la teoría del levantamiento del velo corporativo en el ámbito penal se encuentra en el artículo 91 del Código de Procedimiento Penal en la figura de la cancelación de la personería jurídica:

Artículo 91. Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas

³⁴ Ibid. Ley 1116 de diciembre 27 de 2006. Artículos 61 y 82.

jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente a l desarrollo de actividades delictivas.

Las anteriores medidas se dispondrán con carácter definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron³⁵.

Y coincidiendo con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de sus socios, es una verdad que no trasciende al ámbito penal....En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio.

Si ello es así, la empresa misma puede servir de medio para cometer acciones delictuosas³⁶.

Por lo tanto, si la personería jurídica es utilizada para cometer un hecho ilícito, resulta importante que el legislador haya consagrado la facultad expresa de poder suspenderla y cancelarla y así permitir que se utilice el levantamiento del velo corporativo; claro está que teniendo en cuenta el derecho de las personas a comprobar que actúa en beneficio propio pero sin hacer fraude a la ley.

Luego entonces, el privilegio del velo entre los socios y la sociedad es esencialmente roto cuando: 1) se presenta un fraude o un acto ilícito; 2) por medio de una convención y 3) mediante presupuestos normativos con los que se protege a unos acreedores específicos³⁷.

1.5 TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

³⁵ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 91, p. 15.

³⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Auto 7183 de enero 20 de 1993. En: ANZOLA GIL, Op. Cit., p. 131.

³⁷ GRUPO DE INVESTIGACIÓN. Levantamiento del velo. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/linea_jurisprudencial_levantamiento_velo.pdf {Consulta: 7 junio de 2013}.

Cuadro 1. Levantamiento del velo corporativo en Argentina

ARGENTINA
<p>En este país los escritos jurisprudenciales y doctrinales son muy detallados en lo que se refiere al manejo de la teoría del levantamiento del velo corporativo. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Rosario manifestó que: “es posible llegar la desestimación de la personalidad jurídica en los siguientes supuestos: a) en el caso de que la responsabilidad limitada lesione la equidad; b) cuando la desestimación sea necesaria para impedir una injusticia en relación con todos los accionistas o hacia el único accionista; y c) en situaciones en que el ‘disgregar’ aparece justificado por la justicia sustancial o la buena fe”³⁸.</p> <p>El levantamiento del velo corporativo fue señalado por el Poder Judicial argentino como una medida provisional y de carácter excepcional. Mencionan que la sociedad anónima es una persona jurídica independiente de sus socios siempre y cuando no aparezcan fuertes motivos para que pueda existir una autorización que desconozca este principio. Dice que los tribunales deben actuar a título individual, es decir, estudiar cada caso con mucha prudencia, en los eventos en los que se puede plantear la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad anónima. En otros pronunciamientos consideran que la teoría de la penetración de la personalidad del ente societario y la resultante facultad para poner en evidencia la situación real tanto personal como patrimonial de la sociedad, debe ser usada con mesura y prudencia³⁹.</p>

Fuente: ANZOLA GIL, Marcela *et al.* Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario. Primera edición. Mayo de 2010. ISBN: 978-958-738-115-3. P. 62. Y GARROTE CRUZ, Diana Patricia y LOVERA DÍAZ, Andrea Catalina. Línea jurisprudencial sobre el levantamiento del velo corporativo de las sociedades comerciales. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/trabajo_jurisp_final.pdf {Consulta: 4 agosto de 2012}.

Cuadro 2. Levantamiento del velo corporativo en Costa Rica

COSTA RICA
<p>En este país tanto el derecho comercial, laboral, agrario y tributario reconoce que la empresa es una unidad económica con derechos y obligaciones que permiten romper el velo. Existe un reconocimiento a que el empresario-patrono elude su responsabilidad constituyendo varias formas de sociedades, por lo que solución planteada es la aplicación de la teoría del levantamiento del velo para evitar el juzgador que se tutele un fraude a la ley.</p> <p>En derecho laboral, la Corte Suprema de Costa Rica ha señalado lo siguiente: "debe tenerse presente que, por la materia en que nos encontramos, lo que debe privar es el principio de</p>

³⁸ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL. Rosario. Sala 3ª, 21/6/82, en Zeus, t. 28, p. J-202. En: ANZOLA GIL, Op. Cit., p. 67.

³⁹ SALA VI. Expediente n° 2.108/94, juzgado n° 58, autos: "denuble roberto y otros c/ la hidrófila argentina s.a. y otros s/ despido". Buenos Aires, 25 de octubre de 2000. En: GARROTE CRUZ y LOVERA DÍAZ. Op. Cit.

primacía de la realidad y es suficiente con que se prueba la existencia de una comunidad económica, un grupo de personas físicas o morales que operen conjuntamente, para que pueda responsabilizarse, a todos, por las prestaciones del trabajador. En estas situaciones, debe irse más allá de las apariencias societarias formales, para llegar a la realidad y no hacer nugatorio el ejercicio efectivo de los derechos del trabajador. En el sub-lite, es claro que la transformación sufrida por la sociedad no puede perjudicar al trabajador, toda vez que los cambios introducidos, por la parte patronal, no pueden producir perjuicio al trabajador, a quien ni siquiera se le informó del cambio, en momento alguno. Lo anterior es así, en aplicación de otro principio, el de Buena Fe, que informa la materia y en general todo el ordenamiento y que ha sido expresado en el numeral 19 del Código aludido, al establecer que el contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley⁴⁰.

Así que quien juzga debe obrar si tomar en cuenta la apariencia jurídica que el empleador haya tomado y ayudarse también con los reglamentos del Código Civil que sancionan el fraude y o abuso del derecho, por consiguiente "los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Por su parte el artículo 21 dispone cuanto sigue: 'Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe". Y además, el artículo 22 del mismo Código dice: "la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"⁴¹.

Fuente: GARROTE CRUZ, Diana Patricia y LOVERA DÍAZ, Andrea Catalina. Línea jurisprudencial sobre el levantamiento del velo corporativo de las sociedades comerciales. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/trabajo_jurisp_final.pdf {Consulta: 4 agosto de 2012}.

Cuadro 3. Levantamiento del velo corporativo en Chile

CHILE
La licenciada Patricia López citada por Ahumada G. y Mella B., afirma que por vía de interpretación se puede aplicar la teoría o técnica del levantamiento del velo corporativo, como se puede apreciar en el caso Vargas y Otros con Antuco: "el tribunal en este caso llega a la conclusión de que Inmobiliaria Antuco es responsable por los perjuicios ocasionados por constructora Antuco a la propiedad ubicada en el predio aledaño a la construcción. El fundamento esgrimido por el tribunal en este caso no es solamente la inaplicabilidad del Art. 18 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, sino que el tribunal llega a la conclusión de que Inmobiliaria y constructora son empresas con un marcado carácter familiar, y hace un análisis de las diversas transformaciones de ambas sociedades, desde sociedades de responsabilidad limitada a Sociedades Anónimas, pero sin modificarse ni capital ni porcentajes de participación de

⁴⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Segunda. San José de Costa Rica. Voto número 236 del 2 de octubre de 1992. En: Ibid.

⁴¹ CÓDIGO CIVIL DE COSTA RICA. Título Preliminar, artículos del 20 al 22. En: Ibid.

cada uno de los socios; al descorrer el velo en este caso particular, lo que hace el tribunal es constatar que en el fondo ambas empresas son una sola, por lo que una es responsable por los perjuicios causados a terceros por la otra”⁴².

Fuente: AHUMADA G. Alfonso, MELLA B., Juan Antonio y FUENZALIDA, Pablo. Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo. Explicaciones generales y aplicación práctica en Chile. Disponible en Internet: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D127D0765/5/.../52448> {Consulta: 4 agosto de 2012}.

Cuadro 4. Levantamiento del velo corporativo en México

MÉXICO
La doctrina del levantamiento del velo tiene antecedentes legislativos en la Ley que establece los requisitos para la venta al público de acciones de sociedades anónimas que fue promulgada en el año de 1940. La mayor parte de esta ley fue derogada por distintos litigios y se quedó sin efecto en la práctica y la incorporación de la doctrina del levantamiento del velo fue muy limitada, pues estaba centrada solamente en la sociedad anónima. El desarrollo de esta teoría ha sido más bien insuficiente en este país.

Fuente: GARROTE CRUZ, Diana Patricia y LOVERA DÍAZ, Andrea Catalina. Línea jurisprudencial sobre el levantamiento del velo corporativo de las sociedades comerciales. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/trabajo_jurisp_final.pdf {Consulta: 4 agosto de 2012}. Y OBANDO PÉREZ, Roberto. Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Agosto 8 de 2008. P. 159-190. Disponible en Internet: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf {Consulta: 6 agosto de 2012}.

Cuadro 5. Levantamiento del velo corporativo en Perú

PERÚ
La doctrina del levantamiento del velo corporativo, fue aceptada por tratadistas, jueces nacionales y tribunales arbitrales en sentencias y laudos. Así pues, en la legislación civil de este país la buena fe y el abuso del derecho hacen parte del ordenamiento que se encuentra vigente, por lo que el levantamiento de la personalidad jurídica de una sociedad se puede realizar apoyada en la ley.
El autor Juan Espinoza, considera que “el abuso de la personalidad colectiva como una especie

⁴² LÓPEZ, Patricia. La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la persona jurídica. Memoria de grado para obtener el grado de licenciada en ciencias jurídicas. Universidad Adolfo Ibáñez. 2001, p. 310. Y Sentencia de 9 de noviembre de 1998 dictada por el 1º Juzgado Civil de Concepción, en autos caratulados Vargas y Otros con Antuco. En: AHUMADA G. y MELLA B., Op. Cit.

del principio general del abuso del derecho” y que “el remedio jurídico consiste en la desestimación de la personalidad para evitar los efectos no queridos por el derecho”⁴³. En otras palabras, los jueces pueden no tener en cuenta la existencia de la persona jurídica, para poder llegar a los verdaderos responsables y judicializarlos.

Asimismo, esta teoría fue consagrada legislativamente en el ámbito del mercado de valores cuando se hace una definición del objeto: “Grupo Económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera que sea su actividad u objeto social, donde alguna de ellas ejerce el control de las demás, o donde el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido por una misma persona natural o un mismo conjunto de personas naturales”. Y la norma establece además presunciones *iuris tantum* de la existencia del grupo: “Salvo prueba en contrario, se presume la existencia de control en los siguientes casos: [...] cuando a través de la propiedad directa o indirecta de acciones, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso o similares, o acuerdos con otros accionistas, se puede ejercer más de la mitad de los derechos de voto en la junta general de accionistas de una persona jurídica...”⁴⁴.

Fuente: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje. Septiembre de 2004. Disponible en Internet: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm> {Consulta: 10 mayo de 2013}.

Cuadro 6. Levantamiento del velo corporativo en Venezuela

VENEZUELA
Las circunstancias en las cuales ha tenido más aplicación el levantamiento del velo corporativo ha sido en ámbito laboral y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en mayo 14 de 2004 (Caso SAET), muestra lo que en su concepto es la teoría del levantamiento del velo corporativo, sentando así jurisprudencia e interpreta y aplica la Ley Orgánica del Trabajo y el velo corporativo partiendo de su artículo 177 que dispone acerca de la unidad patrimonial y la responsabilidad común del grupo económico: “la determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada” ⁴⁵ , es decir, que se establece la solidaridad del grupo, así esta sociedad no haya sido ni condenada ni demandada, ni haya participado en el proceso.

Fuente: JIMÉNEZ SALAS, Simón. La Doctrina del Velo Corporativo. Disponible en Internet: www.ilustrados.com {Consulta: 10 mayo de 2013}.

⁴³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Estudios sobre el derecho de las personas. Ed. Huallaga, Lima, p. 424 y 426. En: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje. Septiembre de 2004. Disponible en Internet: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm> {Consulta: 10 mayo de 2013}.

⁴⁴ RESOLUCIÓN CONASEV N° 722-97-EF-9.10. Artículo 5º. Noviembre 28 de 1997. En: Ibid.

⁴⁵ JIMÉNEZ SALAS, Simón. La Doctrina del Velo Corporativo. Disponible en Internet: www.ilustrados.com {Consulta: 16 junio de 2012}.

Cuadro 7. Levantamiento del velo corporativo en Alemania

ALEMANIA
En este país el profesor Rolf Serick en su obra “Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles: el abuso del derecho por medio de la persona jurídica”, desarrolla el fundamento teórico del levantamiento del velo corporativo y los principios que lo regirían. Además, realiza una crítica de los intentos de basar la teoría en el principio de la buena fe o en la equidad, puesto que no los considera lo suficientemente fuertes como para que sean el apoyo de la teoría ya que podrían ser alterados; más bien, aboga por una dogmática mucho más seria, fundamentándose en el abuso del derecho.

Fuente: ANZOLA GIL, Marcela *et al.* Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario. Primera edición. Mayo de 2010. ISBN: 978-958-738-115-3. P. 66.

Cuadro 8. Levantamiento del velo corporativo en España

ESPAÑA
<p>El Tribunal Supremo de España por medio de la Resolución TS-28 de mayo 28 de 1984, señaló los supuestos básicos para aplicar la teoría del levantamiento del velo para poder llegar a la persona jurídica e identificar la duplicidad de intereses entre sociedad y sus miembros. Los puntos más notorios de esta sentencia son:</p> <ul style="list-style-type: none">“a) Conflicto entre seguridad jurídica y justicia.b) Aplicación por vía de equidad y acogimiento al principio de buena fe.c) Fraude a la ley”. <p>A partir de lo anterior la teoría ha sido aplicada en posteriores resoluciones, especialmente en el ámbito civil y algo menos en el laboral y ha sido traída a colación en audiencias provinciales y juzgados de primera instancia. También, la han empleado en: “responsabilidad civil, contratos arrendaticios, actos fiduciarios, tercerías de dominio, disfrute y uso de bienes, deslinde de la identidad de intereses de una entidad jurídica y los de un sujeto individual” (en el Derecho privado), pero igualmente, se ha utilizado en derecho laboral, penal y tributario. Existen cinco supuestos de aplicación de la teoría del levantamiento del velo en la jurisprudencia española:</p> <ul style="list-style-type: none">“a) Abuso de las formas jurídicas o utilización en fraude a la ley.b) Identidad de personas o esferas de actuación o confusión de patrimonios, que se muestra en la existencia de una comunidad de gestión, intereses y beneficios.c) Control o dirección efectiva externa.

d) Infracapitalización o descapitalización societaria.

e) Cualquier otra circunstancia que evidencie que la constitución de la sociedad se trama en fraude a la ley o en abuso de un derecho⁴⁶.

Fuente: OBANDO PÉREZ, Roberto. Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Agosto 8 de 2008. P. 159-190. Disponible en Internet: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf {Consulta: 6 agosto de 2012}.

Cuadro 9. Levantamiento del velo corporativo en Francia

FRANCIA
Esta teoría aparece en el ámbito concursal con el fin de solucionar problemas específicos allí, pero sin formular una ordenada teoría jurídica. La Corte de Casación francesa en el año de 1908, en el fallo Mary Raynaud extendió la quiebra a una sociedad que controlaba a otra insolvente, siendo este el antecedente de la teoría del levantamiento del velo. Esta situación se repitió en otros casos posteriores al modificar principios tradicionales sobre personalidad jurídica y separación de patrimonio con los socios, lo que llevó a que se estudiara y organizara en institutos como el fraude y la subordinación de créditos. Después en el desarrollo de la teoría, se ubicó en la responsabilidad cuasidelictual. El artículo 1382 del Código Civil francés, es considerado como el fundamento de la jurisprudencia francesa más importante, aplicando la responsabilidad extracontractual por los hechos ilícitos.

Fuente: ANZOLA GIL, Marcela *et al.* Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario. Primera edición. Mayo de 2010. ISBN: 978-958-738-115-3. P. 66.

Cuadro 10. Levantamiento del velo corporativo en Estados Unidos

ESTADOS UNIDOS
Es en Estados Unidos de América donde la teoría del levantamiento del velo corporativo ha tenido una mayor extensión y aceptación, perfeccionándola y desarrollándola. El autor Milton L. Cruz, considera que si existen dos corporaciones incluidas, éstas deberán cumplir tres elementos para poder realizar el levantamiento del velo corporativo:
1. Que exista control de la subsidiaria por la matriz;
2. Que el control se utilice para cometer fraude, circunvenir un estatuto u otros deberes impuestos por la ley, o un acto injusto y deshonesto en oposición a un derecho legal;
3. Que el control y el quebrantamiento del deber fueron la causa próxima de la pérdida.

⁴⁶ DOSSIER PRÁCTICO. Levantamiento del velo. Madrid, Francis Lefebvre, 2000, p. 190. En: OBANDO PÉREZ, Op. Cit.

Igualmente, menciona 11 factores para que haya un control entre una corporación matriz y una subsidiaria:

1. La empresa madre es propietaria de la totalidad o la mayoría de las acciones de capital social de la subsidiaria;
2. La empresa madre y la subsidiaria tienen directores y administradores comunes;
3. La sociedad madre financia a la subsidiaria;
4. La empresa madre tiene suscritas a su nombre todas las acciones representativas de capital social de la subsidiaria, o de otra forma ha creado su constitución;
5. La subsidiaria mantiene capital inadecuado considerablemente;
6. La empresa madre paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria;
7. La subsidiaria no tiene negocios substancialmente excepto con la principal, o no tiene bienes excepto aquellos que le han sido transferidos por la matriz;
8. En los papeles de la empresa madre o en los informes de sus administradores se alude a la subsidiaria como un departamento o una división de la otra, o su negocio o responsabilidad financiera es considerada como aquella de la de la madre;
9. La empresa principal usa la propiedad de aquella de la subsidiaria como si fuera propia;
10. Los directores o ejecutivos de la subsidiaria no actúan con independencia y en base a intereses de ésta sino al contrario, toman órdenes o directrices de la matriz atendiendo a los intereses de ésta última;
11. Los requisitos formales de la subsidiaria no son observados⁴⁷.

Asimismo, el autor mencionado y otros agregan un factor más como lo es: la no viabilidad económica de la empresa. Por consiguiente si los factores mencionados no se cumplen, los tribunales pueden ordenar el levantamiento del velo corporativo, para poder llegar a quienes se esconden detrás de la entidad social.

Por otra parte, en cuanto a la aplicación de la teoría del levantamiento del velo corporativo, los tribunales norteamericanos ponen dos límites:

a) Debe ser utilizada de manera restringida; es decir, la posibilidad de levantar el velo debe ser ejercitada con precaución y mesura, y así no debe aplicarse a la ligera en una sociedad que esté correctamente constituida. Lo anterior implica que la sola existencia de deudas de la persona jurídica no puede ser la razón que justifique la aplicación de la desestimación de la personalidad del ente colectivo.

b) El segundo límite está establecido por la imposibilidad de que se levante el velo en beneficio de los propios accionistas de la sociedad, ya que los beneficios de esta doctrina se dirigen a aquellos que confiaron en la existencia de la sociedad como una entidad jurídica separada⁴⁸.

⁴⁷ GARROTE CRUZ y LOVERA DÍAZ. Op. Cit.

⁴⁸ OBANDO PÉREZ. Op. Cit.

Fuente: GARROTE CRUZ, Diana Patricia y LOVERA DÍAZ, Andrea Catalina. Línea jurisprudencial sobre el levantamiento del velo corporativo de las sociedades comerciales. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/trabajo_jurisp_final.pdf {Consulta: 4 agosto de 2012}. Y OBANDO PÉREZ, Roberto. Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Agosto 8 de 2008. P. 159-190. Disponible en Internet: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf {Consulta: 6 agosto de 2012}.

En todos los países mencionados de derecho comparado que se han visto, es la jurisprudencia la que se encargó de desarrollar la teoría del levantamiento del velo corporativo en las sociedades. Especialmente, Estados Unidos ha tenido un gran despliegue por la aceptación y perfección que sus tribunales han hecho de ella.

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE PROVIDENCIAS QUE HAN DESARROLLADO LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA

2.1 VELO CORPORATIVO EN MATERIA LABORAL Y DE GRUPOS ECONÓMICOS

Las sentencias de la Corte Constitucional que hacen parte de la línea jurisprudencial acerca de la responsabilidad de los socios en obligaciones laborales son: Sentencia C-265 de 1994, C-790 de 2011, C-865 de 2004, C-510 de 1997, C-210 de 2000, SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003.

PREGUNTA DEL ESQUEMA DE LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE 1994 A 2011

En una sociedad conformada por socios, ¿tienen estos la obligación de reconocer el pago de compromisos laborales que se originan a partir del objeto social que tienen la sociedad?

- SENTENCIA FUNDADORA: Sentencia C-265 de 1994

Como Sentencia fundadora se encuentra la Sentencia C-265 de 1994, en la que se habla de la desestimación de la personería jurídica con una primera aproximación de la jurisprudencia acerca de este tema:

(...)

Finalmente, la exclusividad de la reserva judicial para los sindicatos se articula con los efectos diversos que la Constitución confiere a la concesión de la personería jurídica a los sindicatos y al resto de asociaciones. Mientras que en el caso de los sindicatos, la personería jurídica otorgada por la respectiva autoridad administrativa tiene un efecto puramente declarativo mas no constitutivo, puesto que "su reconocimiento jurídico se producirá con la simple inscripción del acta de constitución" (C.P art 39), con respecto a las otras asociaciones, el otorgamiento de la personería jurídica tiene efecto constitutivo. Como es principio general del derecho desde la época de los romanos que es natural disolver lo que se ha ligado de la misma manera como se estableció el vínculo, es congruente que la Constitución establezca un régimen diverso para la suspensión o disolución de la personería jurídica de los sindicatos y del resto de asociaciones. En efecto, mal podría la Constitución conferir a la administración la potestad de suspender o cancelar una personería jurídica que en sentido estricto ella no ha concedido sino que simplemente ha declarado. Por ello es congruente establecer que la personería jurídica de tales asociaciones sindicales sólo podía ser suspendida o cancelada por una autoridad independiente, es decir por la vía judicial.

Todo lo anterior lleva a concluir que la estricta reserva judicial establecida por el artículo 39 se refiere exclusivamente a las asociaciones sindicales de trabajadores y empleadores. Esto obviamente no significa que esa reserva judicial no pueda ser ampliada en un futuro por el legislador, si lo considera conveniente, a fin de que cubra también a otras asociaciones. Sin embargo, la conclusión que se impone es que una ley que establezca la posibilidad de suspender o cancelar la personería jurídica de una asociación no sindical por una autoridad administrativa no es por ese hecho inconstitucional.

Ahora bien, en tales circunstancias, la norma demanda, al conferir a la Dirección de Derechos de Autor, Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Gobierno, la facultad para suspender y cancelar la personería jurídica de las asociaciones autorales, no viola ninguna norma constitucional sino que simplemente desarrolla la facultad de inspección y vigilancia que, en ejercicio del poder de policía administrativo, esta misma ley ha conferido a tal entidad sobre las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y conexos⁴⁹.

- SENTENCIA HITO: C-790 DE OCTUBRE 20 DE 2011

Problema jurídico a resolver en esta sentencia:

(...)

Censura el accionante las reglas del contrato de cuentas en participación del Código de Comercio, referidas a la reputación del gestor como único dueño del negocio, al ocultamiento de los partícipes no gestores y a la limitación de su responsabilidad frente a terceros, por vulnerar el interés general, las funciones pública y administrativa y la libertad de competencia de mercado, que protege la carta política.⁵⁰

En lo que se refiere al levantamiento del velo corporativo menciona el uso que se le da en la actividad comercial:

(...)

La buena fe que se presume de la actividad societaria, reiterada en pronunciamientos de la Corte, encuentra aquí especial realce y connotación, en tanto una vulneración por engaño, defraudación o por cualquiera otra razón, contraria al fin superior establecido, hace responsables a los asociados y constituye la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad, expresada en lo que la doctrina denomina “*el levantamiento del velo corporativo*”. Esta herramienta que busca la reparación del daño, comporta dos

⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-265 de junio 2 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁰ Ibid. Sentencia C-790 de octubre 20 de 2011. M.P.: Nelson Pinilla Pinilla.

consecuencias en la actividad comercial: una modalidad de sanción para los asociados y, paralelamente, una garantía para terceros afectados⁵¹.

Esta sentencia cita a su vez la Sentencia C-865 de 2004 que a su vez cita las siguientes jurisprudencias: Sentencia C-210 de 2000, Sentencia SU-1023 de 2001 y la Sentencia SU-636 de 2003. Y la Sentencia SU-1023 cita a la Sentencia C-510 de 1997 conformando así el nicho citacional.

- SENTENCIA C-865 DE 2004

Problema Jurídico a resolver:

(...)

Conforme a lo anterior, y teniendo presente los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y visto el concepto del Procurador General de la Nación (e), la presente sentencia se limitará a establecer si el legislador al fijar el régimen de limitación de riesgos de los accionistas de las sociedades anónimas, incurrió en una omisión legislativa relativa al no consagrar disposiciones especiales para hacer responder solidariamente a los asociados por la insolvencia de la sociedad, cuando previamente dicha persona jurídica ha incumplido el deber de pagar o asegurar el pago de las acreencias laborales y, con posterioridad, sus activos resultan insuficientes para acreditar la cancelación de dichas obligaciones sociales.

Menciona esta sentencia la finalidad del levantamiento del velo corporativo en lo que respecta a la responsabilidad de los asociados:

(...)

Conforme a lo expuesto, lo que si resulta indiscutible es que las personas asociadas no pueden ser llamadas a responder por el beneficio o lucro que reporten de la explotación de una actividad lícita, pues el supuesto del cual depende la existencia de la responsabilidad, es la comisión de un daño sobre los derechos de los demás.

En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente

⁵¹ Ibid.

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

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. Al respecto, ha sostenido la doctrina: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio; (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995; y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley.

La jurisprudencia nacional igualmente ha tenido la ocasión de aplicar los principios de la teoría del levantamiento del velo corporativo. Así, el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha hecho referencia a la modalidad anglosajona del “deputization”, es decir, descorrer la separación cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural. El análisis acerca de su ocurrencia, tuvo lugar al interior de la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, cuando se ha usado a las sociedades de personas para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las personas naturales en materia de contratación estatal.

Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad del Estado (C.P. art. 90) por las omisiones en que puedan incurrir los órganos encargados de la inspección, vigilancia y control de los entes societarios⁵².

De acuerdo con esta sentencia un principio imprescindible del sistema económico es la limitación de responsabilidad con el fin de conseguir desarrollo y avances en todos los campos, ya que se afirma en ella que “*negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución económica*”⁵³. Sin embargo, abre la posibilidad para proteger los derechos de terceros, de tal forma que la personalidad jurídica

⁵² Ibid. Sentencia C-865 de septiembre 7 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁵³ Ibid.

de la sociedad no sea utilizada arbitrariamente sobre todo en casos de fraude, engaño o violación del orden público. En este sentido, manifiesta que el principio de buena fe se constituye en el fundamento para levantar el velo corporativo ya que *“la limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los interés legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido”*⁵⁴. Entonces, la teoría del levantamiento del velo corporativo resulta muy útil cuando se busca justicia, y no solo ceñirse a los formalismos.

- SENTENCIA C-510 DE 1997

Problema jurídico planteado:

(...)

La controversia planteada en este caso por el actor radica en establecer si la norma acusada significa sustancialmente, dada su estructura y habida consideración de sus efectos jurídicos, la atribución anticipada de responsabilidades a las compañías matrices, sin previo proceso y bajo presunción de su culpabilidad, por causa o con ocasión de la existencia de sociedades sobre las cuales ejercen control⁵⁵.

En una demanda de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En esta sentencia, la Corte define lo que es una sociedad subordinada o controlada (matriz y filial):

Según el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el 26 de la Ley 222 de 1995, "una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directa o indirectamente, caso en el cual aquélla se denominará filial, o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria" (subraya la Corte).

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid. Sentencia C-510 de octubre 9 de 1997. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

El artículo 261 del mismo Código, modificado por el 27 de la Ley 222 de 1995 precisa los eventos en los cuales se da la subordinación:

"Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.
2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.
3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior".

Como se observa, pese a la existencia de personerías jurídicas distintas, el fenómeno de la subordinación, por cualquiera de los factores dichos, significa una ostensible pérdida de autonomía económica, financiera, administrativa y de decisión por parte de las sociedades filiales o subsidiarias, ya que, por definición, están sujetas a las determinaciones, directrices y orientaciones de la matriz y tienen con ella indudables vínculos que implican en la práctica la unidad de intereses y propósitos.

Conviene recordar los presupuestos en que se funda la norma demandada, los cuales constituyen punto de referencia obligado para determinar si ella se ajusta o no a la Carta Política:

1. Se trata de una situación de concordato o liquidación obligatoria de la sociedad, es decir, de una circunstancia en la cual, ante la pérdida del equilibrio patrimonial de ella, debe buscarse, por mandato de la ley, un acuerdo con los acreedores para el pago de sus obligaciones, o la terminación forzosa de su objeto bajo la vigilancia estatal con el mismo propósito.
2. La causa de las dificultades que se pretende conjurar mediante el concordato está constituida por actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante.

3. Tales actuaciones se producen, por definición legal, en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de cualquiera de sus subordinadas.

4. Las mismas actuaciones tienen lugar en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, por lo tanto, aunque no lo expresa la norma, se deduce, como lógica consecuencia, que inciden en la prenda común de los acreedores y, por tanto, afectan los intereses de éstos.

Ahora bien, el efecto jurídico que la disposición atribuye a la situación descrita es la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante por las obligaciones de la compañía sometida a concordato, que es su subordinada.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad⁵⁶.

El párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de diciembre 20 de 1995 fue declarado exequible en esta sentencia, y señala que el principio de responsabilidad que se encuentra en él proyectado es de responsabilidad subsidiaria, cuando dice que *“no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”*⁵⁷. Este artículo fue derogado en la Ley 1116 de diciembre 27 de 2006 por el artículo 61 que fue reglamentado por el Decreto Nacional 1749 de 2011, que hace algunas variaciones pero que adopta la solución ya planteada en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995. Este artículo dice:

De los controlantes. Reglamentado por el Decreto Nacional 1749 de 2011. 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.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

El Juez de Concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante procedimiento abreviado. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años⁵⁸.

Este mandato busca que haya un equilibrio entre acreedores (que no vayan a resultar defraudados) y el deudor; también que la sociedad se encuentre en situación concursal por actuaciones derivadas del control, a excepción que la matriz o sus vinculadas (filiales o subsidiarias) demuestren que se encuentran en esta situación por una causa diferente y que por lo tanto no han provocado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria.

- SENTENCIA C-210 DE 2000

Problema jurídico:

(...)

Se ocupará la Corte de examinar si la totalidad del artículo 794 del denominado Estatuto Tributario, tal como fue modificada esta disposición por el artículo 163 de la ley 223 de 1995 y adicionado por el artículo 108 de la Ley 488 de 1998, es contrario a la Carta, esto es a los artículos 13, 29, 38, 95-9 y 363 superiores⁵⁹.

En esta sentencia se habla de la responsabilidad solidaria de los socios como una regla general equitativa y justa en los términos siguientes:

(...)

La responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad no es una carga injusta, ya que la figura de la responsabilidad tributaria, no traslada la carga tributaria a los socios, quienes, entre otras cosas, en razón de la solidaridad pueden recobrar lo pagado, subrogándose en los derechos de la Nación frente a la sociedad, hasta concurrencia de su importe, es decir, que la responsabilidad solidaria de los socios, es una regla general equitativa y justa, como quiera que la obligación fiscal, esto es, los sujetos, el hecho gravado, la base gravable y la tarifa, reposa, principalmente sobre el ente societario, como deudor tributario, de manera que, en el evento jurídico en que surja la aplicación del principio de solidaridad, el socio podría cancelar de su propio patrimonio la obligación tributaria y posteriormente subrogarse en los derechos del acreedor fiscal y naturalmente repetir contra los demás socios por la suma pagada, pues recuérdese que

⁵⁸ COLOMBIA. Op. Cit., Ley 1116 de diciembre 27 de 2006. Artículo 61.

⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit. Sentencia C-210 de marzo 1º de 2000. M.P.: Fabio Morón Díaz.

de la clase y naturaleza de las obligaciones solidarias está la posibilidad legal que uno de los deudores solidarios que pague al acreedor puede subrogarse en los créditos que haya satisfecho para luego recuperar el mayor valor pagado de la prestación debida hasta concurrencia de su deuda⁶⁰.

Asimismo, en lo que respecta al tratamiento diferencial entre sociedades (anónimas o asimiladas y las cooperativas) en lo que se refiere a la responsabilidad solidaria de los accionistas estipulada en el artículo 794 en estudio, esta Corporación ha dicho:

(...)

El tratamiento diferencial que establece el artículo 794 del Estatuto Tributario, en el sentido de excluir de responsabilidad solidaria a los accionistas de las sociedades anónimas o asimiladas y a las cooperativas -salvo con los cooperados que hayan ejercido la administración o gestión de la entidad-, quienes también responden solidariamente, se justifica como quiera que la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad, sólo es aplicable a determinados tipos de agrupaciones societarias, en donde la característica personal es un elemento relevante, como quiera que, el vínculo *intuitus personae*, es la característica esencial de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada e inclusive de las asociaciones de carácter colectivo, en las que es posible identificar una relación de gestión; evento que no ocurre con las sociedades anónimas o por acciones, en donde el factor *intuitus personae* se desdibuja, a tal punto que la gran mayoría de accionistas virtualmente se encuentran separados de la dirección o administración de la compañía, conforme a las propias reglas del Código de Comercio e inclusive de sus propios estatutos fundacionales. Para la Corte es evidente que las compañías de responsabilidad limitada o las colectivas, por su propia naturaleza jurídica y sus especiales características no se hallan en las mismas circunstancias fácticas frente a las sociedades anónimas, ni mucho menos a las cooperativas⁶¹.

Por consiguiente, esta Corporación consideró que el derecho de asociación es necesario para que circule la riqueza y que es la sociedad comercial de responsabilidad limitada o la anónima (no sus socios) las que deben de responder por las deudas sociales y las operaciones que realicen. Sin embargo, claramente expone que el principio de solidaridad no existe en este tipo de sociedades, a excepción que el legislador lo establezca: *“por otra parte, estima la Corte que la figura de la solidaridad es de creación legal, y también el establecimiento de sus excepciones. Por lo tanto, bien puede el legislador, como lo hizo en la norma cuestionada, introducir la responsabilidad solidaria como un mecanismo tendiente a impedir, secreta, la práctica de la evasión tributaria”*⁶².

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid.

- SENTENCIA SU-1023 DE 2001

Problema jurídico:

(...)

Acciones de tutela interpuestas por pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM) para conseguir un amparo transitorio para el pago de las mesadas por medio de la responsabilidad subsidiaria, por encontrarse esta empresa en trámite de liquidación obligatoria⁶³.

La Corte Constitucional en esta sentencia señala la presunción legal que existe acerca de la responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz, con respecto a las obligaciones laborales adquiridas por las sociedades subordinadas, así:

(...)

14. Existe, adicionalmente, la presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante frente a las obligaciones que adquiere la sociedad subordinada. El párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 señala:

Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria 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 ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra 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 ésta fue ocasionada por una causa diferente.

La norma transcrita contiene dos postulados de interés para la decisión que adopte la Corporación. De un lado, consagra la presunción legal según la cual una sociedad se encuentra en situación concursal debido a las actuaciones derivadas del control por parte de la matriz o controlante o sus vinculadas, y, de otro lado, como consecuencia de lo anterior, señala la responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz frente a las obligaciones de la sociedad controlada.

El párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 fue demandado en acción pública de inconstitucionalidad. Esta Corporación lo declaró exequible en atención a las siguientes consideraciones:

⁶² Ibid.

⁶³ Sentencia SU-1023 de septiembre 26 de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

Conviene recordar los presupuestos en que se funda la norma demandada, los cuales constituyen punto de referencia obligado para determinar si ella se ajusta o no a la Carta Política:

1. Se trata de una situación de concordato o liquidación obligatoria de la sociedad, es decir, de una circunstancia en la cual, ante la pérdida del equilibrio patrimonial de ella, debe buscarse, por mandato de la ley, un acuerdo con los acreedores para el pago de sus obligaciones, o la terminación forzosa de su objeto bajo la vigilancia estatal con el mismo propósito.
2. La causa de las dificultades que se pretende conjurar mediante el concordato está constituida por actuaciones realizadas por la sociedad matriz o controlante.
3. Tales actuaciones se producen, por definición legal, en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de cualquiera de sus subordinadas.
4. Las mismas actuaciones tienen lugar en contra del beneficio de la sociedad en concordato y, por lo tanto, aunque no lo expresa la norma, se deduce, como lógica consecuencia, que inciden en la prenda común de los acreedores y, por tanto, afectan los intereses de éstos.

Ahora bien, el efecto jurídico que la disposición atribuye a la situación descrita es la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante por las obligaciones de la compañía sometida a concordato, que es su subordinada.

Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad en cuestión tiene un carácter estrictamente económico y que está íntimamente relacionada con actuaciones de la matriz, según lo expuesto, luego no puede afirmarse que se imponga gratuitamente a una persona jurídica totalmente ajena a los hechos materia de proceso. Son precisamente las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la subordinada y son también las que, en los términos del precepto, generan su responsabilidad.

Además, no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados⁶⁴.

Y hace énfasis en la subordinación de la compañía subsidiaria y aclara que no es una responsabilidad principal sino subsidiaria, ya que la sociedad matriz no tiene que pagar todos los créditos de ésta:

(...)

⁶⁴ Ibid.

En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquella tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”⁶⁵.

Finalmente, la Corte explica que con el fin de proteger derechos fundamentales, ordena transitoriamente que asuma una responsabilidad subsidiaria la Federación Nacional de Cafeteros, a fin de responder con las mesadas de las personas pensionadas de la CIFM:

Para efectos de proteger los derechos fundamentales involucrados y hasta que la justicia ordinaria decida con carácter definitivo, se presume transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, al ser ésta, como persona jurídica, la administradora de los recursos del Fondo Nacional del Café. Téngase en cuenta que la ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. En tal virtud, corresponderá a la CIFM asumir la responsabilidad principal del pago de las mesadas causadas y no pagadas y las mesadas futuras a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La entidad matriz responderá, subsidiariamente, en la medida en que la CIFM incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, las cuales, por disposición de la ley 50 de 1990, tienen el carácter de obligaciones preferentes o de primer orden en relación con los demás créditos de la empresa en liquidación⁶⁶.

Así pues, la Corte Constitucional le ordenó al Fondo Nacional de Cafeteros, con carácter transitorio debía proceder a cancelar las mesadas pensionales que adeudaba la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante (CIFM), por su carácter de subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros (empresa matriz), de acuerdo con las disposiciones de la Ley 222 de 1995. Este fallo de la Corte fue muy controvertido, por la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad filial (CIFM), con el fin de alcanzar a su matriz (Fondo Nacional del Café) y que asumiera la responsabilidad del pago de los pasivos pensionales de CIFM, aplicando el parágrafo 148 de la Ley 222 de 1995 (hoy derogado por el artículo 61

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

de la Ley 1116 de 2006) y por tratarse de medidas transitorias que declararon culpable a la matriz.

- SENTENCIA SU-636 DE 2003

Problemas jurídicos planteados:

(...)

Corresponde a la Corte determinar si procede la acción de tutela para ordenar el pago de mesadas pensionales de jubilación a cargo de una sociedad en liquidación obligatoria.

De igual forma deberá establecer la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago subsidiario de mesadas pensionales de jubilación por parte de las sociedades que han ejercido control empresarial sobre una sociedad en liquidación obligatoria⁶⁷.

La Corte Constitucional hace referencia a que el control de una sociedad puede ser ejercido al mismo tiempo por varios sujetos de derecho, así:

(...)

3.6. Debe anotarse que Cementos El Cairo S. A. y Fabricato S. A. instauraron acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 0661 - 1333 expedida por las Superintendencias de Valores y de Sociedades el 24 de septiembre de 1999 y las resoluciones confirmatoria y aclaratoria mencionadas, en virtud de la cual el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, mediante sentencia dictada el 27 de Marzo de 2003, con ponencia del Consejero Gabriel Eduardo Mendoza Martelo (Expediente No. 6271), denegó las pretensiones formuladas.

Se destaca que en dicha providencia la citada corporación señaló que, con base en lo dispuesto en el Art. 260 del Código de Comercio, el control sobre una sociedad puede ser ejercido conjuntamente por varios sujetos de derecho, en los siguientes términos:

“En el segundo cargo, la parte actora afirma que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 260 del C. de Co., una sociedad sólo puede ser objeto de control por parte de una matriz.

“Reza el citado artículo:

“Artículo 260. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará

⁶⁷ Ibid.

filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria” (las negrillas no son del texto).

“Para la Sala, es claro que la norma analizada no limita en manera alguna el número de personas, llámense naturales o jurídicas, que pueden tener bajo su control a una sociedad, pues al establecer que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, contempla tal posibilidad, como ocurrió en el caso examinado.

“Además, la Sala observa que cuando la norma en cuestión habla de matriz, en singular, lo que quiere significar es que todas las personas que ejercen control sobre la subordinada constituyen la MATRIZ de ésta, y no la interpretación que pretende darle la parte actora, en el sentido de que una subordinada sólo puede ser controlada por una persona, para el caso, por una sociedad.

“En consecuencia, debe concluirse que el término “UNA MATRIZ” no se identifica con el de “UNA SOCIEDAD”, pues, se reitera, la matriz puede estar conformada por una o varias sociedades, y si bien es cierto que en los actos acusados se declara a FABRICATO S.A., COLTEJER S.A. y CEMENTOS EL CAIRO S.A. como “MATRICES” de INDUSTRIAL HULLERA S.A., también lo es que se trata de una impropiedad de aquéllos, pues debe entenderse que dichas sociedades constituyen “la Matriz” de la última de las citadas, impropiedad que no tiene trascendencia alguna en la decisión adoptada”. (Las negrillas son del texto original).

Así mismo, en la aludida sentencia se consideró que se configuró el control por parte de Coltejer S. A., Cementos El Cairo S. A. y Fabricato S. A. sobre Industrial Hullera S. A. en Liquidación Obligatoria, de conformidad con lo contemplado en el Art. 261 del Código de Comercio, con las razones siguientes:

“En la tercera censura la parte actora manifiesta que no se encuentra en ninguna de las presunciones a que se refiere el artículo 261 del Código de Comercio, cuyo texto es como sigue:

“Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

- 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.**
- 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.**
- 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.**

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea

directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2-. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior”.

“Teniendo en cuenta lo expuesto en el cargo anterior, en el sentido de que la MATRIZ puede estar conformada por una o varias sociedades, evento este último que se presenta en el caso sub examine, para la Sala no queda duda alguna de que la MATRIZ conformada por COLTEJER S.A. (37.49%), CEMENTOS EL CAIRO S.A. (37.48%) y FABRICATO S.A. (11.23%) y su filial TEXTILES PANAMERICANOS S.A. (10.56%) tiene en INDUSTRIAL HULLERA S.A. EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA una participación accionaria que supera el 50%, pues la suma de dichas participaciones arroja un porcentaje del 96.76%, razón por la cual esta última sociedad se encuentra, respecto de las primeras, en la presunción contenida en el artículo 261, numeral 1, del C. de Co.

“Aunque basta que la sociedad se encuentre en una de las situaciones previstas en el artículo 261 del C. de Co. para que pueda ser declarada como subordinada, la Sala advierte que en el caso sub júdice también se presenta la causal contenida en el numeral 2 del citado artículo, dado que al tener la MATRIZ el 96.76% de las acciones de INDUSTRIAL HULLERA S.A. EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA, es apenas elemental concluir que dichas sociedades emiten los votos que constituyen la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o que tienen el número de votos necesarios para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva.

“Aunado a lo anterior, se encuentra la circunstancia de que las sociedades que conforman la matriz adquirieron el 99.20% de la producción de carbón de INDUSTRIAL HULLERA S.A. EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA durante el período comprendido entre 1995 y mayo de 1998, lo cual, a juicio de esta Corporación, es un hecho que materializa, como se dice en la Resolución 661-1333 de 24 de septiembre de 1999, la situación de control ejercida por COLTEJER S.A., FABRICATO S.A. y CEMENTOS EL CAIRO S.A. sobre la sociedad carbonífera”. (Las negrillas son del texto original)⁶⁸.

Y repite la doctrina que utilizó en la Sentencia SU-1023 de 2001, acerca de la responsabilidad transitoria de la sociedad matriz respecto de la filial, en el caso de los pasivos pensionales de la sociedad controlada:

(...)

La Corte Constitucional, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto con carácter definitivo, teniendo en cuenta que la Ley 222 de 1995 presume la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante. Para ello ha ordenado a

⁶⁸ Ibid. Sentencia SU-636 de julio 31 de 2003. M.P.: Jaime Araújo Rentería.

la entidad matriz que responda subsidiariamente, en la medida en que la sociedad subordinada incurra en cesación de pagos o no disponga de los dineros necesarios para cancelar oportunamente las obligaciones laborales, hasta por el ciento por ciento (100%) del valor de las mesadas pensionales, en atención al dinero que le falte al liquidador de la sociedad subordinada para efectuar oportunamente estos pagos.

La aplicación de este criterio, con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un orden justo consagrado en el preámbulo de la Constitución Política, en cuanto el mismo impone que la sociedad controlante, que se beneficia económicamente con el ejercicio del control, asuma las cargas en relación con terceras personas cuando la sociedad subordinada se encuentre en estado de insolvencia o de iliquidez por causa o con ocasión del mismo control⁶⁹.

Asimismo, esta sentencia ratificó que la sociedad matriz tenía una responsabilidad presunta de manera temporal, para proteger a los pensionados de la sociedad filial, mientras se esperaba el pronunciamiento de la justicia ordinaria, es decir, que ejecutó una acción de levantamiento de velo corporativo en la sociedad matriz, para hacerla responsable del pasivo pensional que la subsidiaria tenía, solo para este evento de protección a personas en circunstancia especiales (pensionados que vivían de su mesada); pero, no se pronunció sobre la responsabilidad patrimonial subsidiaria de las matrices. De todas formas muchos han considerado que estas dos sentencias (SU-1023 y SU-636) han traído una inestabilidad jurídica que no favorece la inversión extranjera, aunque se aclara que no se han dictado fallos de este tipo contra empresas extranjeras.

Cuadro 11. Línea Jurisprudencial

Pregunta: En una sociedad conformada por socios, ¿tienen estos la obligación de reconocer el pago de compromisos laborales que se originan a partir del objeto social que tienen la sociedad?	
Si, son responsables por mala fe en las sentencias siguientes:	Si, se encuentran comprometidos los socios por responsabilidad subsidiaria en vínculos laborales, por los que deben responder, en las sentencias siguientes:
Sentencia C-510 de 1997	Sentencia SU-1023 de 2001
Sentencia C-210 de 2000	Sentencia SU-636 de 2003
Sentencia C-865 de 2004	

Fuente: Las investigadoras

⁶⁹ Ibid.

Hubo dos respuestas en el tiempo analizado de las sentencias que se tomaron para realizar la línea jurisprudencial y en ambas se utiliza la teoría del levantamiento del velo corporativo, que debe ser usada con prudencia.

2.2 DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES ACERCA DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

El tema ha tenido desarrollo especialmente por vía jurisprudencial, sin embargo, no han sido coincidentes sino más bien diferentes en lo que se refiere a la aceptación de esta teoría. La autora Marcela Anzola Gil et al, expone varios casos relevantes al respecto⁷⁰:

a) Barcelona Traction

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en un laudo de 1970, discutió una solicitud de reparación del gobierno belga representando a la compañía Barcelona Traction Light and Power Company, Ltd., ante el gobierno español, ya que había sido nacionalizada por éste último. La CIJ rechazó la solicitud de Bélgica (la mayor parte de sus acciones pertenecían a personas belgas), al considerar que no tenía el *ius standi* (derecho de personarse – derecho de acceso ante un órgano jurisdiccional⁷¹), y destacó que los derechos de las sociedades son diferentes a los de sus propietarios: *“la Corte considera que la adopción de la teoría de proteger diplomáticamente a cada uno de los accionistas, abre la puerta a un clima de competición diplomática que podía crear una atmósfera de confusión y de inseguridad internacional en la relaciones económicas”*⁷². De todas maneras considera que solo en circunstancias especiales se puede hacer levantamiento del velo de una sociedad.

b) ELSI

Estados Unidos propietario de dos empresas: Raytheon Company y Machlett Laboratories que a su vez eran dueñas de la empresa italiana Raytheon-Elsi SpA (Elettronica Sicola SpA –ELSI) solicitó protección diplomática ante la CIJ contra Italia, argumentando que este país había violado el Tratado de Amistad, Comercio

⁷⁰ ANZOLA GIL. Op. Cit., p. 150-160

⁷¹ DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO ARGENTINA. Locuciones latinas. Disponible en Internet: <http://www.dipublico.com.ar/material-2/locuciones-latinas/> {Consulta: 15 junio de 2013}.

⁷² ANZOLA GIL. Op. Cit., p. 151.

y Navegación que habían suscrito estos dos países el 2 de febrero de 1948, por las medidas que había emprendido el gobierno italiano en contra de ésta. El Tribunal rechazó la reclamación porque no encontró que hubiese violación del tratado; sin embargo, no mencionó el *ius standi*, ya que las compañías americanas poseían el control total de la ELSI, esta circunstancia ha permitido concluir que de forma implícita aceptó el levantamiento del velo corporativo.

c) Soabi versus Senegal

La Corte Internacional de Justicia aceptó levantar el velo corporativo de una empresa que se encontraba registrada en Senegal basándose en el artículo 25 (2), (b) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); pero, esta empresa era controlada por una compañía panameña que a su vez era controlada por ciudadanos belgas y Panamá no era miembro de la Convención de Washington cuando ocurrió el consentimiento arbitral. El gobierno de Senegal objetó la jurisdicción porque Panamá no pertenecía al instrumento, ya que argumentó que Soabi estaba bajo control extranjero, que no era parte de esa Convención. De todas formas el Tribunal estableció el control efectivo y llegó hasta los accionistas mayoritarios. Tomando esta interpretación el panel no aceptó la objeción de jurisdicción de Senegal.

d) Wena Hotels Limited versus Arab Republic of Egypt

En este caso la Corte Internacional de Justicia no aceptó el levantamiento del velo corporativo. La controversia se presentó por un acuerdo entre las compañías Wena (Reino Unido) y la Egyptian Hotel Company (EHC – compañía egipcia) para administrar los hoteles Luxor y Nile. Hubo desacuerdos en la administración y Wena solicitó el arbitramento del CIADI por incumplimiento del Acuerdo para la Promoción y la Protección de inversiones suscrito entre el Reino Unido y Egipto, en 1975. El Tribunal aceptó que Wena era una empresa del Reino Unido y que cumplía con las condiciones del CIADI, pero no aceptó como se dijo al principio levantar el velo, es decir, llegar al socio dueño que era un egipcio.

e) CMS Gas Transmission Company versus Argentine Republic

CMS entabló una demanda contra la república de Argentina, basándose en el TBI suscrito entre Estados Unidos y Argentina en el año de 1991. CMS tenía una participación de aproximadamente el 30% en TNG una compañía que se encontraba incorporada en Argentina y que tenía una licencia para transportar gas. Encontrándose en la crisis económica de 1999, Argentina tomó una serie de medidas que causaron un gran impacto en las actividades de negocios y también violatorias de garantías que estaban en el TBI (Tratados Bilaterales de Inversión).

Argentina, objetó la jurisdicción afirmando que CMS era un socio minoritario y que carecía de *ius standi*. Pero, el Tribunal, consideró que no había argumento en el Derecho Internacional para no tomar en cuenta los derechos de los accionistas, así fuesen minoritarios, por lo que el Tribunal ordenó levantar el velo corporativo y procedió a declarar que era competente para conocer del caso.

f) Autopista concesionada de Venezuela CA (Aucoven) versus República Bolivariana de Venezuela

Aucoven pertenecía a Icatech Corporation de Estados Unidos y reclamó ante la CIADI como si fuese una empresa extranjera en Venezuela, esto a pesar de estar domiciliada en el ese país. Venezuela argumentó que la reclamación de Aucoven no debería hacerse frente a este organismo porque ésta carecía de competencia. Así que como en el artículo 25 de la CIADI no está bien especificado el control extranjero, entonces el panel concluyó que si tenía competencia en lo relacionado a la diferencia que había sido puesta en su consideración. No obstante, hizo las siguientes especificaciones:

No se deberá entender que esta conclusión constituye una declaración general a favor de una definición de control extranjero en el marco del artículo 25 (2), (b) en desmedro de otra. Esta decisión no refleja esa declaración u opinión. Se aplica a las disposiciones pertinentes a esta diferencia, es decir, a la cláusula 64 del contrato y el artículo 25 del Convenio del CIADI. Al hacerlo, aplica el criterio de control extranjero establecido por las partes, el cual, en opinión del tribunal, se encuentra dentro de los límites fijados en el artículo 25 del Convenio del CIADI⁷³.

g) Tokios Tokelés versus Ukraine

En este caso lo que se buscaba era determinar si Tokios Tokelés la empresa demandante que se encontraba establecida de acuerdo con las leyes de Lituania pero controlada en un 99% de las acciones por nacionales ucranianos, se podía considerar como un inversionista extranjero a la luz del artículo 25 de la Convención del CIADI y del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) suscrito entre Lituania y Ucrania en 1994.

Tokios Tokelés alegaba que determinadas medidas gubernamentales expedidas por las autoridades ucranianas afectaban una subsidiaria llamada Taky Spravy en la que se habían hecho inversiones y por tanto violaba los derechos garantizados en el tratado, por este motivo demandaba al gobierno de Ucrania ante el Centro.

⁷³ Ibid., p. 158.

Ucrania no aceptaba la competencia del CIADI con respecto a la demanda, argumentando que el 99% de los accionistas eran ciudadanos ucranianos, por consiguiente no se podía iniciar una demanda internacional en contra de su propio gobierno. Así, que solicitó que se levantara el velo corporativo con el fin de determinar la nacionalidad de los demandantes. El Tribunal tomó en cuenta que la empresa estaba constituida bajo las leyes de Lituania y afirmó que el levantamiento del velo corporativo únicamente se realizaba en casos excepcionales como cuando existe abuso de la personalidad legal, pero en este caso no ocurrió esta situación. Por lo que se conservó el velo corporativo para brindar protección a los inversionistas extranjeros.

3. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS), SOCIEDADES HOLDING Y MERCADO PÚBLICO DE VALORES

3.1 SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (SAS)

Estas sociedades fueron reguladas mediante la Ley 1258 de diciembre 5 de 2008, muy flexibles y fáciles de constituir, por ejemplo no se requiere la escritura pública, una definición exacta de su objeto social, entre otras. Entre sus principales características se cuentan:

La posibilidad de eliminar la pluralidad de socios como requisitos de asociación, salvo que sea una empresa de servicios públicos domiciliarios.

Las SAS serán sociedades eminentemente comerciales y sociedades de capital, y se constituirán y modificarán por documento privado.

La razón social podrá incluir los nombres de los accionistas personas naturales o jurídicas.

La sociedad es de duración indefinida y de capacidad ilimitada salvo que los estatutos dispongan otra cosa.

El capital social puede pagarse de cualquier manera sin exceder el término de dos años. Tendrá acciones ordinarias, privilegiadas, preferenciales, de goce, de industria, con voto simple, con dividendo fijo, las de pago (que son para honrar obligaciones contraídas) y cualquier otra.

Se pueden reconocer acciones con pluralidad de voto para que un accionista pueda tener más de un voto por acción.

Podrá limitarse la negociación de las acciones por diez años.

Existe una enorme flexibilidad en el manejo de asambleas de accionistas dado que se podrá sesionar por fuera del domicilio social y se permitirá para el quórum y la mayoría un solo accionista.

En cuanto a la organización de la sociedad, no es obligatoria la conformación de junta directiva ni el nombramiento de revisor fiscal, lo cual evidencia aún más la intención de privilegiar la autonomía de la voluntad sobre todos los demás aspectos del contrato social.

Los representantes legales actúan libremente y sin restricciones salvo las que se interpongan en el acto o contrato constitutivo.

Los accionistas podrán hacer acuerdos sobre cualquier tema relacionado con la estructura y funcionamiento de la sociedad.

La asamblea podrá deliberar con uno o varios accionistas que represente cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas.

En cuanto a la transformación, fusión y escisión, se seguirán las reglas de la ley 222 de 1995 respecto de las sociedades comerciales. La transformación de la sociedad podrá darse si se decide por unanimidad en Asamblea y ello constará en documento privado inscrito en la Cámara de Comercio.

La impugnación de decisiones podrá decidirse en tribunales de arbitramento.

Podrá constituirse como una nueva modalidad de sociedades de familia cerrada, donde se facilita el salto patrimonial y se pueda dar prioridad al control y liderazgo de los padres⁷⁴.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008, las SAS podrán constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, es decir, que puede tener un accionista único o un número ilimitado y si una vez constituida se aumenta o se reduce el número de accionistas, esto no es motivo para que haya disolución de la sociedad. Surge la personalidad jurídica con el registro constitutivo tal como lo establece el artículo 2º de la Ley mencionada (cámara de comercio del domicilio del lugar en el que está establecido el domicilio principal) y es importante que se ejerza el control de legalidad sobre el acto o contrato ya que esta personalidad jurídica es distinta de los accionistas. El documento debe ser privado y autenticado ante notario. Los socios que conforman una SAS tienen una responsabilidad limitada.

3.1.1 Limitación del riesgo como una ventaja para la SAS. La responsabilidad de los accionistas de la SAS está determinada por el valor de los respectivos aportes, limitándose por el dinero, bienes o trabajo cuando los accionistas firmaron los documentos de constitución o cuando adquirieron las acciones. También, si se presenta una quiebra de la sociedad, los socios perderán únicamente el valor de la inversión. Incluso la Corte Constitucional en la Sentencia C-865 de 2004, se refiere a la responsabilidad de los socios de la sociedad anónima como un factor importante para la economía, el derecho y el Estado, ya que la estabilidad permite generación de empleo, incremento de recursos fiscales, progreso en general, y ha manifestado: *“si las personas jurídica de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos, pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado”*⁷⁵.

⁷⁴ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Principales transformaciones del Derecho Mercantil en los últimos cuarenta años. Discurso de orden académico en la sesión extraordinaria del Colegio Máximo de las Academias. Bogotá, 22 de agosto de 2011. Disponible en Internet: http://www.acj.org.co/o/index.php?mod=documentos_academicos {Consulta: 15 junio de 2013}.

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Op. Cit., Sentencia C-865 de 2004.

Igualmente, con el fin de conseguir estímulos para crear negocios por medio de esta sociedad, en el artículo 1º de la Ley 1258 de 2008, se exoneró al o los accionistas de la SAS del cumplimiento de obligaciones laborales y tributarias que se encuentren a su cargo, excluyendo lo comprendido en el artículo 42 de esta misma ley. Esta excepción fue realizada por el legislador debido a los fallos de las Sentencias SU-1023 y SU-636 de la Corte Constitucional, jurisprudencia que había ordenado a los accionistas de sociedades matrices cancelar pasivos pensionales de las subordinadas en procesos concursales. Igualmente, se excluyó en el artículo 3º de la Ley, la responsabilidad de los socios de la SAS por obligaciones fiscales, ya que en relación a los tributos, se rigen por las reglas que se aplican a las sociedades anónimas, tal como lo señala la Sentencia C-210 de 2000:

(...)

Se justifica como quiera que la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad, sólo es aplicable a determinados tipos de agrupaciones societarias, en donde la característica personal es un elemento relevante, como quiera que el vínculo intuitu personae es la característica esencial de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada e inclusive de las acciones de carácter colectivo, en las que es posible identificar un relación de gestión; evento que no ocurre con las sociedades anónimas o por acciones, en donde el factor intuitu personae se desdibuja, a tal que la gran mayoría de accionistas virtualmente se encuentran separados de la dirección o administración de la compañía, conforme a las propias reglas del Código de Comercio e inclusive de sus propios estatutos fundacionales⁷⁶.

3.1.2 Extensión de la responsabilidad de los socios por medio de la desestimación de la personalidad jurídica (levantamiento del velo corporativo) en la SAS. Comprende cuatro posibilidades para que esta situación sea posible:

a. Objeto o causa ilícita en el acto o contrato

A la SAS se le aplica las disposiciones que manejan la sociedad anónima y las generales que se encuentran en el Código de Comercio (artículo 104) como lo señala el artículo 45 de la Ley 1258 de 2008, por lo que los accionistas responderán con su patrimonio si se presenta una ilicitud de causa u objeto en el contrato o acto constitutivo de la sociedad. Esta responsabilidad se desprende del inciso tercero del artículo 105 del Código de Comercio. La normativa solo permite que se conceda la personalidad jurídica societaria si es con causa y fines lícitos que es constituida. Si no existe esta licitud o es aparente la SAS no tendrá este privilegio y le será quitada la personalidad jurídica por medio de la declaración de

⁷⁶ Ibid. Sentencia C-210 de 2000.

nulidad absoluta del acto o contrato, por lo que los socios deberán responder: i) por el pasivo externo y ii) por los daños causados a terceros, esto significa que si es eliminado el ente jurídico, son los accionista los que tendrán que responder por la insolvencia de éste. En este caso la responsabilidad de los socios surgirá al momento de que haya la declaratoria de nulidad por la ilegalidad en los móviles o en las prestaciones a las que se obligaron, sin que haya mediado conocimiento o consentimiento expresado de alguna manera de parte de ellos⁷⁷.

b. Responsabilidad por el avalúo de bienes en especie aportados por la SAS

Como a las SAS se les aplica las disposiciones del Código de Comercio en lo que respecta a la sociedad anónima y las sociedades en general, en lo que se refiere al avalúo de bienes aportados en especie, el artículo 132 del Código de Comercio menciona que estos figuran como de la sociedad al momento de su constitución o con posterioridad. Por lo tanto, los accionistas son responsables solidarios por el avalúo de los bienes dados a la sociedad tal como lo indican los artículos 135 e inciso segundo del artículo 354 del Código de Comercio. Estas dos disposiciones se hicieron con el fin de que el valor de los bienes aportados en especie por los futuros socios sea un valor exacto y corresponda al verdadero capital de la sociedad. En este evento la personalidad jurídica no es eliminada, pero si existe una consagración legal de una obligación solidaria que se basa en la actuación de los accionistas cuando le dan un valor real a los bienes aportados que se ve reflejado en el patrimonio de la sociedad⁷⁸.

c. Responsabilidad del controlante en procesos de insolvencia o liquidación judicial

Cuando se presenta una situación de control (artículo 160 del Código de Comercio) en la que la subordinada es una SAS que está insolvente o en liquidación judicial, sus accionistas podrían entrar a responder de manera subsidiaria por las obligaciones contraídas por la sociedad, en el evento que se presenten los supuestos considerados en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, en otras palabras que la sociedad matriz responderá subsidiariamente por las obligaciones de la SAS. Pero, siempre y cuando los accionistas hayan provocado la situación concursal, serán responsables de las acreencias de la SAS cuando el patrimonio de la sociedad no es suficiente para pagar. Razón por la cual se ignora la separación patrimonial con la persona jurídica y a los accionistas se les puede imputar las deudas que adquirió la sociedad. Quien reclame podrá hacerlo

⁷⁷ ANZOLA GIL ET AL. Op. Cit., p. 242-243.

⁷⁸ Ibid., p. 243-245.

mediante un procedimiento abreviado en contra de los accionistas, y el juez de concurso estudiaría la actuación de sociedad matriz y ella deberá probar que la insolvencia o liquidación ocurrió por otra causa, ya que el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 señala una presunción según la cual la SAS se encontraría en situación concursal por las actuaciones emanadas del control⁷⁹.

d. Responsabilidad por la desmejora de la prenda común de los acreedores en trámites de insolvencia

De acuerdo con la doctrina especializada el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, establece una responsabilidad subsidiaria, puesto que si la garantía se deteriora por las conductas dolosas o culposas de sus destinatarios, ellos serán quienes respondan con su patrimonio por el pago del faltante del pasivo externo. Y esta disposición a pesar de ser anterior a la creación de la SAS, se le aplicaría a sus accionistas porque en el último inciso del artículo en mención, dice: "...sin consideración al tipo societario". Si un acreedor instaura una acción de responsabilidad en un proceso de insolvencia o de liquidación judicial a través de un proceso abreviado ante un juez de concurso, deberá probar todos los elementos característicos de ésta: daño, culpa o dolo y la relación de causalidad. Los acreedores no deberán probar una intención maliciosa de los accionistas de la SAS, puestos ellos podrán responder sencillamente por una acción negligente. Además, este supuesto legal no tiene como propósito eliminar la personalidad jurídica o desconocer el principio de limitación del riesgo, sino que es una norma de orden público que permite que se responsabilice a quien con su actuación cause un daño que no puede ser desconocida por los particulares en sus actos o contratos⁸⁰.

Por otro lado, el levantamiento del velo corporativo o denominado también descorrimiento del velo societario, es una figura cuyo objetivo es desconocer el sistema de limitación de responsabilidad de los socios en las sociedades de capital, con el objeto de sancionar a los socios que traspasan el ámbito lícito de actuación aprovechándose de la separación patrimonial entre ellos y la personalidad jurídica y así conseguir esquivar las normas imperativas o provocar perjuicios a terceros. En este sentido, el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 manifiesta que:

Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los

⁷⁹ Ibid., p. 245-246.

⁸⁰ Ibid., p. 246-247.

administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario⁸¹.

Cuando se evada la ley o se dañe a terceros, los accionistas de la SAS, se encuentran obligados a responder personalmente por las obligaciones que sus actos hayan provocado y los perjuicios derivados de ellos y serán los jueces los encargados de dilucidar si los accionistas se aprovecharon de la sociedad para llevar a cabo su engaño. Entre las hipótesis de engaño se encuentran: “constitución de la sociedad para distraer bienes de la sociedad conyugal, escaparse de obligaciones, esconder bienes de los acreedores, eludir el cumplimiento de un contrato, concretar el fraude pauliano y evadir el cumplimiento de normas de orden público (como las tributarias, las que regulan la masa herencial, las de derecho de la competencia, etc.)”⁸². También, cuando se hacen cadenas de sociedades (la SAS es la única accionista de otra y ésta a su vez es socia única de otra), la SAS no las prohíbe, pero en algunos casos son utilizadas para cometer fraudes. Tampoco, la SAS impide que se celebren contratos entre el accionista único y la SAS, pero si esto ocurre deberá analizarse si este negocio fue realizado con la intención de engañar a terceros.

Si se demuestra que la SAS fue utilizada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, trae consecuencias tales como⁸³:

- Se desconoce la responsabilidad limitada de los accionistas, pero la personalidad jurídica de la SAS permanece, es decir, puede continuar con el normal desarrollo de sus obligaciones.

⁸¹ COLOMBIA. Op. Cit. Ley 1116 de 2006. Artículo 42.

⁸² Ibid., p. 250.

⁸³ Ibid., p. 253-254.

- Los actos fraudulentos pueden ser declarados nulos y mediante un procedimiento verbal sumario se adelantará la declaratoria de nulidad ante la Superintendencia de Sociedades.
- Los accionistas que hayan llevado a cabo o facilitado la práctica de actos defraudatorios serán responsables de manera solidaria por las obligaciones que surjan de éstos, y el juez analizará cada caso. Por ejemplo, los accionistas serán responsables cuando se distribuyan utilidades que no se usaron para cubrir las pérdidas de ejercicios anteriores que afectaban el capital, debiendo el juez, revisar si la asamblea general de la SAS conserva la función de repartir los dividendos. Pero, en el evento de que si existieran los recursos para pagar a los acreedores y el pago no se realizó, se deberá investigar es a los administradores, igualmente si estos efectúan operaciones ilícitas, sin el conocimiento de los accionistas.
- La acción indemnizatoria es un incentivo importante para conseguir el pago de los perjuicios, puesto que impide que los afectados deban acudir a procedimientos ordinarios, que suelen ser largos, engorrosos, lentos, costosos, bien sea utilizando la acción de la simulación, responsabilidad por el hecho ilícito, pauliana o abuso en el ejercicio del derecho de limitación patrimonial.

3.2 SOCIEDADES HOLDING

3.2.1 Concepto de holding. En los tiempos modernos la figura comercial del holding se ha venido utilizando mucho, no se encuentra contemplada en la legislación comercial de Colombia (Código de Comercio) ni tampoco los grupos económicos; sin embargo, se ha extendido especialmente en ciertos sectores de la economía o del mercado. En un concepto de la Superintendencia de Sociedades la ha definido como “*una organización económica que controla una serie de compañías que le garantizan un control sobre los diferentes factores de un mercado*”⁸⁴. Esta palabra inglesa, se refiere a una empresa que controla a otras, al comprarlas todas o una gran parte de sus acciones. Y el exalcalde Jaime Castro define el holding como: “una sociedad financiera constituida, básicamente, con las acciones y participaciones que posee en otras sociedades. Quienes lo integran forman un conglomerado empresarial, establecen relaciones económicas, financieras o administrativas y adquieren el carácter de sociedades subordinadas

⁸⁴ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Concepto 115-085357 de septiembre 17 de 2010. GERENCIA.COM. Definición de holding. Disponible en Internet: <http://www.gerencie.com/definicion-de-holding.html> {Consulta: 24 mayo de 2013}.

o vinculadas a una casa matriz. Cada una de ellas conserva su identidad y personería propia”⁸⁵.

En este orden de ideas, la legislación comercial en el país, contempla solamente los grupos empresariales, definidos en la Ley 222 de 1995, en el artículo 28:

GRUPO EMPRESARIAL. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.

Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan⁸⁶.

Aunque no aparece en la legislación comercial la Holding como tal, se pueden crear con la asimilación que se encuentra, que es el grupo empresarial. Estas sociedades pueden fundarse por medio de bancos y otras entidades financieras, o por patrimonios de familia o por empresas estatales, entre otras, es decir, que son aplicables a todo tipo de empresas y sectores económicos.

3.2.2 La tipicidad societaria y la responsabilidad limitada en los grupos económicos. La responsabilidad limitada tiene como función entregar la delimitación entre las distintas líneas de un negocio, lo que facilita para obtener más fácilmente crédito para las distintas unidades que conforman el grupo empresarial. Esta limitación también permite que haya una diversificación de los distintos socios o accionistas, que incluye la cabeza del grupo, para así tener un mejor desarrollo económico.

Ahora bien, la responsabilidad limitada tiene una relación muy cercana con el principio de tipicidad, es decir, que la responsabilidad de los socios o accionistas va de acuerdo con la clase de sociedad constituida. Por este motivo en algunos

⁸⁵ CASTRO, Jaime. Las consecuencias de unir los servicios públicos en un ‘holding’. Enero 31 de 2012. Disponible en Internet: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11040762.html {Consulta: 24 mayo de 2013}.

⁸⁶ COLOMBIA. Op. Cit. Ley 222 de diciembre 20 de 2013. Artículo 28.

eventos se establece una responsabilidad solidaria y de acuerdo con la doctrina nacional un juez o tribunal puede hacer responder a un socio o accionista y en particular a una sociedad cabeza de un grupo empresarial, que no haya respetado las normas que son aplicables a los tipos de sociedad que están subordinados a ella.

3.2.3 Responsabilidad de la sociedad en cabeza de grupo. La responsabilidad del grupo empresarial se examinará tomando en cuenta dos importantes factores:

(...)

El primero, consistente en determinar si la sociedad *holding* es o no socio o accionista de sus subordinadas, y el segundo, en caso de tener dicha calidad, derivar el régimen de responsabilidad del tipo de sociedad que tengan las subordinadas y llamar a responder de conformidad.

Otra es la situación cuando no media participación de la sociedad cabeza de grupo en el capital de las sociedades filiales y subsidiarias, pues en dichos casos la responsabilidad de la primera no podrá derivarse del tipo o clase de sociedad que tengan las segundas, y es aquí donde pareciera que la doctrina del *Disregard of Legal Entity* podría tener algún valor, sin dejar de lado la posibilidad de que se apliquen las normas sobre responsabilidad de los administradores cuando la sociedad cabeza de grupo tiene una incidencia, formal o no, en la gestión de los negocios sociales de las subordinadas⁸⁷.

3.2.4 Elementos de la existencia del grupo empresarial. Existen dos posiciones al respecto: i) la subordinación como elemento constitutivo o ii) como elemento único la dirección por parte de la sociedad cabeza de grupo. El derecho positivo nacional acogió la subordinación, además la unidad de propósito y la dirección, por lo que así el grupo empresarial tendrá unas consecuencias jurídicas propias, por lo que éste sería un conjunto de personas jurídicas de distinta naturaleza, autónomas e independientes que son subordinadas a una dirección practicada por la sociedad cabeza de grupo. Con la Ley 222 de 1995, el legislador aceptó la existencia del grupo empresarial con una dualidad: “*unidad económica y pluralidad jurídica en el sentido de que se está ante una empresa jurídicamente plural que es gobernada de manera coordinada y unitaria por una sociedad holding o cabeza de grupo*”⁸⁸. Comprende:

⁸⁷ CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés. Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad Holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana. En: Revista de Derecho Privado. No. 10, 2006. P. 51-101. Disponible en Internet: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/article/viewFile/584/551> {Consulta: 28 julio de 2012}.

⁸⁸ Ibid.

a) Subordinación o control

Para que exista el grupo empresarial como tal, debe haber una subordinación que le permita al sujeto que controla realizar una influencia dominante sobre cualquier tipo de persona jurídica con la posibilidad de entrar en el gobierno de la subordinada

b) Unidad de propósito y dirección

En la empresa de grupo el control o subordinación de las sociedades que pertenecen a ella, existe una relación de control entre la cabeza de grupo y las subordinadas con una unidad de propósito y dirección bajo lo cual todas persiguen un interés común, aprovechando de la mejor manera posible los principios del derecho de sociedades formulados en la tipicidad, la responsabilidad limitada y la personalidad jurídica que conllevan responsabilidades independientes e individuales. La unidad de propósito y dirección comprende:

- Responsabilidad de la sociedad holding

Al ejercer la cabeza de grupo la unidad de propósito y dirección, utilizar los principios de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada, le permite al holding gobernar el grupo, así que el grupo empresarial consigue objetivos que una estructura monosocietario no logra, tales como:

(...)

La utilización de los signos distintivos y en general de la propiedad intelectual al interno de la Empresa; la posibilidad de que cada unidad represente un sujeto de derecho con su propia responsabilidad y, lo que es más importante, la limitación de la responsabilidad del sujeto dominante o de quienes invierten en las subordinadas que se dedican a una actividad específica; la especialización de los administradores de cada una de las entidades; la dialéctica entre sujeción e independencia existente entre los administradores de la *holding* y de las subordinadas; la inexistencia, en principio, de un nexo entre quienes operan en diferentes mercados generando incomunicación de dificultades, etc.

... y una ventaja clave: el ejercicio de la unidad de propósito y dirección por parte de la sociedad cabeza de grupo implica, necesariamente, su injerencia en la vida de las compañías subordinadas, siendo posible predicar que estamos vulnerando normas fundamentales del tradicional derecho de sociedades: la especificidad del objeto social y el respeto por el interés de las controladas⁸⁹.

⁸⁹ Ibid.

- Levantamiento del velo corporativo o “Disregard of Legal Entity”

Esta teoría se aplica cuando la ley o el juez pueden verificar que hay una injerencia de la sociedad cabeza de grupo sobre una o varias subordinadas de tal manera que se puede llegar a pensar que existe un simulacro o un fraude. Esto es “...del no reconocimiento, total o parcial, del principio de alteridad subjetiva contenido en el inciso 2º del artículo 98 del Código de Comercio y por esa vía se imputará a la matriz relaciones jurídicas que en principio se entienden contraídas exclusivamente por la sociedad-personas jurídica subordinada”⁹⁰. El levantamiento del velo se convierte en una dura sanción, puesto que se está desconociendo total o parcialmente la personalidad jurídica societaria de una o varias subordinadas, para hacer responsable a la cabeza de grupo de las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes; por ejemplo, puede suceder que la holding haya utilizado el patrimonio de las subordinadas como si fuese exclusivo de ella, no respetando el hecho de que son sociedades con personalidades jurídicas independientes o que sean los problemas de las subsidiarias por los que deba responder la cabeza del grupo.

3.2.5 Responsabilidad contractual de la sociedad. Se refiere a la responsabilidad de la matriz por las obligaciones contraídas por sus subordinadas teniendo como razón el contrato de sociedad que celebraron, lo que atribuye por anticipado que la responsabilidad contractual se aplica en los grupos en los que el control y la subordinación se basa en la calidad de socio o accionistas de la sociedad cabeza de grupo, en otras palabras, de acuerdo con el tipo de sociedad escogido por las subordinadas en los contratos que las originaron, la matriz asume una responsabilidad establecida en lo concerniente a las obligaciones de las subsidiarias y filiales lo que indudablemente lleva al reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad.

3.2.6 Responsabilidad aquiliana de la sociedad cabeza de grupo. Esta responsabilidad en la sociedad cabeza de grupo es aplicable a cualquier sociedad matriz bien sea accionista o socia de sus subordinadas probando en el proceso respectivo los elementos contempladas en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil. Específicamente el artículo 2341 señala: “*RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*”⁹¹. Utilizando estos artículos del Código Civil, cualquier persona, acreedor voluntario o involuntario puede buscar

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ CÓDIGO CIVIL. Artículo 2341, p. 486.

que se haga responsable a una sociedad matriz sin necesidad de utilizar por ejemplo el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006 y sin que pruebe que la subordinada esté sometida a concurso, solo necesitará probar los elementos de responsabilidad contemplados en los artículos mencionados del Código Civil.

Finalmente, en el Oficio 125-036406 de 2001 de la Superintendencia de Sociedades, dice que en la legislación colombiana no se encuentra consagrada una definición de holding, pero que en el medio mercantil esta expresión se utiliza para referirse a: "*i) sociedades controlantes, es decir, aquellas que ejercen el control sobre otras sociedades; ii) sociedades de inversión, cuyo objeto es la colocación de las propias disponibilidades en títulos de distintas compañías para obtener beneficios; iii) grupos empresariales económicos y iv) sociedades vinculadas mediante contratos de colaboración empresarial*"⁹². También, en este mismo oficio en lo concerniente a las sociedades holding se expresa en los términos siguientes:

En consecuencia, el concepto tradicional de holding corresponde a la noción de matriz o controlante, que en los términos de la Ley 222 de 1995 se refiere no sólo a la sociedad que controla, sino se hace extensivo también a las personas naturales y a las personas jurídicas de naturaleza no societaria que ejercen el control societario. Es así como el artículo 26 de la citada ley establece:

"Art. 26. Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria."

Igualmente, de acuerdo a los supuestos consagrados en el artículo 27 de la mencionada ley, el control no sólo se configura por la participación mayoritaria, sino que también puede presentarse el control sin participación, en donde lo fundamental es el ejercicio de influencia dominante en la dirección de la empresa. Una de las formas de esta modalidad es la que la doctrina reconoce como "subordinación contractual", es decir, cuando es en virtud de un acto o negocio que se produce el control.

En el sector financiero se mencionan las "one bank holding companies" y las "multibank holding companies", siendo las primeras las que poseen el control de las acciones de un solo banco y que pueden actuar a través de subsidiarias en actividades diferentes a la banca, y las últimas, las que poseen las acciones de dos o más bancos⁹³.

⁹² SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio. 125-036406 de agosto 31 de 2001. Disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=muestra&id_pag=24445&t=1 {Consulta: 24 mayo de 2013}.

⁹³ Ibid.

3.3 APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN EL MERCADO PÚBLICO DE VALORES DE COLOMBIA

En el mercado público de valores el principio estructural de la seguridad en éste, es la transparencia, además de un correcto desempeño. Este principio se ha manifestado de la siguiente manera en la legislación de Colombia en lo concerniente al mercado público de valores:

3.3.1 Concepto de beneficiario real. Según la Superintendencia de Valores, en el artículo 1.2.1.3 de la Resolución Número 400 de 1995 (ya citado en el primer capítulo de este trabajo), lo define como:

Cualquier persona o grupo de personas que, directa o indirectamente, por sí misma o a través de interpuesta persona, por virtud de contrato, convenio o de cualquier otra manera, tenga respecto de una acción de una sociedad, o pueda llegar a tener, por ser propietario de bonos obligatoriamente convertibles en acciones, capacidad decisoria; esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivas o representantes o, de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación o gravamen de la acción.

Para los efectos de la presente resolución, conforman un mismo beneficiario real los cónyuges o compañeros permanentes y los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, salvo que se demuestre que actúan con intereses económicos independientes, circunstancia que podrá ser declarada mediante la gravedad de juramento ante la Superintendencia de Valores con fines exclusivamente probatorios.

Igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas.

Parágrafo.- Una persona o grupo de personas se considera beneficiaria real de una acción si tiene derecho para hacerse a su propiedad con ocasión del ejercicio de un derecho proveniente de una garantía o de un pacto de recompra o de un negocio fiduciario o cualquier otro pacto que produzca efectos similares, salvo que los mismos no confieran derechos políticos (2.2.5.37.)⁹⁴.

La noción anterior se encuentra se encuentra sujeta a la capacidad de decisión que puede tener o llegue a tener una persona o grupo de personas en lo que atañe a una acción de una sociedad. Por consiguiente, para proteger al mercado

⁹⁴ COLOMBIA. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Superintendencia de Valores. Resolución Número 400 de mayo 22 de 1995. Artículo 1.2.1.3, p. 29-30. Disponible en Internet: www.amvcolombia.org.co/.../Resolucion%20400%20de%201995%20-%20... {Consulta: 1º junio de 2013}.

de concentraciones no reveladas y operaciones no claras, el legislador instituyó el concepto de beneficiario real, con el fin de establecer la contribución de capital de un socio en una determinada sociedad o sociedades; y entre los elementos que hacen parte del beneficiario real se encuentran⁹⁵:

1) El concepto de beneficiario real como límite a la adquisición de acciones

Las normas que regulan las Ofertas Públicas de Adquisición (OPA) se constituyen en el limitante para obtener acciones en el mercado público de valores. El artículo 1.2.5.6 de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, señala una serie de condiciones que debe cumplir toda persona o grupo para adquirir acciones por medio de una OPA. También, el artículo 1.2.5.7 de la misma resolución estableció otra limitante en lo que respecta al aviso de oferta que debe llenar unos requisitos, igual sucede con los artículos 1.2.5.3. y 1.2.5.4 que establece un valor tope realizándose a través de módulos o sistemas transaccionales y que en cuanto a ceder bonos o acciones para un mismo beneficiario real no necesita realizar el procedimiento de la oferta, respectivamente. Lo anterior muestra que el concepto de beneficiario real se encuentra unido al levantamiento del velo, convirtiéndose en un limitante de carácter objetivo para el perfeccionamiento de transacciones estipuladas en el mercado de valores.

2) Limitación a los representantes de tenedores de bonos

El artículo 1.2.4.4, numeral 3) de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, estableció una limitante para los representantes de tenedores de bonos apoyada en el concepto de beneficiario real: "*beneficiario real de más del diez por ciento del capital social de la entidad emisora o que ésta sea beneficiaria real del diez por ciento (10%) o más de su capital*"⁹⁶.

3) Limitante para el desarrollo de los martillos o remates de acciones

En la Resolución 1200 de diciembre 22 de 1995, en el artículo 3.2.3.6 se indica que en cualquiera de las etapas del remate las acciones se adjudicarán a aquellos que presenten ofertas inferiores de compra al número establecido de venta y no podrá superior al 5% del total de las acciones objeto de martillo. Esto con el fin de

⁹⁵ ANZOLA GIL ET AL. Op. Cit., p. 271.

⁹⁶ RESOLUCIÓN 400 DE 1995. Op. Cit., artículo 1.2.4.4, numeral 3).

que un mismo beneficiario real se presente por medio de varios delegados a ofertar⁹⁷.

4) Fondos de valores y Fondos de Inversión

En lo que respecta a los fondos de valores y fondos de inversión catalogados por la Resolución 400 de 1995 como mecanismos de captación y administración de recursos del público, en el artículo 2.4.3.13, se estableció un limitante a los fondos abiertos:

Art. 2.4.3.13. *Adicionado. Res. 70 de 2001, art. 1º. Limitación a la participación.* Sin perjuicio de la posibilidad de establecer límites más restrictivos por parte de la respectiva sociedad administradora, tratándose de fondos abiertos ésta no podrá aceptar que cualquiera de los suscriptores posea directamente más del diez por ciento (10%) de los derechos del fondo, excepto que se trate de su propia participación, a la que será aplicable el límite de que trata el numeral 14 del artículo 2.4.6.12 de la presente resolución. Tampoco podrá un suscriptor poseer más del veinte por ciento (20%) de los derechos del fondo en concurso con su cónyuge o con su compañero permanente, sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil o con sociedades de las cuales sea beneficiario real de más del veinticinco por ciento del capital social⁹⁸.

5) Reglas de conducta aplicada a las sociedades de valores

En la Resolución 1200 de 1995 en el Capítulo Tercero, es todo un capítulo dedicado a reglas de conducta a seguir por los comisionistas de valores, y un limitante en el artículo 1.1.3.6 literal b) que dice así:

Para el caso de sociedades comisionistas de bolsa, salvo que sean accionistas o empleados de la sociedad que no tengan el carácter de administradores, no podrán ser beneficiarios reales y, por tanto, deberán abstenerse de negociar por cuenta propia, directamente o por interpuesta persona, acciones inscritas en bolsa, exceptuando aquellas que se reciban a título de herencia o legado o cuando la Superintendencia de Valores, tratándose de acciones adquiridas con anterioridad al respectivo nombramiento, autorice su venta⁹⁹.

⁹⁷ COLOMBIA. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Superintendencia de Valores. Resolución Número 1200 de diciembre 22 de 1995. Artículo 3.2.3.6. Disponible en Internet: <http://www.superfinanciera.gov.co/boletin/re120095.htm> {Consulta: 1º junio de 2013}.

⁹⁸ RESOLUCIÓN 400 DE 1995, Op. Cit., artículo 2.4.3.13, p. 186.

⁹⁹ RESOLUCIÓN 1200 DE 1995. Op. Cit., artículo 1.1.3.6 literal b).

Esta regla se presenta, porque existe evidentemente un conflicto de intereses entre negociar acciones de otras personas (clientes) y las propias.

4. CONCLUSIONES

- El origen de la doctrina del velo corporativo se encuentra en los tribunales norteamericanos para evitar abusos de la personalidad jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada en situaciones específicas y así dictar una sentencia justa, pero sin anular la sociedad como tal. Especialmente en circunstancias tales como: “a) operaciones con el socio controlador, b) violación de formalidades legales y estatutarias, c) confusión de activos y negocios, d) restablecimiento de la equidad, e) fraude a los socios o acreedores y f) infracapitalización”¹⁰⁰.
- La teoría del levantamiento del velo corporativo es aplicada con una medida que evita que el beneficiario oculto ejecute conductas abusivas que atentan contra el derecho y los intereses de terceras personas, escondiéndose en la figura de la persona jurídica societaria y deberá aplicarse solo en los casos específicos en los que se puede confirmar que la personalidad jurídica fue utilizada para dañar a terceros.
- El levantamiento del velo corporativo se presentan en sociedades como las empresas unipersonales, las sociedades por acciones simplificadas, las sociedades subordinadas que estén en insolvencia o liquidación de acuerdo con las condiciones que señala el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, en las sociedades sometidas a liquidación de acuerdo a la situación que expone el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006, entre otras.
- El levantamiento del velo corporativo es un procedimiento excepcional cuando hay abuso del derecho, fraude a la ley, enriquecimiento sin justa causa, la administración permite que bajo su responsabilidad se dañe a los accionistas y terceros, pero que no debe generalizarse, porque llevaría a la destrucción de la personalidad jurídica en las sociedades en las que se puede aplicar; sin embargo, se debe tener unas razones específicas y graves para que el juez admita estos criterios y rasgue el velo.
- En el ámbito internacional países como Estados Unidos, Francia, Alemania, España, Argentina, Costa Rica, Chile, Perú, Venezuela entre otros, en sus ordenamientos jurídicos han establecido la teoría del levantamiento del velo

¹⁰⁰ ANZOLA GIL ET ALT. Op. Cit., p. 395.

corporativo con el fin de evitar abusos de las personas jurídicas de una sociedad, y poder atribuirle la responsabilidad a los socios por actos abusivos en contra de la ley y terceros cometidos por ellos al amparo de la personalidad jurídica. Ha sido desarrollada especialmente con jurisprudencia.

- En Colombia, la separación patrimonial de los socios y la personalidad jurídica de la sociedad, no es absoluta ya que en ciertos eventos la legislación lo permite y la jurisprudencia constitucional han aceptado que la responsabilidad de los socios se vea implicada frente a terceras personas cuando el patrimonio de la sociedad no basta para el pago de los pasivos sociales.
- El levantamiento del velo corporativo en la SAS se lleva a cabo en casos específicos teniendo como fuente la ley, el contrato o el uso fraudulento de la personalidad jurídica. Existen dos conductas especialmente por las que pueden reclamar los afectados: la posibilidad de eliminar los actos fraudulentos que fueron cometidos por los accionistas sirviéndose de la personalidad jurídica societaria y la acción de indemnización por los daños ocasionados, los que pueden ser resueltos por la Superintendencia de Sociedades de forma rápida e inmediata.
- En la línea jurisprudencial se hizo la pregunta: En una sociedad conformada por socios, ¿tienen estos la obligación de reconocer el pago de compromisos laborales que se originan a partir del objeto social que tienen la sociedad? Hubo dos respuestas, en una respuesta se responsabilizaban los socios por mala fe: Sentencia C-510 de 1997, Sentencia C-210 de 2010 y C-865 de 2004. En la segunda, por responsabilidad subsidiaria los socios debían responder por los vínculos laborales: Sentencia SU-1023 de 2001 y Sentencia SU-636 de 2003.
- En el caso de las sociedades holding responden por la unidad de propósito y dirección que vincula las subordinadas con ellas, cuando se aplica la teoría del levantamiento del velo corporativo.
- En el mercado público de valores, el levantamiento del velo corporativo se realiza con el fin de otorgar una publicidad amplia y transparente a unos actos que expresamente se desarrollan en el mercado público de valores. Además, que la aplicación de esta figura se hace cuando existe un abuso del derecho que tiene toda persona a la intimidad personal, para proceder a engañar al Estado.

- Los principales casos de levantamiento del velo corporativo en Colombia, se han presentado en sentencias de la Corte Constitucional más no de la justicia ordinaria y las órdenes impartidas a las matrices se realizaron por vía de tutela (Sentencias SU-1023 de 2001 y SU-636 de 2003), ya que cuando se liquidan sociedades se pueden afectar derechos de las personas especialmente en un mínimo vital y la protección que se les brinda a los accionistas no justifica que haya indiferencia frente a crisis sociales.
- La Ley 1116 de 2006 precisó la competencia de la Superintendencia de Sociedades para conocer de casos en los eventos de liquidación de sociedades y un juicio abreviado, que permite una mayor agilidad en procesos de responsabilidad.
- En Colombia, la teoría del levantamiento del velo corporativo ha sido aplicada especialmente partiendo de material legislativo existente, como por ejemplo: artículo 44 de la Ley 190 de 1995, artículo 71, párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, artículos 61 y 82 de la Ley 1116 de 2006, artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, lo que quiere decir que cada una de estas disposiciones permitió la aplicación de la teoría como ha ocurrido con la jurisprudencia.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA G. Alfonso, MELLA B., Juan Antonio y FUENZALIDA, Pablo. Teoría del Levantamiento del Velo Corporativo. Explicaciones generales y aplicación práctica en Chile. Disponible en Internet: <https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D127D0765/5/.../52448> {Consulta: 4 agosto de 2012}.

ANTEZANA, Jonathan. Concepto de las sociedades comerciales y su importancia en la historia. Agosto 4 de 2009. Disponible en Internet: <http://negocios-en.blogspot.com/2009/08/concepto-de-las-sociedades-comerciales.html> {Consulta: 7 julio de 2012}.

ANZOLA GIL, Marcela *et al.* Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad del Rosario. Primera edición. Mayo de 2010. ISBN: 978-958-738-115-3.

CANTILLO, María Laura; CASTILLA, Juan Carlos y MURGAS, Alfonso A. Línea jurisprudencial sobre la aplicación del velo corporativo. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, abril 16 de 2007. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/levantamiento_veto.pdf {Consulta: 21 julio de 2012}.

CASTRO, Jaime. Las consecuencias de unir los servicios públicos en un 'holding'. Enero 31 de 2012. Disponible en Internet: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11040762.html {Consulta: 24 mayo de 2013}.

CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés. Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad Holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana. En: Revista de Derecho Privado. No. 10, 2006. P. 51-101. Disponible en Internet: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/article/viewFile/584/551> {Consulta: 28 julio de 2012}.

CÓDIGO CIVIL DE COLOMBIA. Artículo 633, p. 213.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. Artículo 91, p. 15.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 80 de octubre 28 de 1993. Artículo 8º, numeral 1º, literal i).

_____. Congreso de la República. Ley 142 de julio 11 de 1994. Artículo 37.

_____. Ley 190 de 1995 – Ley anticorrupción. Artículo 190.

_____. Ley 222 de diciembre 20 de 1995. Artículo 71.

_____. Ley 1116 de diciembre 27 de 2006. Artículos 61 y 82.

COLOMBIA. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Superintendencia de Valores. Resolución Número 400 de mayo 22 de 1995. Artículo 1.2.1.3, p. 29-30. Disponible en Internet: www.amvcolombia.org.co/.../Resolucion%20400%20de%201995%20-%20... {Consulta: 1º junio de 2013}.

_____. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Superintendencia de Valores. Resolución Número 1200 de diciembre 22 de 1995. Artículo 3.2.3.6. Disponible en Internet: <http://www.superfinanciera.gov.co/boletin/re120095.htm> {Consulta: 1º junio de 2013}.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de Consulta y Servicio Civil. Mayo 17 de 2001. Radicación número 1346. C.P.: César Hoyos Salazar.

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Esta versión corresponde a la segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 14, p. 12. Disponible en Internet: <http://sabanadesanangel-magdalena.gov.co/apc-aa-files/61386235613738616336626465383563/constitucion-politica-actualizada-a-marzo-de-2012.pdf> {Consulta: 11 mayo de 2013}.

CÓRDOBA ACOSTA, Pablo Andrés. Derecho de sociedades, derecho común y responsabilidad de la sociedad Holding. Levantamiento del velo corporativo. Responsabilidad contractual y aquiliana. En: Revista de Derecho Privado. No. 10, 2006. P. 51-101. Disponible en Internet: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/article/viewFile/584/551> {Consulta: 28 julio de 2012}.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-265 de junio 2 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-339 de julio 17 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-458 de septiembre 23 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-510 de octubre 9 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia T-014 de enero 21 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia SU-1023 de septiembre 26 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-865 de septiembre 7 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia SU-636 de julio 31 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería; Sentencia C-716 de agosto 23 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-790 de octubre 20 de 2011. M.P.: Nelson Pinilla Pinilla.

CUBILLOS GARZÓN, Camilo. Comentarios en torno al allanamiento de la personalidad jurídica en las Sociedades por Acciones Simplificadas. En: Revista e-Mercatoria. Volumen 8, Nº. 2. Diciembre 4 de 2009. Disponible en Internet: http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=3133573 {Consulta: 16 junio de 2012}.

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO ARGENTINA. Locuciones latinas. Disponible en Internet: <http://www.dipublico.com.ar/material-2/locuciones-latinas/> {Consulta: 15 junio de 2013}.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje. Septiembre de 2004. Disponible en Internet: <http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafaa.htm> {Consulta: 10 mayo de 2013}.

GARROTE CRUZ, Diana Patricia y LOVERA DÍAZ, Andrea Catalina. Línea jurisprudencial sobre el levantamiento del velo corporativo de las sociedades comerciales. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_comercial/jurisprudencias/trabajo_juris_final.pdf {Consulta: 4 agosto de 2012}.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN. Levantamiento del velo. Disponible en Internet: http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/grupo_investigacion/linea_jurisprudencial_levantamiento_velo.pdf {Consulta: 7 junio de 2013}.

JIMÉNEZ SALAS, Simón. La doctrina del Velo Corporativo. Disponible en Internet: www.ilustrados.com {Consulta: 16 junio de 2012}.

OBANDO PÉREZ, Roberto. Una visión dual de la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Agosto 8 de 2008. P. 159-190. Disponible en Internet: http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/25/r25_10.pdf {Consulta: 6 agosto de 2012}.

RCN LA RADIO. Contraloría General pidió el levantamiento del velo corporativo a las compañías de los Nule. Disponible en Internet: <http://www.rcnradio.com/node/71026#ixzz24K2CuhSD> {Consulta: 20 julio de 2012}.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Principales transformaciones del Derecho Mercantil en sus últimos cuarenta años. Bogotá, agosto 22 de 2011. Disponible en Internet: http://www.acj.org.co/o/index.php?mod=documentos_academicos {Consulta: 6 agosto de 2012}.

RUOTI, Nora. De las sociedades legisladas en el Código Civil y otras disposiciones aplicables a personas físicas. Paraguay. Disponible en Internet: http://www.ruoti.com.py/v2/emprendimientos/guia-invers_8.php {Consulta: 11 mayo de 2013}.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Colombia. Concepto 220-51821 de octubre 6 de 2004. Levantamiento del velo corporativo. Disponible en Internet: www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/doct/ss_51821_04.doc {Consulta: 1º junio de 2013}.

_____. Concepto 220-039930 de agosto 15 de 2007. Disponible en Internet: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=45&id=27432&m=td&a=td&d=depend> {Consulta: 22 de junio de 2012}.

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Colombia. Concepto 115-085357 de septiembre 17 de 2010. GERENCIA.COM. Definición de holding. Disponible en Internet: <http://www.gerencie.com/definicion-de-holding.html> {Consulta: 24 mayo de 2013}.

_____. Concepto 220-171379 de diciembre 19 de 2011. Disponible en Internet: <http://www.fenalco.com.co/contenido/2444> {Consulta: 22 junio de 2012}.

_____. Oficio. 125-036406 de agosto 31 de 2001. Disponible en: http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=muestra&id_pag=24445&t=1 {Consulta: 24 mayo de 2013}.

VILLEDA VILLEDA, Alida de María. El levantamiento del velo corporativo en las sociedades anónimas, una herramienta legal para contrarrestar el abuso en la utilización de la personalidad jurídica. Trabajo de grado. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Julio de 2006. 118 p. Disponible en Internet: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_5702.pdf {Consulta: 21 julio de 2012}.