

**EL DESCORRIMIENTO DEL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD EN LAS
SOCIEDADES COMERCIALES**



MARÍA CAROLINA CASTRO PEÑUELA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ, D.C.**

2013

**EL DESCORRIMIENTO DEL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD EN LAS
SOCIEDADES COMERCIALES**



María Carolina Castro Peñuela

**MONOGRAFÍA DE GRADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE
Especialista en Derecho Comercial**

Asesor

Álvaro Hernando Sánchez Hurtado

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Especialización en Derecho Comercial**

Bogotá, D.C.

2013

A mi familia

TABLA DE CONTENIDO

	PAG
INTRODUCCIÓN	6
1. MARCO TEORÍCO	7
1.1. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO	7
1.1.1. Definición en sentido amplio y restringido	7
1.1.2. Definición técnica	8
1.2 MOTIVOS DE AUGE	8
2 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE	9
2.1 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA SU 636 DE 2003	9
2.2 ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-510 1997	16
2.3 SENTENCIA SU 1023 DE 2001	20
2.4 MARCO NORMATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE	24
2.5 CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDECIA DE SOCIEDADES RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ.	25
2.6 RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE EN ESTADOS UNIDOS	29
2.7 RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE EN EL DERECHO ARGENTINO	31
3. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS.	32
3.1 SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL C- 865 DE 2004.	32
3.2 SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL C-210 DE 2000	36
3.3 RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS SEGÚN	

LA DOCTRINA	40
3.3.1 Desestimación mediante el abuso.	40
3.3.2 Desestimación basada en los elementos de la responsabilidad civil.	47
3.4 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN EL DERECHO ARGENTINO.	48
3.5 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN ESTADOS UNIDOS.	49
3.6 CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ACERCA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS	50
4 SUSTENTO NORMATIVO DEL DESCORRIMIENTO DEL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD	55
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	58

INTRODUCCION

El levantamiento del velo corporativo, es una figura jurídica foránea, la cual consiste en apartar la persona jurídica que forma la sociedad, de los socios individualmente considerados, con el fin de hacerlos responsables jurídicamente.

Por tanto, cuando se utiliza la sociedad, con fines distintos para los cuales fue creada, los socios deben entrar a responder, por los daños que hubiesen causado a terceros.

En virtud de lo anterior, se ha desarrollado el presente trabajo con el fin de analizar el régimen de responsabilidad de los socios, cuando se descorre el denominado “velo corporativo” en aquellas sociedades donde por su naturaleza jurídica, la responsabilidad de los socios es limitada para lo cual se empezará por analizar la responsabilidad existente entre las sociedades controlantes y las controladas, para finalizar con la responsabilidad de los socios individualmente considerados.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

Para un entendimiento integral del concepto al que alude el levantamiento del velo corporativo, es importante tener en cuenta que se trata de una institución jurídica foránea, ajena a las instituciones propias del derecho romano - germánico, la cual consiste en descorrer la personería jurídica de la sociedad con el fin de establecer los verdaderos intereses de sus miembros. La definición anterior aun cuando es bastante precisa no alcanza la amplitud que se quisiera por cuanto no se mencionan las consecuencias de que opere dicha figura, pues tan solo se limita a exponer que los intereses de los socios o accionistas de una sociedad, no pueden ser contrapuestos a los fines que busca la sociedad.

Aunque con la participación en la sociedad los socios buscan un beneficio propio o individual (acrecentar su capital), no significa que so pretexto de lo anterior, se olviden del objetivo común que tuvieron en mente al crear la sociedad, pues no obstante esta haya nacido de un contrato, el objetivo comunitario fue crear un ente societario con evidente ánimo de lucro comunitario.

Siendo así las cosas, cuando los socios o “controlantes” de la sociedad dan primacía a su interés individual sobre los societarios o comunitarios, en desmedro de los mismos, se debe descorrer el límite de la responsabilidad sin que para ello sea relevante que la sociedad una vez constituida jurídicamente forme una persona diferente de sus socios.

1.1.1. Definición en sentido amplio y restringido En un acercamiento al tema la figura jurídica se definen de la siguiente manera

- a. En sentido amplio: La noción *levantamiento del velo corporativo*, hace alusión a separar la personificación jurídica de sus socios individualmente considerados, borrándola del plano jurídico, ya sea temporal o definitivamente.

- b. En sentido restringido: La noción *levantamiento del velo corporativo*, se utiliza cuando en las sociedades por capital se omite el límite de responsabilidad con el fin hacer responsables a los socios individualmente considerados, ante un eventual abuso de la persona jurídica.

1.1.2. Definición técnica: Desde el punto de vista técnico, cuando se quiere levantar el velo corporativo, con el fin de hacer responsables a los socios ante un eventual abuso de la persona jurídica, se le denomina *el descorrimiento del límite de responsabilidad*, constituyéndose en una arista del levantamiento del velo corporativo

1.2 Motivos del auge

En Colombia el descorrimiento del límite de responsabilidad de que gozan los socios o accionistas en una sociedad denominada de capital, se origina en los miles de casos en los cuales el abuso que se ha hecho de la persona jurídica, ha dado lugar a la vulneración de derechos fundamentales de carácter constitucional.

2. REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE

Para el estudio del régimen de responsabilidad de las personas bien sea jurídicas o naturales, que ostenten el título de controlantes, es preciso empezar por el análisis de los pronunciamientos que la corte constitucional ha hecho sobre el tema, toda vez que los principales casos de levantamiento del velo corporativo son de origen jurisprudencial.

2.1 ANALISIS DE LA SENTENCIA SU 636 DE 2003

En esta sentencia, los accionantes instauran acción de tutela contra La industrial Hullera en liquidación, Coltejer, Cementos el Cairo y Fabricato, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas y justas, al no poder acceder a sus mesadas pensionales.

La Corte Constitucional, en este caso realizó un recuento acerca del derecho al trabajo, el derecho a la pensión y especialmente enfatizó sus funciones como órgano protector de la Constitución política. Por tanto reiteró el argumento expuesto anteriormente por la misma corporación:

El derecho fundamental a la pensión de la tercera edad, no puede asistir impasible a la aplicación asistemática y literal de leyes civiles y comerciales antes mencionadas. Solo una aplicación sistemática de tales disposiciones, a la luz de la constitución y de normas legales que pretenden dar prelación definitiva al pago de las pensiones, puede efectivamente conceder a los

créditos pensionales la consideración especial que ordena el mismo constituyente sobre prelación de créditos¹

Es así entonces que la Corte ha dejado definida su verdadera función, que consiste en dar aplicación a las normas legales en conjunto con la constitución, pues de nada sirve crear un órgano “protector de la constitución”, si solamente se limitara a dar aplicación literal de las normas, por tanto su papel principal es salvaguardar los derechos fundamentales en el análisis del caso. Siendo así, la Corte al analizar el derecho de los pensionados fundamentó su decisión en la realidad del caso (lo que trae consigo aplicar principios protectores), puesto que responsabilizó a las sociedades “controlante” de industrial Hullera en Liquidación por el pasivo pensional de los trabajadores en virtud de la presunción de responsabilidad establecida en la ley 222 de 1995 (ya no se encuentra vigente, pero la ley 116 de 2006, lo reemplaza en su integridad).

En torno a esta decisión tomada por la Corte, mucho autores han manifestado su inconformidad con este fallo argumentando que dentro de las funciones de la Corte Constitucional no está el de hacer responsable a una entidad que no ha tenido la oportunidad de demostrar lo contrario, es más la han tildado de irresponsable por implantar en esta sentencia la proscrita responsabilidad objetiva, y además afirman que este fallo ha dado inseguridad al sector societario, inclusive, han aprovechado el escenario para manifestar su inconformidad en la extralimitación de poder vista en los fallos de tutela. “la tutela ha trastocado el escenario jurídico ; de un mecanismo judicial subsidiario ha pasado a quebrar la jurisdicción ordinaria “²Los autores que han realizado estas afirmaciones no se han

¹Corte constitucional Sala Tercera de revisión, septiembre 24 de 1997 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

²LÓPEZ VILLEGAS, Eduardo. La tutela para el pago de las obligaciones Pensionales y las limitaciones de la responsabilidad de los accionistas: Congreso. En: Congreso Internacional sobre

sentado a pensar si en verdad dentro de la justicia existe un mecanismo idóneo, aparte de la tutela, que permita amparar los derechos de las personas que se encuentran bajo cierta protección, pues de ser así, la tutela en verdad sería un mecanismo de carácter subsidiario y preventivo, no solo para casos laborales, sino para cualquiera otros en que se vean involucrados derechos fundamentales.

Por tanto, cuando la Corte responsabilizó a la sociedad controlante de manera transitoria, lo hizo con el único fin de amparar derechos fundamentales, pero al ser de manera transitoria deja vía para que sea la justicia ordinaria la que decida permanentemente sobre si cabe o no dicha responsabilidad. Entonces, la Corte para el presente caso, descorre el velo de la sociedad, percibe lo que estaba pasando y toma una decisión por así llamarla “equitativa”, pues ampara los derechos de los pensionados, en virtud de la situación de control, en los siguientes términos:

“la corte constitucional, para efectos de proteger los derechos fundamentales de los pensionados de empresas en liquidación obligatoria, ha presumido transitoriamente la responsabilidad de la empresa controlante hasta cuando la justicia ordinaria decida el asunto de carácter definitivo”³

Por tanto no es como se ha venido afirmando una sentencia absurda, pues se responsabilizó de manera transitoria a las sociedades “matriz” por el pago de mesadas pensionales, cosa distinta hubiera sido si se declaraba responsable a la matriz por todas las deudas insolutas de la controlada Industrial Hullera, pues en este último caso, el fallo emitido por la Corte Constitucional si hubiera sido a toda luces desbordante y podría haber acabado con la existencia de las sociedades comerciales en las que se limita la responsabilidad de los socios. Así su actuar se limitó a correr el velo societario y responsabilizar a las sociedades que según los hechos tenían el carácter de matrices, pues mal haría la corte en correr el velo societario, ver el abuso que de la persona jurídica se estaba cometiendo y no tratar

³ Ibídem.

de encontrar una solución; aunque se advierte que la Corte no declaró responsabilidad, sino que tomó una medida transitoria, en virtud de la omisión de decisiones por parte de las controlantes, que hubieran impedido que se presentara la situación de abandono de los pensionados, las cuales son propias de su cargo (las sociedades matriz, pertenecían a la junta directiva de la subordinada).

De otro lado, los trabajadores de la sociedad subordinada terminan siendo indirectamente los trabajadores de la sociedad matriz, pues son sus socios, en últimas, los que terminan aumentando su capital gracias al trabajo de los pensionados, por tanto no sería justo a todas luces, desamparar a los pensionados, so pretexto de la limitación de responsabilidad. Así aunque no se hubiera iniciado el tortuoso y extenso proceso para declarar la responsabilidad de la matriz (no hay que olvidar que se trató de una responsabilidad transitoria), lo cual justifica la Corte en los siguientes términos:

La aplicación de este criterio con fundamento en la previsión legal indicada, se inspira así mismo en el ideal de un ordenamiento justo, considerado 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 liquidez por causa o con ocasión de dicho control⁴

Por tanto la tarea de la Corte Constitucional al levantar el velo corporativo consistió en buscar una salida a la problemática de los ex trabajadores y si de los hechos se dedujo la presunta responsabilidad de la controlante, esta debe responder, sin importar que las sociedades comerciales, en especial las anónimas, se consideren un mecanismo de crecimiento económico, pues en un estado social de derecho lo verdaderamente importante ha de ser el respeto y la

⁴ Ibídem.

salvaguardia de los derechos fundamentales, obviamente sin menoscabar la libertad de empresa y el derecho de asociación.

Por tanto si la Corte Constitucional como autoridad suprema, le corresponde tomar las medidas efectivas (así sean transitorias), con el fin de amparar los derechos de los pensionados, es viable que interprete la norma legal como más se ajuste a la constitución, pues existen normas de carácter general que en armonía con los principios constitucionales, permiten hacer responsable a los socios de una sociedad. En desarrollo de ello, las sociedades que ejercen control, cuando abusen de la limitación de responsabilidad, deben entrar a responder por los perjuicios causados, pues no cabe duda que se abusa de un derecho cuando se ejerce contrariando abiertamente su fin natural o con finalidad desviada”⁵. Así lo expreso la Corte:

En el caso que se examina, industrial Hullera en Liquidación obligatoria, se abstuvo de cumplir de cumplir sus obligaciones legales para garantizar el pago de las pensiones y por su propia voluntad asumió el pago de ellas. Entonces, las decisiones tomadas por la junta directiva de la sociedad (conformada por los representantes de la empresa matriz), condujeron a ese incumplimiento que se concreta en la ostensible violación de los derechos fundamentales.⁶

De lo anterior se desprende que la decisión de la corte no es caprichosa ni arbitraria, se tomó de los hechos.

Proceso Ordinario Subsecuente

⁵GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Velo Corporativo y Jurisprudencia. En GIL ANZOLA, Marcela et al Levantamiento del Velo Corporativo Panorama y Perspectivas. El Caso Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario,2010,pag.127

⁶ Ibídem.

En este estado del análisis de la sentencia es preciso traer a colación el resultado del proceso ordinario instaurado con el fin de desvirtuar la responsabilidad de la matriz. El proceso ordinario para establecer si las matrices fueron responsables de la liquidación obligatoria de Industrial Hullera S.A, correspondió al juez sexto Civil del Circuito, quien emitió sentencia de fecha 08 de junio de 2004, donde declaró que las tres matrices son responsables por sus actuaciones, del estado de liquidación obligatoria de Industrial Hullera. En dicha sentencia el juez señaló:

“La carga prestacional y pensional no es causa de la liquidación, lo es el mal manejo de la empresa, al no proveerse y cumplirse con unas obligaciones que se causaban día a día y de las cuales se tenía certeza de que se presentarían en el tiempo. Obra en el expediente prueba clara y contundente por medio de la cual se establece que la gerencia y la revisoría fiscal, alertaron con suficiente tiempo a los accionistas de la crisis que se venía (sic) llegar por la alta carga prestacional y para lo cual planteaban posibles soluciones. A ello se prestó oídos sordos... El artículo 438 del código de comercio le imponía la obligación a la junta directiva, conformada por los mismos accionados de tomar las determinaciones enmarcadas a lograr el objeto social.”⁷

Aunque esta sentencia fue apelada por falta de legitimación en la causa y confirmada la decisión por la Corte Suprema de Justicia, no puede ser ajena la similitud de argumentos que tuvieron el juzgado de Medellín y la Corte Constitucional para determinar la responsabilidad de las sociedades matrices, no obstante el debido proceso existe, (no se deben tomar decisiones a priori), pero sin olvidar que el papel de los operadores de justicia consisten velar por un orden social justo, tal como lo pregonan nuestra constitución política.

⁷ROZO GAITAN, Andrés, La Responsabilidad Subsidiaria de la Matriz En GIL ANZOLA, Marcela et al Levantamiento del Velo Corporativo Panorama y Perspectivas. El Caso Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 190

De otra parte, es preciso resaltar que las instituciones jurídicas se han quedado atrás al momento de dar una efectiva protección a los derechos fundamentales pues “Cuando las vías judiciales ordinarias no resultan eficaces, ni idóneas para evitar la vulneración de derechos fundamentales procede la tutela como mecanismo transitorio “,⁸ por tanto la medida adoptada por la corte constitucional es la más justa, pues evita que los pensionados sufran un perjuicio irremediable,teniendo como fundamento la presunción temporal de la matriz.

Llama la atención que las órdenes a las matrices hayan sido impartidas por vía de tutela. Esto obedece a que con la liquidación de las sociedades se ha llegado a afectar gravemente la situación de muchas personas que han visto comprometido su mínimo vital , sin que durante muchos años hayan encontrado respuesta satisfactoria por parte de ninguno de los protagonistas de la crisis empresarial. En la medida en que los procedimientos permitan que los acreedores obtengan una respuesta justa y oportuna a sus pretensiones sobre responsabilidad de matrices, socios y administradores se reduciría significativamente las posibilidades de fallos de tutela en esta materia⁹.

Aunque no es el objeto de este trabajo cabría preguntarse si para dar una efectiva aplicación al levantamiento del velo societario con el fin responsabilizar a su socios, en especial los que detentan el poder (controlantes), sea necesario el establecimiento de un procedimiento especial para descorrer el límite de la responsabilidad, diferente a los contemplados en la ley (nulidad, simulación...), pues estas figuras no alcanzan a amparar los casos de abuso que comete los miembros de la sociedad como se da en el presente caso.

Otra discusión que se presentó alrededor del presente fallo de tutela es el efecto que se dio a la sentencia:

⁸Ibíd., p. 193

⁹ Ibídem.

La corte decide que la acción de tutela impetrada por un grupo de pensionados debe resultar favorable a todos ellos, inclusive a aquellos que no hubieren interpuesto ningún proceso específico para el pago de sus pensiones de jubilación. Así las cosas, en criterio de la Corte - y con el propósito aparente de salvaguardar el principio de igualdad – resuelve amparar el derecho de la totalidad de los beneficiarios de la pensión sin que para ello sea necesario que cada uno de por sí interponga una demanda¹⁰

No se comparte lo anterior, en el sentido de decir que la extensión del fallo se realiza basado aparéntenme en pro del derecho a la igualdad, pues sino es esa la razón al extender la decisión a aquellas personas que se encuentran en la mismas condiciones, cuál sería la razón, además cabe recordar que no es la primera vez que un fallo en principio inter partes se extiende a otras personas en igualdad de condiciones - igualdad entre iguales_, además *la Corte puede decidir el efecto que mejor protege los derechos constitucionales*, por tanto la decisión adoptada no se hizo como muchos lo piensan de manera caprichosa ni arbitraria, sino simplemente se realizó en pro de aplicación de derechos fundamentales.

2.2 ANALISIS DE LA SENTENCIA C-510 1997

En esta sentencia, el actor busca que se declare la inexecutable del párrafo, del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por considerar, vulnerado el principio al debido proceso, imponiendo una presunción de responsabilidad a la matriz en caso de concordato o liquidación obligatoria.

¹⁰REYES VILLAMIZAR, Francisco. Matrices, Subordinadas y grupos empresariales. En: Congreso Internacional sobre la Despersonalización societaria y el Régimen de Responsabilidad (1 ed 2005, Bogotá) Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas. P. 332.

En el estudio de esta sentencia muchos autores concluyen que la Corte Constitucional se ha contra decido en relación con los fallos anteriormente emitido sobre el mismo tema (SU 636 DE 2003) , pero un análisis más profundo permite deducir que la Corte sigue una misma línea de pensamiento, pues siempre ha dejado de presente que si se abusa de la limitación de responsabilidad establecida para algunos tipos de sociedades, los socios o controlantes deberán entrar a responder, aunque la sociedad sea una persona autónoma, pues las actuaciones de sus miembros son en últimas los que mueven la sociedad, o como lo expresa la Corte:

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.¹¹

Por lo anterior se puede afirmar que no se está presumiendo la responsabilidad de agentes económicos que no hayan participado de las utilidades de la sociedad, sino que, al contrario, se está compensado los beneficios que las sociedades subordinadas le pueden dar al crecimiento económico de las controlantes.

En el caso específico de la responsabilidad de la matriz frente a las obligaciones de carácter laboral, se afirma

El artículo 25 de la Constitución, que consagra el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, no resulta violado por el precepto en estudio, si se tiene en cuenta que su objeto no radica en disponer reglas generales sobre relaciones de índole laboral. Por otra parte, si alguna consecuencia

¹¹Corte Constitucional, sentencia 09 de octubre de 1997, rad. Expediente 1635.

puede tener su aplicación en lo relativo a acreencias reclamadas por trabajadores, ella consiste precisamente en preservar la justicia, en cuanto el precepto busca asegurar la conservación del patrimonio de la sociedad deudora para evitar que los derechos de los acreedores -entre ellos los laborales- sean burlados.¹²

Es así entonces que desde esta sentencia se ha dejado en claro que la presunción de responsabilidad se hace con el fin además de otros derechos de salvaguardar los derechos laborales en especial de los pensionados.

A pesar de tener claro, la existencia de la persona jurídica (las sociedades son personas jurídicas, creadas por medio de un contrato) como ente autónomo, capaz de contraer derechos y de obligarse, cuando se abusa de la misma en especial del límite de responsabilidad las personas “detrás”, de la persona jurídica deben entrar a responder.

*En cuanto al artículo 38, que garantiza el derecho de libre asociación, no se ve afectado por el párrafo puesto en tela de juicio, ya que él no prohíbe, dificulta ni restringe el derecho que tienen las personas -aun las jurídicas- a asociarse, y más bien parte del supuesto de que ya ese derecho se ejerció, por cuanto la circunstancia de las relaciones de subordinación existentes es **un dato** al que se refiere el legislador. La previa asociación entre compañías es un fenómeno que la ley reconoce y acepta, si bien regula, en los términos que se dejan expuestos, hechos posteriores referentes a la toma de decisiones de la matriz, con efectos patrimoniales externos, por cuya virtud resultan afectados bienes jurídicos que, a su juicio, merecen protección¹³*

Por tanto si el derecho societario brinda a los miembros de una sociedad de capitales la exclusividad de limitar su riesgo al monto de capital invertido en pro

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

del crecimiento económico del país, no se puede permitir que esta limitación se vuelva un colchón de los intereses propios y abusivos de sus miembros “tal asociación es permitida, en los términos y dentro de las restricciones que la legislación comercial consagra en preceptos aquí no demandados, lo cual no impide que el abuso de las ventajas por ella ofrecidas tenga cabal regulación y control.”, por consiguiente, no es de recibo para el presente análisis que la Corte constitucional no sea coherente en sus fallos, pues a propósito del análisis de la sentencia SU-023 de 2001, se dijo entonces “La precitada sentencia, desconoce además los precedentes sobre el mismo asunto.”,¹⁴ pues como se verá al finalizar este capítulo la Corte ha mantenido la misma línea de pensamiento.

De otra parte la Corte reitera que en materia económica, no se debe olvidar que por disposición constitucional nos encontramos en un estado social de derecho, en palabras de la Corte:

Finalmente, carece de todo sentido endilgar a la disposición examinada un vicio de inconstitucionalidad respecto del artículo 333 de la Carta Política, por obstruir, como dice el actor, la libertad de empresa, la iniciativa privada y la libre competencia. Como lo ha repetido la jurisprudencia, tales derechos no tienen ahora -como no tuvieron desde la Reforma Constitucional de 1936- un carácter absoluto, ni su contenido esencial se confunde con el reclamo de la propia arbitrariedad para neutralizar la intervención del Estado en la economía, o para impedir la efectividad de los fundamentos constitucionales del Estado Social de Derecho¹⁵.

Si bien la Corte no deja de lado la importancia que tiene para un estado la libertad económica y la seguridad en la inversión que trae la limitación de la responsabilidad en una sociedad comercial, advierte que si se abusa de esta figura la limitación de responsabilidad debe ceder en pro de los principios y derechos propios de un estado social de derecho “Es suficiente recordar que, la

¹⁴ Ibídem., p. 333

¹⁵ Ibídem.

libre competencia económica es un derecho de todos, el artículo 333 declara sin ambages que “el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.¹⁶

2.3 SENTENCIA SU 1023 DE 2001

La Corte Constitucional se pronunció al respecto de varios fallos de tutela contra la Flota Mercante en liquidación y otros, dentro de los que se encuentra las sociedades matrices.

En este caso, al igual que en la sentencia SU 636 de 2003, la Corte Constitucional declaró presuntamente responsable a la matriz por el estado de liquidación o concordato en que se encontraba la controlada, con el único fin de salvaguardar los derechos prestacionales de los pensionados. “ante la imposibilidad del liquidador de la CIFM de percibir ingresos a mediano plazo, ninguna de las tres alternativas permite vislumbrar una decisión efectiva e inmediata que evite la inminente vulneración de derechos fundamentales de los pensionados. Las vías judiciales ante los jueces ordinarios no resultan eficaces ni idóneas para evitar la aludida vulneración de derechos fundamentales.”, en esta sentencia, la Corte deja presente que los mecanismos jurídicos para lograr la efectividad de los derechos de los pensionados, no son efectivos pues son varios años los que se llevan a culminar un proceso de liquidación y más aún un proceso que puede durar entre cinco y diez años - , para declarar la responsabilidad de la matriz.

Por tanto no es que la Corte Constitucional “abuse”, de los poderes otorgados por la misma constitución para dictar sus fallos de tutela – en pro de los derechos

¹⁶ Ibídem

fundamentales - es que los procesos dados por la legislación nacional (acción de nulidad, simulación, declaratoria de responsabilidad), quedan cortos a la hora de garantizar los derechos de personas con protección especial como los pensionados, y no es como lo han sostenido estudiosos del tema los fallos de la Corte Constitucional pueden llegar hasta el punto que todo tipo acreedores, puedan solicitar el pago de sus acreencias por medio de tutela, es algo impensable, pues la corte aplica principios fundamentales no fallos convenientes.

Así mismo con el ánimo de proteger a todos los pensionados expuso la Corte:

Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.¹⁷,

por tanto el a hacer extensivo el fallo de tutela a aquellas personas que no demandaron la protección de sus derechos hace que todos los pensionados gocen de sus mesadas pues lo importante no son los formalismos legales sino la verdadera protección a los derechos fundamentales“ante la ausencia de recursos económicos y la incertidumbre acerca de la terminación del proceso liquidatario y en aplicación transitoria de la presunción de responsabilidad subsidiaria de la

¹⁷ Ibídem.

matriz o controlante que consagra la ley 222 de 1995, la Corte estima necesario tomar medidas para garantizar a los pensionados el pago oportuno de sus mesadas”. Como se observa, la decisión tomada por la corte constitucional, no obedece a la violación de normas legales como muchos autores lo han sostenido, sino simplemente examinó el caso y tomó las medidas más justas en pro única y exclusivamente de los acreedores – pensionados, pues la Corte deja establecido que:

si bien en este caso especial y por las razones expuestas se puede presumir transitoriamente la responsabilidad subsidiaria de la matriz, en aplicación del párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, la decisión no constituye condena ni exoneración definitiva de responsabilidad de ninguna entidad y, en consecuencia, la Federación Nacional de Cafeteros queda en disposición de demostrar que, eventualmente, la causa de liquidación de la CIFM fue por motivos diferentes a las actuaciones derivadas del control, pero esa es una carga que le corresponderá asumir a la Federación en el proceso correspondiente.¹⁸

Por tanto el levantamiento del velo societario que realizó la corte constitucional, con el fin de responsabilizar a las sociedades matrices, lo hizo con el fin de amparar el derecho de aquellas personas que solamente pueden obtener de su pensión la satisfacción de sus necesidades vitales, dejando sentado que la justicia ordinaria es la que decide en últimas si la matrices son o no las responsables del estado de iliquidez que se encuentra la subordinada y por tanto en este proceso o en el de liquidación obligatoria podrán llegar todos los acreedores a solicitar el pago de sus acreencias, sin importar si se tuvo la oportunidad o no de conocer el estado patrimonial de la sociedad en especial de los acreedores laborales personas que al momento de vincularse a una sociedad, en un mundo tercermundista donde las oportunidades de empleo son escasas, no van a examinar la verdadera situación de la sociedad.

¹⁸ Ibídem.

Entonces, si la justicia ordinaria no brinda los mecanismos necesarios para la protección de los derechos de los trabajadores, es menester que en sede constitucional se amparen, pues no se puede pretender que los trabajadores esperen 10 años para recibir sus mesadas pensionales, siendo que su único medio de existencia se reduce a este, y no es que se trate a los pensionados como los pobres de la historia, pues nadie trabajaría como asalariado 8 horas diarias o más a la semana si devengaran otros ingresos que pudieran sufragar los gastos propios y los de sus familias “no es de recibo para esta Corporación que los derechos fundamentales deban ser aplazados en su realización debido a la existencia de procedimientos contemplados en normas de rango legal. “, pues so pretexto del debido procesos las personas de la tercera edad y sus familias no pueden morir de hambre.

Aunque el papel de los operados de justicia en especial de la Corte Constitucional es realizar una interpretación armónica de los preceptos constitucionales, no se puede equiparar el derecho de las personas de la tercera edad v/s la libertad de empresa y libertad de asociación, pues tal y como lo afirma la corte “Debe tenerse en cuenta que es la Constitución la que directamente consagra los derechos fundamentales y la prevalencia de los derechos inalienables de la persona, con lo cual se garantiza la aplicación prioritaria de las normas referentes a los derechos fundamentales frente a otras normas, incluso de las que pertenezcan al mismo rango, pero que traten de aspectos distintos a los derechos constitucionales fundamentales”¹⁹

De manera que, cuando se abusa de la limitación de responsabilidad de que disfrutaban los socios de una sociedad de capitales, entra la Corte Constitucional con el fin de amparar los derechos de aquellas personas que gozan de una especial protección por parte del estado, imponiéndole a las sociedades que detentan el control bien sea administrativo o económico (en últimas siempre es económico), la

¹⁹ Ibídem.

responsabilidad de asumir con su propio patrimonio las deudas de la sociedad controlada para el presente caso las mesadaspensionales, las cuales, en últimas, son las deudas de aquellas personas que aumentaron su capacidad de económica.

En conclusión la Corte en su papel de guardia de los derechos fundamentales, responsabilizó transitoriamente a las sociedades controlantes, sin que esto haya significado la aplicación de responsabilidad objetiva, pues además de ser transitoria, La Corte examinó los hechos y pudo apreciar que la falta de omisión en sus deberes trajo como consecuencia el perjuicio sufrido por los pensionados.

2.4 MARCO NORMATIVO DE RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ

Ley 116 de 2006, por medio de la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial y se dictan otras disposiciones.

(...)

Art.61. 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.

Del artículo anterior, se desprenden los requisitos para que se configure la responsabilidad subsidiaria de la matriz

- Que la situación de liquidación haya sido producida con causa o con ocasión de la matriz o controlada.
- Que esa situación se haya creado en virtud de la subordinación.

Acto seguido, el legislador establece una presunción que da para dos interpretaciones. La primera que por el solo hecho del control la sociedad subordinada se encuentra en situación de liquidación y la segunda que se presume la situación de liquidación de la sociedad subordinada por las actuaciones de la matriz o controlante que hayan ido en contra de los intereses de la matriz. Entonces si la presunción se da en la primera opción, cuando la sociedad entra en estado de liquidación la sociedad matriz o controlante debe alistar todo los argumentos en su favor, con el fin de desvirtuar esa presunción de responsabilidad.

En el segundo caso, si se quiere hacer responsable a la sociedad matriz o controlante por el estado de liquidación de la controlada se deberá demostrar que sus actos se realizaron en contra de los intereses de la matriz., pero en este caso no ha de suponerse que todo acto realizado por la matriz, en el cual se abuse de la personalidad jurídica – pues su actuar se dirige en beneficio de esta y no de la subordinada en liquidación - , va en contra de los intereses de la sociedad matriz.

Como se aprecia la norma no es clara, da lugar a más de una interpretación, que a la hora de aplicarla al caso en concreto la solución puede ser diferente.

2.5 CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD DE LA MATRIZ

Concepto 220-115024 del 15 de septiembre de 2009

Respondiendo al interrogante planteado, la Superintendencia de Sociedades establece que “la responsabilidad subsidiaria que tiene la matriz o controlante por las obligaciones de la controlada no se hace exigible por la simple relación de subordinación, pues para ello se requiere la verificación de las condiciones consagradas en la ley”²⁰

Y más adelante en el mismo concepto afirma,

“Así, la prueba en este evento se invierte a través de una presunción legal, de suerte que la matriz puede demostrar que el proceso de reorganización o de liquidación judicial no se produjo por actuaciones derivadas del control”²¹

En el primer párrafo la Superintendencia de Sociedades afirma que no se puede exigir responsabilidad alguna por la simple subordinación en que esta la sociedad el liquidación con respecto a la sociedad matriz o controlante, más adelante afirma que esta última puede demostrar que la liquidación no se produjo por el control que ejerce sobre la “subordinada”, luego cabría preguntarse si subordinación no es sinónimo de control.

Oficio 220-057365 del 3 de diciembre de 2007 Superintendencia de sociedades.

Del control y otros aspectos

²⁰Concepto 220-115024 del 15 de septiembre de 2009

²¹ Ibídem.

(*)Código de Comercio, artículo 260.<Artículo subrogado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> 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

“Sin embargo tal presunción legal podrá ser desvirtuada al acreditar que no se verifica en realidad la circunstancia señalada en el artículo 260 del Código de Comercio (*) y que la sociedad en la práctica a pesar de configurar los supuestos del artículo 261 del Código (**), no resulta subordinada o controlada.” De esta manera, lo que quiso expresar la Superintendencia en este concepto es que la presunción de responsabilidad de la matriz o controlante por el estado de liquidación de la controlada se puede desvirtuar si se demuestra que no hay una relación de subordinación y que a pesar de configurarse los presupuestos de control no resulta subordinada o controlada, cosa que a toda luces resulta confuso y hasta Contradictorio, Más adelante afirma:

De igual forma puede existir diversidad de circunstancias de hecho que establecen la subordinación de cualquier sociedad por estar sometido su poder de decisión a la voluntad de otra u otras personas, y que dichas circunstancias determinantes del control no se configuren en los supuestos legales descritos en el artículo 261 del Código de Comercio. En tales eventos también existirá la subordinación de una sociedad a su matriz o controlante, y por lo tanto en los términos señalados por la ley mercantil, existirá una situación de control o subordinación con todos sus efectos, privilegios y obligaciones²²

Si a juicio de esta corporación no se puede presumir responsabilidad de la matriz, por el hecho de configurarse los presupuestos de situación de control establecidos en el código y después manifiesta, que existen más circunstancias que las contempladas en la ley para que se presuma una subordinación “y por lo tanto en los términos señalados por la ley mercantil, existirá una situación de control o subordinación con todos sus efectos, privilegios y obligaciones”, no es muy coherente el concepto y resume

²² Ibídem

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

“Respecto a la responsabilidad de los asociados, esta sigue las reglas previstas por el legislador para cada una de las especies societarias, sin perjuicio de la

Previsión del artículo 148, parágrafo de la anterior ley, que consagra una responsabilidad subsidiaria para la matriz o controlante”

Como se puede apreciar, la superintendencia de sociedades, no hace más sino repetir los artículos que hacen referencia a la presunción de responsabilidad de la matriz, sin ningún examen de fondo.

Oficio 220-129271 del 10 de noviembre de 2011 Superintendencia de Sociedades.

En cuanto a los presupuestos de la situación de control manifiesta:

“No tienen carácter taxativo, es decir, pueden existir otras formas de control de acuerdo al concepto general del artículo 260 del Código de Comercio. Lo fundamental es la "realidad" del control”²³

²³ Ibídem.

(**)Código de Comercio, Artículo 261. <Artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> 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 1o. 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.

Dejando claro que las situaciones de control no son taxativas sino enunciativas, afirma: "Son presunciones legales, luego los interesados pueden desvirtuarlas.", en resumen, las situaciones de control son presunciones legales, que admiten prueba en contrario.

Más adelante señala que uno de los efectos que produce el control societario es la responsabilidad subsidiaria de la sociedad controlante.

Acto seguido afirma que la responsabilidad que tiene la matriz frente a las obligaciones de las subordinadas "No se encuentra consagrada por la simple relación de subordinación la responsabilidad solidaria de la matriz o controlante frente a las obligaciones de la controlada. "

A modo de conclusión , los conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades, con el fin de aclarar las dudas que se presentan en torno a la responsabilidad de la matriz, están impregnados de bagajes, pues no permiten establecer las reglas claras de cómo y en qué circunstancias han de responder, las "controladas", por los pasivos de la sociedad el liquidación.

2.6 RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE EN ESTADOS UNIDOS

Antes de enumerar los posibles casos de levantamiento del velo societario con el fin de hacer responsables a las sociedades controlantes, ha de tenerse en cuenta que esta figura es producto de los innumerables casos en que se ha usado la

PARÁGRAFO 2o. 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 párrafo anterior.

sociedad con el fin de defraudar a terceros, y por tanto el aparato judicial estadounidense con fundamento en la equidad a tratado de minimizar el abuso que de la limitación de responsabilidad. A continuación se enumeran los posibles casos de Levantamiento del Velo Societario, según F PollewLa controlante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria.

- La controlante y la subsidiaria tienen directores y funcionarios comunes
- La controlante, financia a la subsidiaria
- La controlante suscribe la totalidad del capital social de la subsidiaria o realiza por otro medio su constitución
- El capital de la subsidiaria es manifiestamente inadecuado
- La controlante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria
- La subsidiaria, no tiene actividades de importancia excepto con su controlante, no otros activos que los fueron transferidos por aquella.
- En la papelería de sus funcionarios, la subsidiaria es descrita como un departamento o una división de la controlante, o su actividad o responsabilidad financiera, es referida a la controlante.
La controlante utiliza los bienes de la subsidiaria como si fueran propios.
- Los directores y funcionarios de la subsidiaria no actúan con independencia y en interés de esta, sino que reciben instrucciones de la controlante en interés de esta última”²⁴

Los anteriores supuestos, se pueden resumir en lo que se ha denominado”Operaciones con el socio controlador o mayoritario que consisten simplemente en la realización constante y reiterada de operaciones jurídicas y

²⁴F Pollew, Hipótesis donde procede la Desestimación de la Personalidad Jurídica, citado por VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden Societario, Medellín: Señal Editora, 2010, p. 640

económicas entre el socio controlador y la compañía, por virtud de las cuales se determina que esta última no es sino un instrumento”²⁵

Como se puede observar son múltiples las situaciones en las cuales _ y sin poder enunciar todas_ la sociedad controlante debe responder con su propio patrimonio por las obligaciones de la controlada, a diferencia de lo que sucede en el caso colombiano, pues las leyes y su respectivo desarrollo jurisprudencial, solo se limitan a hablar de responsabilidad de la matriz en aquellos casos en que la controlada se encuentre en proceso de concordato o liquidación obligatoria, por lo que es preciso que en Colombia se fundamente la figura en una institución que abarque todos aquellos casos en los cuales las matrices, abusen de la persona jurídica.

En conclusión en Estados Unidos se han presentado y se seguirán presentando innumerables casos en los cuales las matrices deberán responder con su patrimonio cuando por mediación de su voluntad, terceros hayan sufrido algún perjuicio.

2.7 RESPONSABILIDAD DE LA CONTROLANTE EN EL DERECHO ARGENTINO

En el derecho Argentino al igual que en el CommonLaw, el levantamiento del velo surge del análisis que de cada caso realiza las altas cortes.

- Extensión de la quiebra, por el abuso de los poderes de la controlante
- Confusión patrimonial inescindible entre la sociedad originalmente quebrada y aquella a la que se extiende la quiebra.
- Casos en los cuales se desestima la personalidad jurídica por el hecho del control dentro de los que se encuentran aquellos casos de lograr fines ajenos a la sociedad – abuso del derecho - , violación de la ley o derecho de terceros

²⁵REYES VILLAMIZAR, Francisco, Derecho Societario en Estados Unidos Introducción Comparada: Ed. Legis, Bogotá. 2006.p 181

- Extensión de la quiebra a toda persona controlante de una sociedades fallida, cuando se ha desviado indebidamente el interés de la controlada.
- La sociedad controlante, dispone de bienes como si fueran propios.²⁶

Como se puede apreciar en el derecho argentino son varios los supuestos en los cuales la sociedad controlante debe responder; aunque al igual que en Colombia en los procesos de concurso o “quiebra” en ciertos casos debe responder la controlante, frente a otros supuestos, tal y como acontece en el derecho norteamericano, pero en los tres países se examina el elemento culpa, para establecer la responsabilidad.

²⁶CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. La Personalidad Jurídica Societaria, 1ed Buenos Aires, 1994., P.191.

3. REGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Al igual que responsabilidad de la matriz, se estudiará la responsabilidad de los socios, desde la óptica de las altas cortes.

3.1 SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL C – 865 DE 2004

los accionantes demanda la inexecutable de los artículos 252 y 373 del código de comercio, por considerar que existe omisión legislativa, al no establecer preceptos normativos que declaren responsable solidariamente a los socios de una sociedad anónima en el evento de que esta haya incumplido en el pago de acreencias laborales.

En esta oportunidad la Corte hablando del derecho de asociación argumenta:

La finalidad de este derecho constitucional se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces para responder autónomamente por su devenir jurídico.²⁷

Como se observa la Corte sostiene, que la persona jurídica es un ser diferente a sus socios y que la única finalidad de esta es lograr el bien común, por tanto si es

²⁷ Corte Constitucional Sentencia 007 de septiembre de 2004. Expediente 5057

una creación que se protege a nivel constitucional su actuar debe ir de la mano de los demás derechos fundamentales plasmados en la carta política, los cuales a veces pueden ser un freno para el mal de uso que de la persona jurídica se haga “ a nivel de la carta política existen restricciones que tienen origen expreso en el texto de la constitución, tales como la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos.”²⁸, como se aprecia, aunque se reconoce el derecho de asociación, se deja sentado que de este se puede hacer un uso abusivo, el cual, obviamente, será más notorio en aquellas sociedades donde la responsabilidad de los socios este limitada al monto de sus aportes. “Esta limitación de responsabilidad, dio pie a que a partir de la vigencia del código de comercio se hubiera acudido a la figura societaria de manera artificial o simulada con el fin de escudarse en ese efecto y manejar los imponderables derivados de las actividades mercantiles.”²⁹, aunque obviamente en todos los actos incluyendo los realizados por las personas jurídicas, es innegable ver los casos en los cuales se abusa de esta, en especial el de la limitación de la responsabilidad con el fin de asegurar los interés particulares de sus miembros, es así entonces que la Corte concluye que el derecho de asociación tiene límites, pues al igual que las personas naturales si abusan de sus derechos deben resarcir los perjuicios que su actuar cause “esta corporación concluye que la hermenéutica más favorable al ejercicio del derecho de asociación, es aquella por virtud de la cual, se entiende que si bien el legislador puede establecer límites al alcance del citado derecho, los mismos siempre deben corresponder a la necesidad de asegurar el respeto de los derechos ajenos, o de impedir su uso abusivo, o de preservar la moral pública la seguridad nacional, la seguridad jurídica y el orden público”.³⁰

La Corte afirma, que el legislador es quien debe establecer los casos en los cuales se debe limitar el derecho de asociación, no se puede interpretar lo anterior, como si el legislador estuviera en la obligación de enumerar los casos taxativamente, en

²⁸ Ibídem

²⁹ Ibídem

³⁰ Ibídem

los cuales los miembros de las personas jurídicas abusen del límite de responsabilidad, pues el crecimiento económico nacional y global, pueden dar lugar al nacimiento de situaciones no conocidas de abuso del derecho, por tanto, una enumeración taxativa de los límites al derecho de asociación haría que aquellos casos no contemplados en la ley se quedarán sin garantía alguna.

Es así entonces que la Corte Constitucional para el caso de las sociedades anónimas, es consciente de que estas son la principal herramienta para el progreso, pero dentro de unos límites establecidos por la propia constitución.

Sin embargo a pesar de su especial importancia para el desarrollo del crecimiento económico, la limitación de riesgos a favor de los socios de sociedades anónimas no puede considerarse un derecho absoluto, como no lo es, ninguno de los derechos personales o reales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Es precisamente en su relatividad intrínseca, como producto de la necesidad de salvaguardar los derechos de los demás o de impedir su desarrollo abusivo como medio de defraudación o engaño³¹

Luego aunque la figura del Descorrimiento del Límite de Responsabilidad, no encuentra su origen dentro de las instituciones propias del sistema romano germánico, no significa que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista figura alguna para que la limitación de responsabilidad establecida en las sociedades anónimas no sea una barrera en aquellos casos en que la sociedad abusa de este derecho.

Recapitulando, la Corte Constitucional deja por sentado la especial protección que tiene los trabajadores, a pesar del fin económico de las sociedades comerciales “Sin embargo, la realidad igualmente demuestra que una visión absoluta de la separación patrimonial entre socios y sociedad, podría resultar lesiva para los intereses de los trabajadores y de los pensionados, quienes muchas veces son

³¹ Ibídem

protagonistas de comportamientos reprochables de los asociados dando lugar a la pérdida de sus derechos y garantías mínimas irrenunciables.”³²

Es así entonces, que la Corte Constitucional en todos sus fallos relacionados con el tema del descorrimiento de la limitación del riesgo de los accionistas en las sociedades de capital, ha dejado en claro la protección a que tienen derecho los terceros que resulten afectados con el uso abusivo de la sociedad, en especial de los pensionados, sin obviar lo importante que es para el país, la limitación de responsabilidad. “por consiguiente, la limitación del riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser usado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los intereses legítimos de los terceros entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se puede acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido”,³³ herramientas que como hemos venido diciendo no son sinónimo de una enumeración taxativa (aunque existen algunos casos específicos), sino que son establecidas en nuestro ordenamiento de una manera general, para impedir los abusos que de personas naturales y jurídicas se comentan.

La Corte concluye señalando que no existe tal omisión legislativa en lo que respecta a responsabilidad de los socios por el incumplimiento de deudas laborales, pues afirma que existen las suficientes herramientas jurídicas para salvaguardar los derechos de los trabajadores, dentro de las que nombra el abuso del derecho, simulación, nulidad, solidaridad.

3.2 SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL C-210/00

³² Ibídem

³³ Ibídem

El accionante interpone demanda de inexecuibilidad, en contra el artículo 794 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 163 de la ley 223 de 1995, adicionado posteriormente por el artículo 108 de la ley 488 de 1998, por cuanto a juicio del actor la norma es violatoria del derecho de libre asociación y otros.

Afirma la corte que el legislador puede establecer el tipo de responsabilidad que más crea conveniente con el fin de asegurar el pago de los impuestos – principio de solidaridad.

En este orden de ideas, la Corte no puede perder de vista la intención del legislador al introducir en el ordenamiento tributario el artículo cuestionado, que es una norma sustancial que consagró la responsabilidad solidaria con miras a asegurar la efectividad del sistema tributario sustancial, vale decir, el pago efectivo de los impuestos que se determinen a cargo de las sociedades y otros entes asimilados a tales, con el propósito de contrarrestar la evasión fiscal o tributaria, que al parecer se ha venido presentando desde el año 1987, cuando algunos ciudadanos constituían sociedades para evadir impuestos, amparados en el velo de la personalidad jurídica de la sociedad y en la falta de eficacia de la administración tributaria, para lograr el efectivo cobro de los impuestos, tasas y contribuciones³⁴

Es así entonces que la expedición de la norma objeto de controversia se debió, a una crisis de la persona jurídica pues muchas personas la utilizaron con el fin de evadir impuestos – abuso del derecho –y pues mal haría el legislador si ante esta circunstancia no creara mecanismos efectivos por así decirlo especiales con el fin de impedir el abuso de la limitación de la responsabilidad de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, además ha de recordarse que el derecho comercial es producto de las necesidades del día a día es una construcción que parte de los hechos, pues es tan cambiante su estructura que de no hacerlo así el atraso sería gigante.

³⁴ Ibidem

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que la responsabilidad establecida por el legislador es propia del régimen tributario “A pesar de que en la regla comentada se establece un régimen de “solidaridad”³⁵ para el pago de impuestos a cargo de la sociedad, la exigibilidad de este sistema de extensión de responsabilidad está sometida a un doble prorrateo. Por consiguiente los asociados responde en forma proporcional en el capital social y solo por el tiempo durante el cual hubieren permanecido en la compañía”, es así entonces, que este tipo de responsabilidad no es más que producto de la realidad“En consecuencia, la circunstancia de que el propio legislador, dentro de su soberanía fiscal, califique el régimen jurídico como de "responsabilidad solidaria", indica que el socio debe responder al lado de la sociedad y no en el lugar de ésta, como sucede en el evento de las obligaciones *in solidum* propias del régimen civil, relativas a ese tipo de obligaciones que, por analogía, se aplican al régimen tributario.”³⁶

Es que pensar que el límite de responsabilidad establecida en una sociedad limitada puede ir hasta tal punto de permitir que sus miembros abusen del manto que los cubre, es inaudito, pues existen otros derechos de orden constitucional que deben ser protegidos, además no ha de olvidarse, que el origen de esta norma es el resultado del abuso de la limitación de responsabilidad y lo único que hizo el legislador fue extender la responsabilidad hasta donde cada socio pudo haber estado involucrado en el no pago del impuesto.

A juicio de la Corte, el establecimiento de un régimen solidario en asuntos fiscales, es un asunto propio del resorte del legislador, que en su condición de depositario del poder impositivo (art. 150-12 y 338 de la C.P.), está plenamente habilitado para determinar lo concerniente a la responsabilidad tributaria, sin que en la Constitución existan limitaciones sobre el señalamiento de los sujetos de la obligación tributaria o los mecanismos

³⁵REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho Societario*. Tomo II. Segunda Edición. Bogotá, D.C.: Temis, 2006, P. 73.

³⁶ Óp. Cit.

*para hacer efectiva la responsabilidad solidaria, pues repárese, que a la luz de la Carta, es de competencia del legislador, tanto la determinación del régimen jurídico de las sociedades y demás personas jurídicas como la expedición, adición y modificación de las leyes relativas a impuestos*³⁷

En cuanto a la violación al derecho de libre asociación, recordemos que el límite de la responsabilidad es uno de los atributos de la persona jurídica – las sociedades colectivas también son personas jurídicas -, por tanto extender la responsabilidad en casos en los cuales se incumplió con el deber de solidaridad estatuido en la carta no es más que hacer responsables a los socios por su conducta y si se toma la norma dese la óptica preventiva es con el fin de que se utilice la sociedad para lo que sirve, además sino se abuse de ella, no podría endilgarse responsabilidad alguna:

En relación con la posible violación del derecho de libre asociación o de la personalidad jurídica de la sociedad expuesto por el demandante, esta Corporación no comparte el argumento, ya que es evidente que la figura de la responsabilidad solidaria no entraña, en si misma, ninguna restricción al derecho de asociación o de celebración del contrato de sociedad, conforme al Código de Comercio, pues la responsabilidad nace de la condición simple y voluntaria de ser socio, independientemente de si se tiene o no la representación o administración del ente social, o si la misma fue encomendada a un tercero, pues se reitera, el hecho de que la disposición cuestionada exija una actitud responsable a los socios por los impuestos, no impide desarrollar actividades lícitas que el individuo desee promover en compañía, pues es claro que el texto normativo acusado no comporta una sanción impositiva, sino un deber fiscal enderezado al pago de las acreencias tributarias, pero no impide encausar el ejercicio libre, voluntario

³⁷ Ibídem.

y espontáneo de fundar o constituir sociedades mercantiles o empresas, dentro de los límites del bien común y del orden constitucional y legal. ³⁸

En conclusión si los socios no utilizan el límite de separación del riesgo con el fin de evadir impuestos, o por simple negligencia se abstiene del pago de sus obligaciones de carácter tributario – abuso del límite de responsabilidad – es que por ley son llamados a responder.

3.3.RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS SEGÚN LA DOCTRINA

Ni en la doctrina nacional ni en el derecho comparado existe unanimidad acerca del régimen de responsabilidad que se debe aplicar cuando, se descurre el límite de responsabilidad de los socios de sociedades capitalistas, pues unos afirman que se aplicaran los mismo supuestos de la responsabilidad civil, dentro de este grupo están , los que la justifican en la diferencia que existe entre la responsabilidad contractual y la extracontractual y otros afirman – la verdad la mayoría - que responden cuando abusan del límite de responsabilidad pero no aclaran que se entienden por abuso del derecho (si se aplica la teoría objetiva o subjetiva), y otros al hablar de este tema termina en las causales de nulidad como si estas fueran un régimen de responsabilidad.

3.3.1Desestimación mediante el Abuso del Derecho

Se ha afirmado que quien abuse de sus derechos deberá responder por los daños causados, pero muchos se han preguntado qué se debe entender por abuso de un derecho(*), al respecto se han expuestos muchas teorías, la primera que sienta el

³⁸ Ibídem

abuso del derecho en la intensión del agente de causar el daño susceptible de resarcimiento, “la escuela clásica o individualista que ve en el abuso del derecho una fuente de responsabilidad para quien ha actuado con dolo o con culpa, o lo que es lo mismo, una fuente de responsabilidad para quien actuando aparente o realmente en ejercicio de un derecho subjetivo se excede en su ejercicio y ese exceso se constituye por sí mismo en dolo o en culpa”³⁹ otros manifiestan que es suficiente que exista un daño – el cual debe ser resarcido – basado en la extralimitación del derecho del agente sin mirar la intención “ la escuela socialista, de tendencia moderna, sostiene que incurre en responsabilidad civil quien so pretexto del ejercicio de un derecho subjetivo lo hace en forma contraria a su finalidad económica y social”⁴⁰ y no puede faltar la posición ecléctica en la cual la teoría del abuso por tener un contenido social y a la vez una manifestación de voluntad, está impregnada de la teoría subjetiva y objetiva a la vez, es lo que hace de esta figura única a la luz del derecho

*En realidad la teoría del abuso, pone en relación el carácter objetivo y el subjetivo por el mismo hecho de que implica, necesariamente, la confrontación de un acto, producto de una voluntad jurídica, con la función social de un derecho, concepto objetivo; y el sistema se presentará bajo uno u otro aspecto, según se considere por uno u otro lente del antejo; por ello hemos podido decir que la responsabilidad por causa del abuso tenía un carácter mixto*⁴¹

Pero más que adoptar una postura esta figura tiene su origen en la necesidad de buscar el resarcimiento de perjuicios ocasionados por conductas antisociales(*), es decir que ya no se mira el derecho subjetivo como un todo absoluto sino que existen por así llamarlo límites, que hacen que ese derecho subjetivo vaya hasta

³⁹VELASQUEZ RESTREPO., óp. Cit. p. 656

⁴⁰ Ibíd., p. 656

(*)No cabe duda, que se abusa de un derecho cuando se ejerce contrariando abiertamente su finalidad o con finalidad desviada. GIL ECHEVERRY Óp. cit., p 24

⁴¹Ibíd. p.657

donde nace otros derechos “de modo pues que el abuso del derecho, viene a ser la respuesta al ejercicio de derechos de una manera egoísta, sin tener en cuenta las necesidades sociales”⁴²

En el caso específico de las sociedades comerciales, la teoría se ha esbozado a partir del decaimiento de la persona jurídica, pues muchas de las veces esta se ha utilizado, con el fin de cometer abusos, o sea cuando la sociedad se desvía de su finalidad, “la figura del levantamiento del velo corporativo es una teoría ideada para acatar la casi inexpugnable seguridad patrimonial que la sociedad anónima le ofrecía a sus accionistas. En este sentido, esta doctrina se presenta como una respuesta del sistema jurídico frente a los abusos presentados como consecuencia de una arbitrariedad de la figura societaria”⁴³

Podría decirse que la teoría del abuso en el actual derecho moderno, ha servido de base para que conductas permitidas por una norma legal no degeneren y atenten contra los principios establecidos en la constitución” con ese influjo el derecho ya no se piensa como un sistema lógico cerrado, sino como un conjunto de reglas que está limitado por su inserción en las relaciones sociales”⁴⁴, pues ya no estamos en un esquema normativista donde los jueces de la república, deben limitarse a la aplicación de la norma que regula el caso en concreto, sino que la constitución ha jugado un papel muy importante a la hora de lograr el bien común

⁴²RENGIFO GARCÍA. El Abuso del Derecho. En: CASTRO DE CIFUENTES Marcela et al. Derecho de las Obligaciones. Bogotá: Editorial Nomos. 2010. P. 243.

(*)No cabe duda, que se abusa de un derecho cuando se ejerce contrariando abiertamente su finalidad o con finalidad desviada. GIL ECHEVERRY Óp. cit., p 24

⁴³FRADIQUE MÉNDEZ, Carlos, HOLGUÍN MORA Tomás. En el mercado Público de Valores En ANZOLA GIL Marcela et al. Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y Perspectivas. El caso Colombiano: Ed. Universidad del Rosario. 2010. P. 257

⁴⁴CASTRO DE CIFUENTES, Marcela., óp. cit. P. 243

y los derechos y garantías que debe otorgar un estado social de derecho, por tanto es deber de los operadores jurídicos aplicar primeramente la constitución y si dos o más normas del mismo texto constitucional (tal sería el caso en el cual el derecho de asociación, libertad de empresa y el patrimonio público están en juego) entran en juego debe ponderarlas y en esta tarea la teoría del abuso del derecho tiene bastante aplicación “El abuso del derecho es pues, hijo de una postura que ve en los principios el fundamento el sustrato y la justificación de las normas que integran un ordenamiento jurídico y cuya aplicación implica la superación del legalismo y del formalismo jurídico”⁴⁵

Por tanto la teoría del abuso del derecho además de buscar el resarcimiento de situaciones no establecidas concretamente en las normas legales, sirve con el fin de delimitar hasta donde le es permitido al sujeto usar un derecho – atendiendo a la finalidad social de los derechos - que ha sido previamente otorgado por una norma ya sea legal o constitucional, por lo que se han establecido dos niveles de abuso del derecho. “Un abuso del derecho, contenido en norma constitucional pero referido no todo al ordenamiento, sino al ejercicio no razonable de los derechos reconocidos en el mismo texto constitucional; y, el tradicionalmente abuso del derecho que se aplica a las prerrogativas o situaciones de ventaja que el ordenamiento otorga mediante leyes”⁴⁶

En el régimen societario esta teoría ha tenido aplicación en el abuso del derecho de voto y el abuso del derecho de retiro, pero no es taxativo, aunque “Con base en la teoría del abuso del derecho o de los varios casos puntuales previstos en el ordenamiento jurídico también se puede hacer responsables a los accionistas por el pago del pasivo social”⁴⁷ el abuso del derecho consagrado en el código de

⁴⁵Ibíd., p 244

⁴⁶Ibíd., p. 244.

⁴⁷SOTOMONTE SOTOMONTE, La Responsabilidad Societaria en el Marco de la Sociedad Anónima: Congreso. En Congreso Internacional La despersonalización Societaria y el Régimen de Responsabilidad (1ed: 2004 Bogotá). Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas. P. 256.

comercio(*), es una norma general, por tanto si en el derecho societario se presentan otras situaciones que den pie al uso de esta figura se deberá aplicar de manera inmediata sin acudir a otras figuras pues el abuso del derecho es una figura autónoma en el derecho Colombiano mercantil, pues que otra finalidad tendría el legislador al consignarla en una ley (código de comercio)” sin embargo, parece que la ley ha querido ser todavía más precisa quizá para evitar que algún juez despistado o perezoso prefiera no transitar los complicados caminos del abuso del derecho.”⁴⁸

Esta teoría funda la responsabilidad de los socios de una sociedad limitada en el abuso del límite de responsabilidad establecido para las sociedades que consagran este tipo de responsabilidad (*), además afirma que las figuras tradicionales establecidas en la legislación nacional (simulación, fraude pauliano, nulidad), no alcanzan a cobijar los casos en que se hace necesario establecer la responsabilidad ilimitada de los socios.

En conclusión, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil, el acto abusivo es el ejercicio desmedido de un derecho subjetivo autorizado por una norma jurídica, no es un acto ilegal en sí considerado, es un acto que so pretexto del ejercicio legal que se está haciendo del derecho, se abusa de este lo que puede traer como consecuencia el daño a un derecho de un tercero. Por tanto

⁴⁸BARRERA TAPIAS, Darío, La despersonalización de la sociedad y el régimen de la Responsabilidad. Congreso. En Congreso Internacional La despersonalización Societaria y el Régimen de Responsabilidad (1ed: 2004 Bogotá). Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas. P98.

(*)El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause

(*)Se abusará del derecho, cuando su utilización sea contraria a los fines que la ley tuvo en cuenta para reconocerlo o permitir su ejercicio, o cuando se exceden los límites impuestos por la buena fe o las buenas costumbres- ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. El levantamiento del Velo Corporativo en Colombia En I ANZOLA GIL, Marcela et al. Levantamiento del Velo Corporativo, Panorama y Perspectivas. El caso Colombiano. Bogotá P. 72

cuando se abusa de un derecho y se causa un perjuicio es deber del agente la reparación del daño, sin importar los fines que se tuvieron.

El problema al aplicar la teoría del abuso del derecho es el de establecer el juicio de imputabilidad que se le debe dar al acto abusivo, pues ni en la doctrina ni en la jurisprudencia se ha dado un tratamiento uniforme, pues unos afirman que en la teoría del abuso del derecho el juicio de reproche es objetivo, otros manifiestan la necesidad de imputar el abuso del derecho a el actuar doloso o culposo del agente que causó el daño.

Para el caso de interés, el abuso del límite de responsabilidad en las sociedades, se presenta, cuando los actos realizados por los socios se cometenen beneficio personal y no de la sociedad como persona jurídica, lo que puede conllevar a la vulneración de derechos de terceras personas y a su posterior resarcimiento. Si bien el límite de responsabilidad es necesario – pues quien invertiría en una sociedad comercial si su patrimonio está en juego - no significa que los principios que consagra la constitución política se puedan ver vulnerados.

Aunque se ha tratado de justificar la responsabilidad limitada en asuntos de carácter social (si se elimina el límite de responsabilidad serán menos las personas que invertirían lo que traería consigo menos empleo), no se puede desconocer que muchas de las veces ese límite de responsabilidad es usado con el fin de menoscabar – abuso del derecho – los intereses de personas con especial protección por la misma constitución.

Situaciones constitutivas de abuso de la personalidad jurídica

- La sociedad adelanta actividades prohibidas por la persona natural
- Fraude a la ley o perjuicio de terceros.
- Confusión del patrimonio de la sociedad y de los socios.⁴⁹

⁴⁹Ibid., p.62

Aunque esta teoría no desconoce la existencia de figuras tradicionales que en alguna medida desestiman el velo corporativo, no es menos cierto que con estas no se logra extender la responsabilidad de los socios, ni se consiguen los mismos efectos, pues muchas de las veces lo que se busca es atacar el acto“no es idónea la aplicación de la teoría para anular o destruir la sociedad como negocio jurídico o el acto que se considera abusivo. La sociedad puede continuar con su existencia y sus operaciones, ello no incumbe a la aplicación de la teoría, que simplemente busca para el caso correr el velo de la personalidad jurídica, para que terceros puedan llegar hasta los socios, sin que nada se interponga en ellos”⁵⁰

En cuanto a la materialización de la teoría del abuso, no se ha establecido la herramienta o acción judicial para lograr que las personas afectadas busquen el resarcimiento de los perjuicios

un asunto no definido judicialmente tan solo insinuado por la corte constitucional, se refiere a la naturaleza de la acción y de la pretensión encaminada al levantamiento del velo corporativo expresando que puede ser de simulación o nulidad, igualmente como lo entiende la doctrina; sin embargo, al ser el abuso del derecho una institución autónoma y diferente a las anteriores lo adecuado sería impetrar una acción por abuso del derecho y, como consecuencia, el levantamiento del velo corporativo, y de esta forma automáticamente se abre paso a la reclamación de perjuicios, circunstancia que se discute mucho cuando se trata de la pretensión de nulidad del contrato⁵¹,

⁵⁰Ibid., p. 74

⁵¹GIL ECHEVERRY, op cit.,p 127

Como se verá más adelante, se ha utilizado la acción de tutela y otras acciones de carácter constitucional con el fin de solicitar el levantamiento del velo. “En la medida en que los procedimientos permitan que los acreedores obtengan una respuesta justa y oportuna a sus pretensiones sobre responsabilidad de las matrices, socios y administradores se reducirán significativamente las posibilidades de fallos por vía de tutela en esta materia”⁵²

3.3.2 Desestimación basada en los elementos de la Responsabilidad Civil.

Se ha afirmado que la teoría del abuso del derecho, es una figura vaga, llena de imprecisiones y de muchas interpretaciones acerca de sus elementos y alcances, lo que conlleva a que muchas de las veces en caso de daño causado a un tercero se aplica la teoría de la responsabilidad civil, por tanto y para el caso objeto de estudio si un socio abusa del límite de responsabilidad, se tendrá que hacer el respectivo juicio de imputación con el fin de establecer el grado de responsabilidad del agente.

La responsabilidad civil basada en el elemento subjetivo, vierte la responsabilidad en la actuación culposa o dolosa que cometió el agente causante del daño, por tanto ⁵³“no basta con que una persona hay sido lesionada en su derecho; se requiere que su adversario no oponga un motivo legítimo, un derecho más fuerte”, por tanto una persona que poco prudente o intencionalmente causa un daño a otra, su deber consiste en repararlo, pues al haber vulnerado el ordenamiento jurídico, su actuar deviene en ilícito.

⁵²ROZO GAITAN, Andrés., óp. cit. P 193.

⁵³ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Tomo I. Segunda edición. Bogotá, D.C. Fundación Cultural Javeriana. 2006.

Es así que un acto ilícito es aquel que contraria una norma jurídica que prohíbe un comportamiento desviado del agente.

Siendo así, la responsabilidad civil se fundamenta en la antijuricidad del comportamiento del agente causante del daño, lo que conlleva a que exista en el ordenamiento jurídico una norma concreta que prohíba ese comportamiento, pues los principios de carácter general y los valores axiológicos no tienen cabida en la antijuricidad.

Por tanto si se acoge la teoría subjetiva del abuso del derecho la única diferencia con la teoría de la responsabilidad civil, será la antijuricidad de la conducta, pues mientras en la primera la conducta culposa o dolosa es prohibida por ser contraria a principios constitucionales, generales del derecho, valores ético jurídicosjurídicos (aunque el abuso del derecho no excluye que sus consecuencias estén definidas en normas específicas), en la responsabilidad civil se requiere que la prohibición de la conducta este previamente definida en una norma concreta.

3.4RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN EL DERECHO ARGENTINO.

En el derecho argentino al igual que en el Colombiano se ha discutido si es procedente el abuso del derecho para establecer la responsabilidad de los socios o si por el contrario la responsabilidad de estos descansa en la teoría de la responsabilidad civil.

La respuesta a la inquietud se da en la diferencia que existe entre acto ilícito y acto abusivo, pues en el derecho argentino es necesario que la conducta desplegada por el agente atente una norma de carácter concreto “La desestimación de la personalidad societaria se funda en que tal personalidad es

utilizada para vulnerar alguna ley, en sentido material. Si no existe tal conducta antijurídica, la desestimación carecería de razón de ser”⁵⁴

Por tanto si la conducta ha de ser ilícita y no abusiva, la teoría del abuso del derecho no tiene cabida para establecer las causas y consecuencias de la extensión de responsabilidad en el derecho argentino.

3.5 RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS EN ESTADOS UNIDOS

El régimen de responsabilidad de los socios en el CommonLaw, también ha suscitado controversia en la doctrina, pues al estar sentado en elEquity y en el precedente judicial, son variadas las teorías que se fundan al respecto. Una de esas teorías es la que asemeja la responsabilidad de los socios a la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, pues afirma que solamente en aquellos eventos en los que terceras personas no tuvieron la oportunidad de conocer el estado patrimonial de la sociedad los socios deberán entrar a responder, cuando han actuado en fraude de terceros. Por tanto cuando se configura el fraude, el juez basado en elEquity tiene bastante discrecionalidad a la hora de tomar la decisión, pero debe tener en cuenta que toda decisión se funda en la responsabilidad subjetiva.

En así entonces que el descorrimiento del límite de la responsabilidad, es una figura autónoma en el derecho norteamericano, pero fundada en la subjetividad de la actuación.

⁵⁴CABANELLAS DE LAS CUEVAS, óp. cit., p. 73

3.6 CONCEPTOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ACERCA DEL DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS

Concepto 220-51821 de 2004

En esta oportunidad se solicita se precise el "levantamiento del velo corporativo" y mencione jurisprudencia al respecto

Para dar respuesta al interrogante planteado la superintendencia de sociedades se limita a transcribir el concepto 220- 12950 del 27 de marzo 1998, y en este parte de la premisa que existen varios mecanismos para contrarrestar el abuso de la personalidad jurídica “debemos señalar que el ordenamiento jurídico contempla diversos mecanismos a través de los cuales se hace frente al abuso que eventualmente pueda hacerse de la cobertura de la personalidad jurídica de la cual se ha dotado a la sociedad.”⁵⁵ (Subrayado fuera de texto).

En cuanto a la explicación de la figura del abuso del derecho en Colombia la Superintendencia de Sociedades, analiza la sentencia del 6 de septiembre de 1935 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se expone las diversas teorías – subjetiva, objetiva – que se han esbozado alrededor del abuso del derecho y finalmente reitera que dentro del ordenamiento jurídico mercantil se consagra esta figura de manera autónoma.

El problema del concepto radica en que no desarrollo la teoría que la entidad acoge sobre el tema, es más ni siquiera concluyó la que acoge la Corte Suprema de Justicia.

Oficio 220-039930 del 15 de agosto de 2007.

⁵⁵Concepto 220-51821 DE 2004

En esta oportunidad, se consulta sobre el grado de responsabilidad que tienen los socios al levantarse el velo societario.

Para responder a la pregunta planteada la Superintendencia de Sociedades define que es la persona jurídica, el velo corporativo, sin ser muy técnica la definición del concepto, pues el velo corporativo o la persona jurídica hace referencia a otros aspectos y el desdoblamiento del límite de responsabilidad es solo uno de ellos, se enuncian las normas y sentencias que en Colombia han tratado el tema del levantamiento de la personalidad jurídica, y finaliza señalando que es el juez de la causa quien determina la responsabilidad de los socios ante un eventual desdoblamiento del velo societario con el fin de eliminar el límite de la responsabilidad, “Por lo expuesto, es de concluir que en los procesos adelantados con el fin de determinar la responsabilidad de los socios, frente a obligaciones insolutas de acreedores o terceros, deberá estarse al fallo que profiera el juez de conocimiento.”⁵⁶

Oficio 220-171379 Del 19 de Diciembre de 2011. En esta oportunidad La Comisión Nacional de Televisión, solicita información acerca de si es posible responsabilizar a los socios en el caso de procesos coactivos que se adelantan contra las personas jurídicas de que son partes.

Para responder a lo planteado la Superintendencia de Sociedades cita el oficio 220-039930 del 15 de agosto de 2007, (el que como se analizó anteriormente no llega a ninguna conclusión) y cita el oficio 220-037473 del 2 de febrero de 2009, donde se establece la responsabilidad de los administradores “En consecuencia, el administrador deberá responder solidaria e ilimitadamente por todos los perjuicios que por dolo o culpa ocasione tanto a la sociedad, a los socios y terceros.”, y afirma que la responsabilidad de los socios en una sociedad de responsabilidad limitada, es limitada, es decir que ante una eventual reclamación

⁵⁶Oficio 220-039930 del 15 de agosto de 2007

por un tercero acreedor de la sociedad, su responsabilidad no va más allá del capital que aporto, por tanto no se podrá atacar su patrimonio personal

los accionistas de una sociedad anónima, es de tener en cuenta que estos no comprometen su responsabilidad personal, y por lo mismo los acreedores del ente societario no tendrán derechos sobre sus bienes, sino sobre los activos del ente societario, en la consideración de que la responsabilidad de los accionistas se limita al valor de sus aportes en la sociedad, observándose que la legislación busca con esto delimitar la responsabilidad de los asociados, evitando así que su patrimonio personal sea perseguido para cubrir un pasivo que haya adquirido la compañía⁵⁷

Sin embargo añade que ante una eventual vulneración al principio de buena fe contractual se debe descorrer el velo con el fin de responsabilizar a los socios, que han actuado con el fin de defraudar intereses de terceros por sus “actuaciones dolosas o culposas de los asociados en detrimento de terceros, vamos más allá de la responsabilidad limitada solo al ente societario y entramos a la responsabilidad que le cabe a cada persona individualmente considerada, y ello es lo que constituye el levantamiento del velo corporativo, el cual es perfectamente aplicable, se reitera, en cualquier tipo societario e independientemente de que las sociedades se encuentren tramitando los procesos citados.” (Subrayado fuera de Texto).

En el presente caso la superintendencia de Sociedades determinó, que para exigir responsabilidad a los socios en el evento de falta de bienes para cubrir el total de las deudas ante un proceso liquidatorio, era necesario examinar el elemento culpa. Aunque se debe tener en cuenta que este concepto, se realizó bajo la ley 222 de 1995, que a la fecha ya se encuentra derogada, pero además mencionó la posibilidad de hacer responsable a los socios en virtud del artículo 830 del código de comercio – abuso del derecho

Oficio 220-021165 de Febrero 14 de 2008. Se consulta sobre si es posible

⁵⁷ Ibídem

perseguir los bienes de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada que no tiene patrimonio con qué responder ante un proceso ejecutivo.

Para responder al asunto planteado, la superintendencia de sociedades cita el Oficio 220-35969 del 13 de julio de 2005, deja en claro que en las sociedades de capital los socios y accionistas responderán hasta el límite de los aportes, pero que en caso de deudas laborales los socios de una sociedad limitada son solidariamente responsables hasta el límite de sus aportes, o sea involucran su capital propio pero solo hasta el valor de sus aportes, así mismo cita los apartes de la sentencia acerca de la limitación de responsabilidad en sociedades de capital.” y concluye afirmando que, solamente se podrá predicar responsabilidad solidaria ante deudas de carácter laboral y tributario. En eventos de abuso del derecho o simulación (además de las deudas de carácter laboral y tributario), se debe eliminar el límite de responsabilidad.

Oficio 220-011545 del 17 de Febrero de 2012. Consultan sobre si es posible responsabilizar a los socios de una sociedad limitada, cuando han actuado en fraude de la ley o de terceros.

Para responder a la inquietud planteada se define el levantamiento del velo corporativo como un mecanismo para evitar el fraude y los intereses de terceros, y además se establece que los socios y administradores responderán solidariamente por las obligaciones surgidas por las sociedades de capital. De otra parte menciona que en algunos casos no se requiere revisar la intención del agente (socio o accionista), para exigir la responsabilidad solidaria entre estos y la sociedad de la siguiente manera:

Ahora bien, existen algunas hipótesis en las cuales el legislador ha considerado procedente regular excepciones a la regla de la limitación de responsabilidad, con el fin de evitar el fraude a la ley o de sancionar la comisión de ilícitos por parte de quienes pretenden protegerse en dicho

*efecto. Sin embargo, es menester tener en cuenta que, según el origen de las obligaciones a cargo del ente jurídico cuando han surgido de la aplicación de normas de carácter tributario o se contraen a favor de la administración pública, el legislador, sin tener en cuenta si los socios han actuado de buena o mala fe ha regulado hipótesis de levantamiento del velo.*⁵⁸

Concluye diciendo que con el levantamiento del velo corporativo se suprime la responsabilidad limitada en las sociedades de capital y hace que los socios y accionistas de cada una de las sociedades sean responsables directos antes las obligaciones de las personas jurídica.

Oficio 220-046902 Del 03 de abril de 2011. En este caso solicitan información acerca de si es posible perseguir el patrimonio de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, ante la existencia de procesos laborales

La Superintendencia de Sociedades responde afirmativamente al interrogante planteado, teniendo en cuenta que para obligaciones de carácter laboral las sociedades de responsabilidad limitadas se asemejan a las sociedades de personas, por tanto son solidariamente responsables por las obligaciones que de este tipo pudieran surgir, pero deja en claro que esta responsabilidad solidaria surge, cuando se haya agotado previamente el activo de la sociedad, por tanto las obligaciones laborales resultan subsidiarias, solidarias e ilimitadas.

⁵⁸Oficio 220-011545 Del 17 de Febrero de 2012

4SUSTENTO NORMATIVO DEL DESCORRIMIENTO DEL LÍMITE DE RESPONSABILIDAD

En Colombia y en muchos países donde se da aplicación a esta figura, no existe un marco normativo para sustentar la extensión de responsabilidad en caso de abuso del límite de responsabilidad. Aunque si se consagran normas sobre el levantamiento del velo corporativo (ley 142 de 1994, ley 80 de 1993), ha de recordarse que el levantamiento del velo corporativo es el género y el descorrimiento del límite de responsabilidad es la especie, por lo que no habiendo norma concreta alguna y pocos pronunciamientos acerca de la responsabilidad de los socios en caso de abuso del límite de la responsabilidad serán las normas de carácter general las que se aplican, con el fin de darle cabida a la teoría en Colombia.

Por tanto la norma jurídica que sustenta el régimen de Responsabilidad de los socios al descorrer el límite de responsabilidad es el artículo 830 del código de comercio, siempre y cuando se adopte la teoría subjetiva del abuso del derecho.

CONCLUSIONES

- El descorrimiento del límite de responsabilidad, es una figura creada con el fin de hacer responsables a los socios de una sociedad, cuando abusan del límite del de responsabilidad.
- La gran discusión que se ha venido presentando es en establecer un régimen de responsabilidad único en aquellos casos en los cuales, los socios abusen de la sociedad, pues unos asimilan la figura al régimen de la responsabilidad civil otros la centran en el fraude a la ley abuso del derecho.
- En el derecho comparado se mantiene como característica básica del régimen de responsabilidad de los socios y controlantes cuando se descorre el límite de la responsabilidad, el examen del actuar del agente, pues solo cuando se actúa con dolo o culpa, se podrá exigir de estos la indemnización de perjuicios. Las variantes se encuentran en el régimen de responsabilidad a aplicar pues países como argentina exigen que el acto sea ilícito para endilgar responsabilidad, en Estados Unidos se exige una conducta fraudulenta.
- En Colombia, aunque la ley 1258 de 2008, menciona el actuar fraudulento, para exigir responsabilidad a los socios, la mayoría de la doctrina utiliza el actuar abusivamente, pues este es un concepto más general, ya que no solo contempla los casos en los cuales los socios realizan actos prohibidos por la ley, sino que abarca todos aquellos en los cuales los socios, so pretexto del uso de una norma que autoriza cierta conducta, abusan de esa permisión, lo que trae consigo la violación de normas jurídicas, derechos constitucionales y principios generales del derecho.

- Para establecer la diferencia de uno y otro régimen de responsabilidad se debe partir de la diferencia entre acto ilícito y acto abusivo, pues si se exige el primero se estaría frente a los mismo elementos de la responsabilidad civil; si se opta por el segundo se estaría frente a un abuso del derecho. Acto ilegal es cuando el agente solamente debe resarcir los perjuicios, cuando su actuar va en contra de una norma jurídica, mientras que en el acto abusivo, el agente se extralimita en un derecho, lo que trae como consecuencia la violación de derechos constitucionales y legales.

BIBLIOGRAFÍA

ANZOLA GIL, Marcela et al. Levantamiento del Velo Corporativo Panorama y Perspectivas el caso colombiano. 1ed Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. La Personalidad Jurídica Societaria. 1ed Buenos Aires: Heliasta, 1994.

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela et al. Derecho de las Obligaciones. Tomo II Bogotá: Temis, 2010.

CONGRESO INTERNACIONAL. La Despersonalización Societaria y el régimen de responsabilidad. 1ed Bogotá: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 2006.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Nuevo Régimen Societario. 1ed Bogotá: Librería del profesional. 1998.

NARVAEZ, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombia. 2ed Bogotá: Legis, 2004.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. 2ed. Bogotá: Temis, 2006.

VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden Societario. 3ed Medellín: Señal Editora, 2010

PINZÓN, Gabino. Sociedades Comerciales. 4ed Bogotá: Temis, 1982

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario en Estados Unidos. 3ed Bogotá: Legis. 2006

<http://www.corteconstitucional.gov.co>

<http://www.supersociedades.gov.co>