

Animus societatis como criterio legal en el estudio de pretensiones de levantamiento del velo societario en hipótesis de interposición de la sociedad¹

Animus societatis as legal criterion in the study of claims for piercing of corporate veil events of abuses the independent personality of the company's legal person

JESÚS ALEJANDRO ORDUZ CRUZ²

RESUMEN

Este trabajo tiene por fin estudiar la posible aplicación del *animus societatis* en eventos donde el juez societario analice la pretensión de levantamiento del velo societario por la comisión de conductas abusivas y/o fraudulentas. Donde se propone al *animus societatis* como criterio legal fundamental bajo el cual el juez debería establecer la presencia de un propósito de negocio legítimo.

1 Fecha de recepción: 19 de marzo de 2021. Fecha de aceptación: 25 de junio 2021 Para citar el artículo: Orduz J. "Animus societatis como criterio legal en el estudio de pretensiones de levantamiento del velo societario. En hipótesis de interposición de la sociedad". *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 20, N° 1 enero–junio 2021. Agradezco al Dr. Luis Fernando Sabogal quien ejerció la labor de tutor para el desarrollo de la investigación que derivó en la redacción de este artículo académico. Su orientación, comentarios e interlocución sirvieron de referencia fundamental para la construcción de este texto. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v20n1.03>

2 Estudiante de Quinto año de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. jesus.orduz@est.uexternado.edu.co

Palabras clave: Levantamiento del velo societario- *animus societatis*- propósito de negocio legítimo- criterio legal.

ABSTRACT

This paper aims to regard the possible application of *animus societatis* in events where the judge of companies studies the claims of piercing of corporate veil for commission of fraud or abuses acts for separate legal personality. *Animus societatis* is proposed as fundamental legal criterion which the judge should establish the presence of a proper purpose business.

Key Words: piercing of corporate veil- *animus societatis*- proper purpose business- legal criterion.

INTRODUCCIÓN

La evolución del ser humano y la voluntad de conseguir objetivos comunes dieron lugar a la posibilidad de asociarse, esto con la intención de obtener tales objetivos. Siguiendo esa simple pero trascendental idea se llevó al derecho a consagrar un -nuevo- mecanismo que permite regular estas relaciones, al que denomino "sociedad". Empero estos objetivos que llevan a asociarse en algunas ocasiones han perseguido fines perversos. Es por ello por lo que, la doctrina jurídica, en especial la relacionada con el derecho societario no ha sido ajena a identificar la problemática que suscita un ejercicio abusivo y/o fraudulento de la "sociedad comercial". Especialmente en aquellas sociedades donde se responde únicamente hasta el límite de los aportes. Prestado especial atención el legislador y el juez frente a sociedades que pretenden burlar el cumplimiento de leyes imperativas o la causación de perjuicios a terceros.

Así pues, el derecho a tenido que idear mecanismos que combatan todas aquellas conductas mediante las cuales se utilice la sociedad para perseguir fines extralegales. Dentro de estas herramientas jurídicas, se ha desarrollado la *tesis del levantamiento del velo societario*. Consistente en la atención de la realidad misma de las relaciones jurídicas establecidas con ocasión de la creación de la sociedad. Prestando atención a la sociedad en sí misma considerada, a sus características y efectos cuando se esté bajo supuestos de hecho que se consideran generan distorsión a un uso legítimo de la institución de la sociedad. Aclarando eso sí, que no es la única vía con la que cuenta el derecho para perseguir estas conductas pero si la más idónea.

Teniendo esto presente, este trabajo pretenderá inicialmente abordar el fenómeno del levantamiento del velo societario, a través del desarrollo de una parte teórica donde se determine su concepto, sus características y las consecuencias a generar. Esto con el deseo de poder entender el fenómeno

del levantamiento del velo societario a plenitud. Una segunda parte tendrá por objetivo darle un uso moderno al clásico concepto del *animus societatis*. También conocido en la doctrina como *affectatio societatis* o *animus contrabendae societatis*. Por último, se buscará ofrecer a través de esta redefinición del "*animus societatis*" un nuevo uso, el cual prestara la calidad de parámetro para facilitar la toma de decisiones del juez en los casos cuya pretensión principal persiga la declaratoria de levantamiento del velo societario.

El levantamiento del velo societario es una decisión que se toma en el marco de un proceso judicial. Caracterizado por su naturaleza excepcional, por requerir de un gran ejercicio probatorio³ y por darse de forma *ex post* al surgimiento de la sociedad a la vida jurídica. Siendo lo anterior así, el levantamiento del velo tiene por finalidad indagar sobre "los fines con los que se emplea a la sociedad" y si estos fines tienen o no una justificación -presencia de un interés legítimo protegible- que permita continuar con el pleno reconocimiento de los efectos derivados de la personalidad jurídica -propia- de la sociedad.

La presente investigación pretende entonces demostrar la siguiente tesis: la existencia de un verdadero ánimo de desarrollar el objeto social debería ser el criterio legal bajo el cual se determine cuándo existe un propósito legítimo societario. Este sería el insumo fundamental para que el juez acepte o rechace el levantamiento del velo societario bajo el supuesto de interposición societaria.

Metodológicamente el trabajo se desarrollará en los siguientes capítulos. Primero, se establecerá el estado del arte en las materias de abuso de derecho en sociedades, de levantamiento del velo societario, de su definición y de sus principales características. A continuación, se establecerá y se pretenderá conceptualizar de que trata la idea de fin legítimo de negocio dentro de los procesos que pretenden el levantamiento del velo societario. En un tercer capítulo, se traerá a colación el concepto de *animus societatis* y como su

3 Cfr. "Tan solo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria [...]. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario". (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 800-55, 2013). En igual sentido. "Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria". (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 801-15, 2013). (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 800-29, 2017)

redefinición puede ser empleada, hoy, como criterio legal para desistir de la declaratoria del levantamiento del velo societario. Finalmente, se presentará la propuesta de como funcionaría el *animus societatis* como criterio legal, para desvirtuar de ser así o para decretar el levantamiento del velo societario, en casos de presunta interposición societaria.

1. ABUSO DE DERECHO EN SOCIEDADES

Con ocasión a la existencia de actos contrarios a la idea de la sociedad como "acuerdo de voluntades de dos o más personas [donde] se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social".⁴ (Código de comercio, 1971, art. 98) o mejor, de la idea de asociarse con el ánimo de obtener ganancia. La sociedad en cambio se ha utilizado, en algunas ocasiones, para pretender el cumplimiento de fines extralegales perversos como burlar el cumplimiento del ordenamiento jurídico o de obligaciones contraídas para beneficio de los socios, individualmente considerados, u otros terceros. Dando lugar a que el derechos juzgase necesario identificar cuales sociedades debían ser protegidas⁵ y por tanto, recibir los beneficios de la forma asociativa, y, en cambio, cuales sociedades por su propósito no deberían ser beneficiarias de los efectos propios de la constitución de la sociedad.

Sin embargo, esta resolución a pesar de parecer justa presentaba una duda de orden práctico, y es: ¿Por qué razón una sociedad debidamente constituida perdería el reconocimiento de los efectos derivados de su personalidad jurídica? Teniendo en cuenta además que para el surgimiento de una nueva persona jurídica -propia e independiente de los socios- derivada de la formación de una sociedad basta solo con el cumplimiento pleno de los requisitos formales de constitución.

Asistiendo a este interrogante, se elaboraron variadas y diversas teorías que buscan poner fin al debate. Por ejemplo, algún sector de la doctrina optó por respuestas tradicionales que en su gran medida se encontraban en el derecho común y que atienden al negocio jurídico pero que desconocen la naturaleza dinámica de la sociedad⁶. Sin embargo, estas por lo inoportunas

4 Negrita fuera de texto

5 En todo caso, se debe diferenciar de cuando el fin extralegal es perverso de cuando solo constituye una ventaja derivada del uso mismo de la sociedad, Pues por ejemplo, el mismo ordenamiento presenta diversos tipos societarios bajo la idea de que cada uno permite una mejor disposición de intereses—fin extralegal- de acuerdo con las necesidades de cada socio futuro socio. (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 801-15, 2013).

6 Cfr. PINZÓN, G. "sociedades Comerciales". Bogotá. Edit. Temis. Vol. 1. Ed. 5. 1980. P. 52-56. GAVIRÍA, E. "Grandes Temas del Derecho Comercial". Medellín. Edit. Dike. 1993. P. 103-120. Superintendencia de Sociedades, oficio 220-12950, 27 de marzo de 1998.

y poco idóneas en atención a los fines y realidades que engloba la sociedad fueron descartadas. En cambio, otra parte de la posición doctrinal de origen jurisprudencial propuso la aplicación de un principio general del derecho, el abuso de derecho en el derecho continental mientras que el derecho anglosajón se declinó por la categoría de *fraud*⁷ (manifestación de la *equity*⁸) como la alternativa que mejor responde al interrogante planteado y que además justificaba la posibilidad de tomar medidas frente a la actuación de estas sociedades/socios.

Conviene además tener presente antes de abordar el siguiente tema, en qué consiste la interposición societaria. Esto es, la referencia a contextos en el que se instrumentaliza una sociedad con el propósito de cometer fraude a la ley o a intereses de terceros. Donde el fin mismo por el que se da o se desarrolla la sociedad es para la comisión de la conducta abusiva y/o fraudulenta.⁹ Pues la definición misma dada al fenómeno supone una relación directa con la solución preferida por nuestro ordenamiento.

7 Antes que nada debe aclararse que este concepto no encuentra traducción en un concepto propio del derecho continental. Sin embargo, *grosso modo*, y desatendiendo los debates a los que pueda dar lugar esta figura en los ordenamientos donde se aplique. El *fraud* puede ser entendido como ese acto tendiente a engañar que se da por la aplicación ingeniosa de estrategias que recrean una versión de la realidad alterada. Estas estrategias, pueden ser: a través de la generación de impresiones distintas a la realidad (*false representations*), afirmaciones tergiversadas o carentes de autenticidad (*misrepresentations*), actos fraudulentos para acceder a la propiedad (*false pretenses*) o la compra sin la intención de pago (*imposture*). Garzón, C. E. C., 2016, p. 129).

"La promoción de la justicia y la prevención del fraude son los principales objetivos de la doctrina del velo corporativo de EE. UU". (CHENG, T. K., 2011)

"El juez Hardwicke en el caso *Chesterfield vs Janssen* propuso las siguientes hipótesis de fraude: 1) Fraude activo (sin intención) o actual (con intención-dolo-); 2) Fraude que surge con evidencia de la naturaleza intrínseca del negocio; 3) Fraude presumido por las circunstancias y condiciones de los contratantes; 4) El engaño practicado por una tercera persona por medio de un negocio celebrado entre otras personas; 5) El fraude realizado sobre herederos futuros u otros con derechos en expectativa tendiente a captar su voluntad para disponer de los bienes a adquirir en el futuro" (*Chesterfield vs Janssen* 1 Atk. 301. Citado en DOBSON, J. M, 1985, p.145) .

8 La *equity* se caracteriza por su uso subsidiario ante las reglas emanadas del *common law*. Siendo aplicables exclusivamente en hipótesis en las que el tribunal de equidad asume competencia "cuando exista un daño irreparable de otra manera. Un daño resulta irreparable cuando el tribunal de Derecho no concede amparo alguno, o cuando el amparo ofrecido es inadecuado e injusto" Boldó Roda, Carmen., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. 4ª ed.; Ed. Aranzadi, 2006, p. 86. Citada en: COSTANTINI, PABLO., 2016, p 2.)

9 Según la Superintendencia de Sociedades esta conducta consiste en una "*particular modalidad de abuso de la figura societaria, que se configura cuando se instrumentaliza cualquier especie de sociedad comercial con el fin de evadir restricciones normativas que de otra manera, es decir, sin mediar la interposición, le serían aplicables al creador de las sociedades interpuestas*" (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 801-15, 2013)

1.1. ABUSO DE LA SOCIEDAD

Como se mencionó antes, el abuso del derecho corresponde a una respuesta al problema del uso indebido de la sociedad. Y evoca la referencia a un principio general del derecho que consiste en modo general a "*aquella conducta que parece ser congruente con la norma, un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica, (pero que) sin embargo, quebranta y contraría el espíritu y el propósito de los derechos ejercidos, de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima*" (Mori y Torres, 2013, p. 14). Es decir, es toda conducta que se da atendiendo el derecho objetivo pero que en ejercicio de la facultad dada (derecho subjetivo) rebosa su contenido prestacional.

Dicho esto, ¿cómo se relaciona este principio con la problemática estudiada? Pues bien, se encuentra entonces que en algunos eventos la explotación de las sociedades se encuadra en la definición de abuso de la siguiente forma. La constitución de sociedades claramente no contradice el enunciado formal de ninguna regla, por el contrario el ordenamiento auspicia el surgimiento de estos entes. Lo cual hace a raíz de la importancia que tiene la sociedad no solo en el mundo jurídico, como forma de disposición de interés de cada socio, sino sobre todo, por su relevancia en el mundo económico. Cuya realidad invita cada vez de forma más necesaria a la cooperación entre individuos para la consolidación de grandes proyectos, en especial para la obtención de mayores sumas de capital.

Sin embargo, en algunas ocasiones, este comportamiento permitido -constituir sociedades- contradice el espíritu y propósito de esta facultad conferida a la persona natural, esto es, cuando la persona jurídica es utilizada fraudulentamente con el fin de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, negociales, deberes tributarios o el cumplimiento efectivo de una decisión judicial. Dicho de otra forma, cuando estas no pretendan la consecución de fines legítimos de negocio que se encuentre protegidos por el derecho por adecuarse al espíritu o propósito con que se promulgaron las normas sobre sociedades. Cuando la sociedad es utilizada con estos fines, esos eventos reciben el nombre de interposición societaria. Cabe señalar, además, que la realización de comportamientos abusivos y fraudulentos esta proscrito en nuestro ordenamiento, y que la no observancia de esta prohibición lleva consigo el deber jurídico de reparar perjuicios, aunque no siempre se perseguirá esto, pues en algunos otros casos lo relevante será que deje sin efectos cierta actuación de la sociedad. Lo cual, pone de presente que los remedios tradicionalmente ofrecidos por el derecho no siempre resultan ser los pretendidos o los más idóneos.

Partiendo de la idea según la cual, lo que faculta al juez societario a revisar las sociedades en eventos donde fácticamente se señale la interposición societaria (esto es la utilización de la sociedad como instrumento para cometer conductas fraudulentas de la ley o en perjuicio de terceros) es la

proscripción del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano. Surge un nuevo interrogante y es ¿Qué medidas podrían tomarse para contrarrestar los efectos del abuso de la sociedad? Antes de responder esta pregunta, debe resaltarse que las medidas que se buscan tienen "el firme propósito de no aumentar la onerosidad en la constitución de sociedades para todos aquellos que usan este instrumento de forma legítima¹⁰. Así, el que algunas personas usaran la sociedad de forma ilegítima no puede llegar a significar la promulgación de barreras y limitantes que impidieran la constitución de sociedades cuando esta si tenga fines legítimos. Lo cual obedece a tres razones. Primera, no debe generar cargas adicionales a las sociedades legítimamente constituidas. Segundo, resulta de muy difícil su realización práctica, pues desbordaría la capacidad operativa de la Superintendencia de Sociedades (autoridad competente). Por último, porque las medidas deben estar concentradas exclusivamente en impedir el fenómeno del abuso de la personalidad jurídica de la sociedad y no la constitución de sociedades.

Ahora bien, respecto a la última pregunta, la doctrina con ocasión al abuso del derecho o al *fraud*, según sea el caso, ha escogido una serie de medidas propias para estos casos. Medidas que se recogen bajo la tesis del levantamiento del velo societario (*o piercing of corporate veil*). Aunque dependiendo de los hechos que justifican la declaratoria del levantamiento se tomarán medidas específicas para la protección de los intereses afectados que bien podrían ser el cumplimiento de una obligación, el cumplimiento de una norma o de una decisión judicial. Esta tesis se elaboró como medida más idónea por cuánto. Primero, permite controlar el incremento de este tipo de usos de la sociedad debido a la posibilidad de accionar contra estas sociedades y expulsarlas del mundo comercial. Segundo, impide que las sociedades que fueron constituidas con estos fines logren su cometido toda vez que perderán la ventaja obtenida y además deberán dar cumplimiento a las órdenes que determine el juez en una eventual sentencia. Tercero, porque que a la vez desincentiva la constitución de sociedades que tengan este fin pues con antelación sabrán las consecuencias que puede ocasionar su conducta.

10 "Esta solución tiene la ventaja de imponerle altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fue diseñada la aludida figura societaria" Superintendencia de Sociedades. Delegatura para procedimientos mercantiles. Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 801-15, 2013. Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 320178, 2018.

1.2. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

1.2.1. Concepto

El levantamiento del velo societario corresponde al fenómeno jurídico según el cual, la persona jurídica pierde un elemento de su técnica de personificación jurídica como consecuencia de la comisión de un acto abusivo y/o fraudulento. Elemento que genéricamente corresponde a la idea de que "La sociedad, una vez constituida legalmente, **forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados**"¹¹ (Inciso 2 del artículo 98 del Código de Comercio) y por tanto, pierde la irresponsabilidad de los socios frente a la sociedad, ósea, se pierde la limitación de responsabilidad¹². Es decir, se deja de lado al idea de que es una persona independiente para entrar a estudiar relaciones internas y externas de la sociedad caso por caso. Claro, "sin que ello implique una amenaza al concepto de derecho societario de responsabilidad limitada" (Farrar, J.H., 2013, p. 26), pues en todos los casos la aplicación del levantamiento del velo societario debe ser excepcional.

El levantamiento del velo trae como consecuencia el no reconocimiento de una persona jurídica distinta, empero, no todas las veces pretende los mismos efectos, pues, estos dependerán del caso en concreto y de la relación jurídica que se demande. Aun así podemos encontrar que dentro de los principales efectos están los siguientes. Por un lado, la posibilidad de que los socios respondan por obligaciones contraídas por la sociedad o emanadas de su responsabilidad, más allá de lo que el tipo societario establece, esto es de forma ilimitada de modo que los socios son llamados a responder con su propio patrimonio por obligaciones sociales insolutas. Por el otro, la imposibilidad de hacer valer el reconocimiento de una persona jurídica distinta de los asociados para evaluar en sede de responsabilidad quien debe responder y en qué grado, de acuerdo con la participación en la comisión de la conducta abusiva. Tercero, la nulidad de la actuación de la sociedad para dejar sin efectos la decisión con la que se materializa el abuso y/o fraude.

Como se indicó en la parte introductoria la idea del levantamiento del velo societario responde a la necesidad de encontrar un remedio jurídico para los eventos donde la sociedad sea empleada de forma ilegítima para cometer abuso y/o fraude. Práctica que desafortunadamente ha sido cometida en diversas partes del mundo. Y que ha hecho que a pesar de que en estos

11 Negrita fuera de texto.

12 Es justamente al desconocimiento de la limitación de la responsabilidad lo que produce la llamada 'perforación' o 'desdormimiento del velo societario'. (REYES VILLAMIZAR, 2018, p. 147). Como lo sostiene la profesora Ormeno "Todas estas doctrinas tienen un común denominador: implican el procedimiento inverso al reconocimiento de la persona jurídica" (2016, p. 19)

países se haya encontrado similar solución exista pluralidad de nombres para el mismo fenómeno. Nombres que en todo caso conviene conocer, tanto para entender que pretenden un mismo fin como para ampliar la posibilidad de conocer, en aras del derecho comparado, el funcionamiento del levantamiento del velo societario en otros ordenamientos. Así pues tenemos por ejemplo, que en la jurisprudencia y doctrina anglosajona es común encontrar nombres como *lifting of corporate veil*, *piercing of corporate veil*, o *disregard of corporate entity*, en Alemania como "*Durgriff*" y en países hispanohablantes como levantamiento del velo societario o corporativo, allanamiento de la personalidad jurídica, inoponibilidad de la personalidad jurídica, desconocimiento de la personalidad jurídica, desmantelamiento de la personalidad jurídica, etc.

Sin embargo, el nombre que mejor permitiría reconocer el fenómeno en el ordenamiento mercantil colombiano es el de levantamiento del velo corporativo, por cuanto, podría generarse confusión entre la idea de la inoponibilidad de la persona jurídica con la inoponibilidad de la sociedad,¹³ lo cual obedece a lógicas distintas. También, por cuanto la idea de allanamiento, en su significado trae implícita una idea de allanamiento con "efectos generales" esto es como si fuese a desconocerse la personalidad jurídica en su totalidad, lo cual, como se mostrará más adelante, no es cierto, pues, el efecto jurídico que se pretende esta circunscrito a una o algunas, pero en todo esos definidas, hipótesis de actuación de la sociedad y no de la sociedad en general. Tampoco resulta acertado el termino desestimación de la personalidad jurídica por cuanto, como lo menciona Reyes Villamizar este en verdad solo ignora el de separación patrimonial respecto de algún socio o socios. (2016, p. 313).

En cuanto al origen del levantamiento del velo societario este tuvo su origen en el derecho anglosajón por medio de decisiones judiciales que trajeron a la luz la posibilidad de accionar en contra de las sociedades (*corporations*) cuando estas se usasen para la materialización de fines fraudulentos y otros supuestos de hechos. En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, el caso que la doctrina reconoce como el primer pronunciamiento jurisprudencial respecto de la personalidad jurídica y la posibilidad o no de levantar su velo societario se da en el denominado "*Bank of the United States vs. Deveaux* (1809)¹⁴". Mientras que en el Reino Unido, el caso que suele citarse

13 La inoponibilidad de la sociedad, o mejor del contrato de sociedad, referencia "la necesidad de publicidad mercantil necesaria para el tráfico, hace indispensable que en el registro mercantil se inscriba la escritura pública de constitución de sociedad (...) La no inscripción, de acuerdo con el sistema previsto en el régimen mercantil, da lugar a la inoponibilidad del contrato" (REYES, F. *Op. Cit.* 2016. p. 183).

14 En esa oportunidad, se estudió la litis suscitada entre el banco de Estados Unidos y Peter Deveaux, recolector de impuestos del Estado de Georgia. Las cuales tuvieron como origen los impuestos que le impuso Georgia a los pagarés y capitales locales del Banco, los cuales se exigieron con ocasión a que el banco abriera negocios allí, con el objetivo de persuadir al banco de que se marchara de allí (existían intereses políticos, para que

el banco se fuese). Sin embargo el banco instruyó a los funcionarios de la sucursal de Savannah, Georgia, a ignorar la ley y no pagar impuestos, como acto de desobediencia civil en defensa de sus derechos. Como respuesta a la anterior situación *Deveaux* (recolector de impuestos) interrumpió al banco, y como compensación a los impuestos tomó dos cajas de monedas de plata.

Entonces el banco, quiso cuestionar la constitucionalidad del impuesto, pero temiendo que al acudir a una corte estatal, esta protegería los intereses de Georgia, sobre todo porque el banco no era una sociedad estatal u originaria (por lo tanto recibía el trato de "extranjera"). De ahí que, se decidieran mejor por accionar en un tribunal federal, donde no existiría una mayor protección a los intereses estatales, una especie de lealtad estatal que se temía. Sin embargo el problema jurídico radicaba en que el derecho a presentar un juicio en un tribunal federal solo estaba garantizado para "ciudadanos" (*citizens*) y no para sociedades (*corporations*). El artículo III de la constitución de E.U. decía que los "ciudadanos" podían entablar una demanda en un tribunal federal. En general, se cree que los ciudadanos son personas naturales. Si eso era lo que la Constitución quería decir con los "ciudadanos" en el Artículo III, entonces las corporaciones como el Banco de los Estados Unidos no tendrían derecho a demandar en un tribunal federal.

Lo primero que hizo el juez Marshall (*supreme court*), fue examinar el acta constitutiva del Banco para ver si el Congreso, al crear el Banco, le había conferido explícitamente el derecho a demandar y ser demandado ante un tribunal federal. Aunque los estatutos otorgan explícitamente al Banco "la capacidad de hacer contratos y adquirir propiedades, y le permite 'demandar y ser demandado'", los tres derechos fundamentales identificados por Blackstone (*Commentaries on the Laws of England by William Blackstone*) para ser sujeto de derecho. Para Marshall esto era insuficiente. El Congreso podría haber tenido la intención de otorgarle al Banco el derecho de demandar y demandar en un tribunal estatal. Así entonces, extender a las corporaciones el derecho de acceso a la corte federal habría requerido que el Congreso lo dijera explícitamente. La cuestión, entonces, no giraba en torno al significado de los estatutos del Banco, sino al significado de la Constitución.

Se reconoció que la ley a menudo consideraba que una corporación era una persona jurídica—"para los propósitos y objetos generales de una ley", pero una corporación "ciertamente no era un ciudadano." Ese título estaba reservado para los seres humanos, y no hubo evidencia del período fundacional de que los ciudadanos a los que se refiere el artículo III incluyeran a las corporaciones

Marshall, entonces, describió la corporación como una "cosa invisible e intangible", (frase que se empleó en *Dartmouth College contra Woodward*, decidido una década después). A lo que Marshall hacía referencia era a que las corporaciones eran demasiado etéreas para ser la base de una constitución.

Por tanto, se estableció que el tribunal debería centrarse en los miembros de la corporación. "Sustancial y esencialmente, las partes en tal caso" que son los "miembros de la corporación". Pues, la corporación era solo un sustituto de un grupo de "individuos que, al realizar transacciones de sus preocupaciones conjuntas, pueden usar un nombre legal". Debido a que las personas que se asociaron juntas dentro de la corporación eran las verdaderas partes en el caso, sostenía Marshall, su ciudadanía debería contar. El tribunal, dijo, estaba obligado a "mirar más allá del nombre corporativo y observar el carácter del individuo. Razonamiento iba en contra de la forma tradicional en que la ley había tratado a las corporaciones, como entidades legales independientes con derechos y obligaciones separadas y distintas de las de sus miembros. Su opinión examinó una serie de casos ingleses relacionados con la capacidad de las corporaciones para demandar y acosó de manera más general, admitiendo tímidamente que brindaban

como primigenio fue el de *salomon vs salomon*¹⁵ cuya importancia radica en "que antes de la decisión de *Salomon*, el concepto de entidad legal separada aún no había sido plenamente reconocido o desarrollado y que, por lo tanto, hasta que *Salomon* se decidió en 1897, no estaba claro en qué medida y en qué circunstancias se pensaba que una empresa estaba legalmente separada de sus accionistas" (Lipton, P., 2014, p. 452)¹⁶. El caso resulta relevante para asegu-

un apoyo "más fuerte" para tratar a una corporación como su propia persona jurídica en lugar de "considerar el carácter de las personas que la componen". Sin embargo, insistió Marshall, "esta definición técnica de una corporación" debe dejarse de lado en este caso para proteger los derechos de los miembros de la corporación. Aunque Marshall basó la capacidad de una corporación de demandar en un tribunal federal en la ciudadanía de sus miembros. Razón por la cual el banco si pudo demandar ante el tribunal federal, desatendiendo la personalidad jurídica -nueva- que crea las sociedades (*corporations*) (WINKLER, A., 2018,)

- 15 Este caso consistió en que *Salomon* fundó la sociedad "*Salomon and company Ltd*". Tipo societario que para ese momento exigía 7 socios de acuerdo con la *Companies Act*. Razón por la cual *Salomon* fundó la sociedad de la mano de su esposa y sus 5 hijos. Repartiendo el número de acciones de la siguiente manera: 1 para cada socio distinto de él y él con 20.001 acciones además de ostentar el cargo de director de la compañía. *Salomon* pidió a fondos de acreedores préstamos para invertir en el negocio.

Posteriormente la sociedad le dio a *Salomon* £ 10,000 en títulos de deuda (debentures) y recibió un anticipo de £ 5,000 de *Edmund Broderip*, como garantía de aquellos títulos. El negocio de *Salomon* finalmente fracasó y no cumplió con sus pagos de intereses sobre las obligaciones (la mitad en manos de *Broderip*). *Broderip* demandó para hacer cumplir su seguridad/garantía. La empresa entró en liquidación. *Broderip* recibió sus 5.000 libras esterlinas. Esto dejó 1.055 libras esterlinas en activos de la empresa. *Salomon* reclamó esta cantidad bajo sus obligaciones retenidas. Esto no dejaría nada para los acreedores sin garantía. Entonces, el liquidador en nombre de los deudores no garantizados alegó que la empresa estaba en agencia de *Salomon* y que por tanto este era responsable de la deuda.

"El Juez *Vaughan Williams* se mostró conforme con el planteamiento del liquidador. Sostuvo que los suscriptores del negocio fundacional a *Salomon* eran meros testaferros, y que el solo propósito de *Salomon* al formar la sociedad fue usarla como un "agente" que hiciera negocios por él. El Tribunal de apelación llegó a la misma conclusión, aunque por medio de otro razonamiento. Sostuvo que las *Companies Acts* (ley de sociedades) intentaban conferir el privilegio de la responsabilidad limitada sólo a los genuinos accionistas independientes que aportaban su capital para comenzar una empresa y no a un hombre que, en realidad, era el único propietario del negocio, y que sólo se dedicó a encontrar seis testaferros junto con los que cumplir las formalidades de constitución de la sociedad. En consecuencia, *Salomon* había constituido su sociedad con un propósito contrario a la ley". (CONSTANTINI, P., 2016, p. 18) y por tanto debería responder desconociendo la separación (velo corporativo) creado por la constitución de la sociedad. Sin embargo en apelación a la cámara de los Lores, estos encontraron que la posición del tribunal de apelaciones no era válida, en cuanto, la sociedad se constituyó con el pleno cumplimiento de los requisitos de la ley de sociedades (*companies Act*) y por lo tanto existía una personalidad jurídica separada, distinta a la de su agente o controlador. United Kingdom. House of Lords decisions. (SALOMON v. SALOMON, 1896)

- 16 Cfr. DAHAL, RAJIB. *Salomon v Salomon: Its Impact on Modern Laws on Corporations*. (April 26, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3169431>.

rar que en principio no hay posibilidad de levantar el velo societario, teoría que ellos denominan *Piercing the corporate veil*¹⁷ y que consiste en disregarding the separate personality of the company -ignorar la personalidad separada de la sociedad-. (Reino Unido. Corte Suprema, 2013, párr. 16, p. 9)

Respecto de la posibilidad de pedir el levantamiento del velo societario, la Corte Suprema de Reino Unido ha sostenido que: "Se concluye que existe un principio limitado de la ley inglesa que se aplica cuando una persona se encuentra bajo una obligación o responsabilidad legal existente o sujeta a una restricción legal existente que elude deliberadamente o cuya ejecución frustra deliberadamente al interponer una empresa bajo su control. El tribunal puede entonces perforar el velo corporativo con el propósito, y solo con el propósito, de privar a la empresa o su controlador de la ventaja que de otro modo habrían obtenido con la personalidad jurídica separada de la empresa. El principio se describe correctamente como limitado, porque en casi todos los casos en que se satisface la prueba, los hechos revelarán en la práctica una relación jurídica entre la empresa y su controlador, lo que hará innecesario traspasar el velo corporativo". (Reino Unido. Corte Suprema de Justicia. *Ibidem*. Párr. 35, p. 19.)

En el derecho continental, el levantamiento del velo fue estudiado por primera vez, o al menos con gran difusión, a partir de la obra del profesor de Heidelberg Sherick, quien plantea la posible utilización de la doctrina del *disregard of the entity* de la siguiente manera, la decisión de desestimar o no la forma de la persona jurídica han de basarse en un examen de la realidad, y de la constatación de la existencia de un abuso de esa forma, lo que no implica negar la personalidad jurídica, sino negarla en el caso en concreto por falta de adecuación a la realidad.

1.2.2. Levantamiento del velo corporativo en Colombia

En el caso de Colombia la aplicación de este fenómeno jurídico en el derecho mercantil ha visto su consolidación y desarrollo con ocasión a la sentencia hito proferida por la Superintendencia de Sociedades denominada "MONICA SEMILLAS" en el año 2013.

Sin embargo, y antes de adentrarse al análisis de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades resulta necesario aclarar que este no es el primer caso en el que se recurre al levantamiento del velo para ampliar el margen de responsabilidad sino el más importante por su contenido y carácter

17 Cfr. *VTB Capital PLC contra Nutritek International Corporation* (2013 2 AC 337). Antonio Gramsci Shipping Corp contra Stepanovs [2011] EWHC 333. *Inter Export LLC v Townley* [2019] EWCA Civ 2068. *Beckett Investment Management Group v HallP*. EWCA (Civ) 613, [2007] I.C.R. 1539 (A.C.) 1545 (Maurice Kay L.J.) (Eng.). *Stone & Rolls Ltd. v Moore Stephens* [2009] U.K.H.L. 39, [2009] 1 A.C. 1391, [249] (appeal taken from Eng.).

explicativo del mismo en la construcción de la doctrina referente al levantamiento del velo societario especialmente en materia societaria, propiamente dicha. De ahí que puedan encontrarse fallos como el dictado por el Consejo de Estado¹⁸ en la sentencia AC-5061 del 13 de noviembre de 1997, donde por medio de una sociedad de responsabilidad limitada se pretendía eludir el cumplimiento del régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades¹⁹. También existe jurisprudencia de la Corte Constitucional que señala la necesidad del levantar el velo para extender la responsabilidad a los asociados. La sentencia C-865 de 2004 aborda a la sociedad mercantil como manifestación de la libertad de asociación. Explica el porqué de la limitación

18 Cfr. Otros pronunciamientos del Consejo de Estado sobre levantamiento del velo societario: Consejo De Estado. Sala de lo contencioso administrativa. Sección primera. Sentencia No. 11001-03-15-000-2012-02311-01 del 18 de septiembre de 2014. M.P. Marco Antonio Velilla Romero. Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia 10641 del 19 de agosto de 1999. MP Ricardo Hoyos Duque. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 25 de febrero de 2000. MP Olga Inés Barrero. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 1346, del 17 de mayo de 2001, CP César Hoyos Salazar.

19 En este caso Henry Cubides Olarte Senador de la República (en adelante "el senador") constituyó la sociedad Coltanques Ltada., sociedad de responsabilidad limitada familiar de la cual era titular del 90% de su capital social y cuyo representante legal era su hermano Guillermo Olarte aunque este no era accionista. Sociedad que contrato con entidades estatales como la fábrica de licores de Antioquia y con la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL. En el caso en concreto el Consejo de Estado determinó que "La negociación por interpuesta persona, ordinariamente cumplida a través de sociedades de personas o de familia, constituye un subterfugio muy empleado para ocultar la realidad de ciertos negocios o simularlos o para sacar ventajas de orden económico, y, en especial, cuando quien la hace busca por su medio eludir las inhabilidades o incompatibilidades que cobijan o puedan cobijar a sus socios.

La negociación en esa forma efectuada se cumple, como se dijo, a través de sociedades, con la creencia común de que el sólo hecho de que la sociedad constituya una persona distinta de sus socios individualmente considerados, será suficiente escudo para burlar la prescripción legal. Y no es suficiente la maniobra para lograr tales fines, porque las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta (art 44 del estatuto Anticorrupción). (Negrita fuera de texto)

Lo de interpuesta persona, se infirió de las pruebas practicadas, porque la contratista "Coltanques" es una sociedad de responsabilidad limitada de familia; lo que quiere decir, en otros términos, que aunque su representante legal hubiera sido en ese entonces el señor Guillermo Cubides O., quien no tenía el carácter de socio, no por eso el demandado dejó de tener en ese mismo lapso el carácter de socio mayoritario con poder decisorio en la gestión social" Colombia. Consejo de estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia No. AC5061 del 13 de noviembre de 1997. M.P. Carlos Bentacur Jaramillo. Esta sentencia permite ver como el levantamiento del velo societario permite desconocer la personalidad jurídica de la sociedad para verificar quien es el beneficiario real del acto defraudatorio y así poder extenderle la responsabilidad. (el reconocimiento de la personalidad jurídica lo impide inicialmente).

de responsabilidad y porque esta limitación excepcionalmente puede desconocerse.²⁰ Lo cual hace como respuesta al estudio de constitucionalidad de normas relacionadas con la limitación de responsabilidad, específicamente los artículos 252 y 373 del código de comercio. La sentencia C-337 de 2014 estudiando la constitucionalidad de la excepción de responsabilidad solidaria, entre la sociedad simplificada por acciones SAS y los socios, en acreencias de naturaleza laboral, refiriéndose al levantamiento del velo societarios sostuvo "la Sala debe resaltar que la Ley no fija un límite de responsabilidad infranqueable. De acuerdo con los principios de un orden justo que inspiran a un estado social de derecho, la limitación de responsabilidad de los accionistas no tiene lugar en los casos de fraude. El velo corporativo puede ser levantado en esos casos, y buscar que se responda por los actos fraudulentos que hubieran tenido lugar". (Corte Constitucional. Sentencia C-397, 2014.) Por otro lado la corte ha conocido tanto de acciones de tutela como de acciones de constitucionalidad ha fijado dos excepciones a la responsabilidad limitada del socio -en estricto sentido no son levantamiento del velo sino uno de sus efectos- correspondiente a acreencias laborales y a obligaciones fiscales.²¹

20 Para responder porque excepcionalmente se puede desconocer la limitación de responsabilidad encontramos que la Corte Constitucional sostuvo: "En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o "*disregard of the legal entity*" o "*piercing the corporate veil*" cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación[.]. Al respecto, ha sostenido la doctrina: "*El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso*". (Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2014).

21 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 210 del 01 de marzo del 2000. M.P. Fabio Morón Díaz. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU 891 del 25 de octubre del 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Corte Constitucional. Sala Segunda. Sentencia T-627 de julio 01 de 2004 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-636 de 31 de julio del 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU- 1023 de 26 de septiembre del 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Ahora bien, respecto a las decisiones judiciales emanadas de la Superintendencia de Sociedades corresponde señalar a la sentencia MÓNICA SEMILLAS como sentencia hito en la consolidación del levantamiento del velo societario. Caracterizada por su explicación conceptual y metodológica del proceso en sí. La actuación que fue promovida por FINAGRO (Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario) contra Mónica Colombia S.A.S, Tilava S.A.S., Monicol S.A.S. y Agrocaxias S.A.S. con ocasión al otorgamiento de subsidio a créditos para proyectos agroindustriales. La demandante, quien le otorgo el subsidio a todas las sociedades argumenta que deben devolverse los subsidios por cuanto en realidad se trataba de una única sociedad. La Superintendencia de Sociedades por medio de indicios probatorios determino que a la demandante le asistía la razón, dentro de los medios de prueba que permitieron concluir lo anterior estuvo: el peritaje de administración agronómico, el interrogatorio de parte, practica de testimonios y documentos como actas de la sociedad, escrituras de constitución de las sociedades, informes de contabilidad; y a hechos de juicio como: la centralización en la producción agroindustrial, el compartir el personal técnico, la maquinaria y herramientas e insumos y materias primas.

Como consecuencia de la valoración de las pruebas y los hechos, se llevó a la entidad a considerar que "las pruebas consultadas apuntan a que la única justificación verosímil detrás de la citada estructura está relacionada con la elusión de las restricciones establecidas en la legislación agrícola colombiana" (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S. 801-15, 2013) Razón por la cual resolvió declarar que las sociedades constituidas fueron instrumentalizadas y por tanto se procedía a declarar la nulidad absoluta de los "incentivos" y con ocasión a ello se debería restituir los subsidios económicos otorgados. A pesar de que en esta decisión judicial el juez procedió a levantar el velo societario y con ello desconocer la personalidad de las sociedades para considerarlas en una única sociedad. Su mayor relevancia se da porque con ella explica el fenómeno de interposición societaria, del levantamiento del velo societario, hacer un barrido histórico de la figura tanto a nivel nacional como de derecho comparado, y también explica la procedibilidad de la figura, enuncia su carácter excepcional, su alta carga probatoria y como excepcionar -propósito de negocio-.

En otras decisiones de la Superintendencia de sociedades de gran importancia tenemos. El auto 801-17366 de 2012, primera decisión en torno al levantamiento del velo societario, como medida cautelar idónea para evitar la

comisión de un futuro fraude²². El auto 800-23 de 2015²³. En este se discute la legitimidad por activa para presentar la acción de levantamiento del velo societario. Esto por cuanto el accionante pretendía su legitimidad basado en la defensa del orden público que se ve violado por la interposición societaria para comete fraude a la ley. En este auto se decidió que “los terceros que pretendan la inoponibilidad de la personificación independiente de una compañía no podrán basar su legitimación, exclusivamente, en la defensa del orden público. Es decir que, de no acreditarse un interés concreto en los actos o negocios jurídicos controvertidos, tales sujetos carecerán de legitimación para presentar la correspondiente demanda”. La sentencia S 800-094 de 2019 determinó como valida la pretensión de levantamiento del velo societario cuando la sociedad se haya constituido para evitar el cumplimiento de una resolución judicial, atendiendo la medida fraudulenta de esta constitución. La sentencia S 800-288 de 2019 respondió, la duda referente a sí la acción de levantamiento del velo societario podía prescribir, a este interrogante dio respuesta afirmativa, de modo que es posible que la acción prescriba extintivamente²⁴.

- 22 La apoderada del demandante solicita la práctica de una medida cautelar consistente en la ‘suspensión provisional de las matrículas mercantiles de las sociedades demandadas’ Según las afirmaciones contenidas en la demanda, la anterior solicitud encuentra fundamento en la necesidad de ‘proteger la transparencia del proceso electoral de la Cámara de Comercio, e impedir que esas sociedades constituidas en fraude a la ley sigan registrando actuaciones encaminadas a legitimar y borrar las irregularidades cometidas en su constitución. (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, A 801-17366, 2012)
- 23 El caso se presenta por la demanda instaurada por Wilson Arias contra Rio-Paila Castillo S..A. y otras 27 sociedades. Por supuesta interposición societaria con la intención de cometer fraude a la ley. Sin embargo a esta demanda se le interpuso recurso para desestimar la demanda por carencia de legitimidad para presentar la acción. Al respecto la Superintendencia de Sociedades determino que en el ordenamiento legal colombiano no se han previsto reglas especiales sobre la legitimación para presentar demandas en las que se pretenda la desestimación de la personalidad jurídica de una compañía. De ahí que resulte necesario establecer si la intención de defender el orden público puede servir de base para presentar una demanda de desestimación en hipótesis de interposición de personas jurídicas societarias. En este auto, se estableció que no existe legitimidad si solo se pretende defender el orden público. A esta conclusión arribo porque la Corte Suprema de Justicia a lo largo de múltiples pronunciamientos, ha sido enfática en rechazar la posibilidad de que la legitimación de un individuo para presentar una demanda encuentre fundamento, exclusivamente, en la necesidad de proteger el orden público en casos relativos a la nulidad absoluta, al igual que en los casos de simulación contractual. También por cuanto el ordenamiento comercial en el artículo 105 del código sobre esta materia, estableció que la legitimidad para petitionar la nulidad absoluta recae en “quien tenga interés”. (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, A 800-23, 2015)
- 24 En este caso la Superintendencia de sociedades dispuso que “es preciso hacer alusión a lo dispuesto por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 que dispone que –[l]as acciones

Normas jurídicas que derivan en el levantamiento del velo corporativo

La respuesta a los problemas de abuso han sido respondidos por el legislador con la promulgación de normas de derecho positivo²⁵ que permiten ampliar el margen de responsabilidad de los socios ya sea mediante la extensión de responsabilidad a los asociados de forma solidaria e ilimitada, o, con la posibilidad de desconocer la personalidad jurídica independiente de la sociedad, entre estas normas tenemos:

1. Artículo 24 numeral 5 literal d de la Ley 1564 de 2012 (C.G. del P.)²⁶

La norma citada consagra hoy en día la disposición jurídica más importante con relación a la competencia que tiene el juez societario para decretar el levantamiento del velo societario, pues contempla la posibilidad de que el juez lo decrete tras encontrar probado el uso abusivo y/o fraudulento de la sociedad.

Es de rescatar que esta norma si habla del fenómeno del levantamiento del velo societario como tal bajo el nombre de "*desistimiento de la personalidad jurídica*" y no solo de las consecuencias que se le derivan. Lo cual a diferencia de otras normas podría darle al operador jurídico un mayor margen de maniobrabilidad, permitiéndole al juez adoptar la decisión que en su experiencia y sana crítica considere más pertinente, sin que encuentre limitada esta posibilidad a sanciones rígidas que no en todos los casos permiten su aplicación o su aplicación no resulte siendo la más idónea.

penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa-. Esta norma establece el término máximo para que el interesado, en ejercicio de su derecho de acción, acuda ante la autoridad competente con el fin de hacer valer un derecho sustancial. En atención a que con la acción de desestimación de la personalidad jurídica prevista en la Ley 1258 de 2008 se desconoce la personería jurídica propia de las sociedades comerciales, dispuesta en el artículo 98 del Código de Comercio, le es aplicable la prescripción dispuesta en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995. Así lo dispone el artículo 45 de Ley 1258 de 2008. (Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles, S 800-288, 2019)

25 "El primer intento legislativo que contenía una regulación expresa sobre el levantamiento del velo societario se encontró en el proyecto de ley 119 de 1993 donde se pretendía extender la responsabilidad por obligaciones sociales a los accionistas o socios". (REYES, F. Op. Cit. 2016. p. 317)

26 Ley 1564 de 2012, de 12 de julio. Código General del Proceso. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

La literalidad del ordinal d establece:

"La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la **desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión**, cuando se utilice la sociedad **en fraude a la ley o en perjuicio de terceros**, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, **responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados**. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorio" (Negrita fuera de texto)

2. Artículo 43 de la Ley 1258 de 2008

Esta norma ha sido entendida como el primer referente de levantamiento del velo societario. Pero, como se evidenciará en los posteriores literales ya existían vestigios de esta sanción en cuerpos normativos de otras materias y no en uno propiamente relacionado con sociedades. Es decir, que solo resulta correcta esa afirmación si se limita al campo del derecho societario.

Por otra parte, debe mencionarse que esta norma no establece el fenómeno como tal sino algunas de las sanciones posibles que se derivan de este, pues lo que prescribe u ordena es la responsabilidad de socios y administradores en caso de fraude o perjuicio de terceros y la nulidad del acto defraudatorio.

Dicho esto, véase que dice la ley propiamente: "Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada **en fraude a la ley o en perjuicio de terceros**, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, **responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados**. (Negrita fuera de texto)

La **declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios** se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario".²⁷ (Negrita fuera de texto)

3. Parágrafo del Artículo 71 de la Ley 222 de 1995

Este enunciado normativo supone al igual que la norma anterior, la posibilidad de que socios y administradores cuando realicen fraude a la ley o a terceros se vean obligados a responder individualmente sin limitaciones. De forma que se desconoce la limitación de responsabilidad inherente a la constitución de sociedades. Lo anterior se concluye toda vez que la norma expresamente dice:

27 Ley 1258 de 2008, de 05 de Diciembre. Ley de la Sociedad por Acciones Simplificadas. Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008

"Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados".²⁸ (Negrita fuera de texto).

Otra de las normas que trae esta ley y que son relevantes son: artículo 31, Parágrafo del 148,

Sin embargo, es de destacar que el proyecto inicial buscaba la posibilidad de levantar el velo societario a todos los tipos societario. En palabras del profesor Jaime Alberto Arrubla Paucar "Ese texto que se presentó inicialmente al congreso fue objeto de considerables recortes que al final excluyeron la posibilidad de acoger la teoría del abuso de la personalidad jurídica en términos de teoría general, y dejó la institución únicamente para el evento mencionado en la empresa unipersonal y en los términos del artículo 207 de la misma ley en el lance de la liquidación" (2010, p. 72)

4. Artículo 37 de la Ley 142 de 1994:

La referida ley consagra que en materia de servicios públicos la obligación de estudiar en el caso de sociedades, las incompatibilidades e inoponibilidades no solo de la sociedad sino también de los socios, lo cual deriva en tener que levantar el velo societario a través del desconocimiento de la personalidad jurídica que fue creada con la sociedad. El tenor literal de la norma consagra:

"Para los efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos, de las comisiones de regulación, de la Superintendencia y de las demás personas a las que esta ley crea incompatibilidades o inhabilidades, debe tenerse en cuenta quienes son, sustancialmente, los beneficiarios reales de ellos y no solamente las personas que formalmente los dictan o celebran. Por consiguiente, las autoridades administrativas y judiciales harán prevalecer el resultado jurídico que se obtenga al considerar el beneficiario"²⁹ (Negrita fuera de texto)

5. Artículo 44 de la Ley 190 de 1995

Esta norma se expidió con el objetivo de contrarrestar la corrupción administrativa, sin embargo puede ser entendida como una respuesta al ejercicio abusivo del derecho a constituir sociedades puesto que expresamente habilita al operador jurídico cuando se pretenda burlar el cumplimiento de una ley (prohibitiva) a desconocer la personalidad jurídica constituida con la sociedad, o lo que es lo mismo, que la sociedad ya no sea considerada en

28 Ley 222 de 1995, de 20 de Diciembre. Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995

29 Ley 142 de 1994, de 11 de julio. Ley de servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994

sí una persona distinta de los socios como lo establece la ley comercial, sino que se levantará el velo corporativo y se descubrirá el beneficiario oculto.

"Las autoridades judiciales podrán **levantar el velo corporativo de las personas jurídicas** cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por esta" ³⁰ (Negrita fuera de texto)

6. Otras normas que establecen contenidos relacionados con las consecuencias que emanan del levantamiento del velo societario se encuentran en: la ley 80 de 1993 artículo 8 ordinal 1º literal i, artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 61 y 82-83 de la ley 1116 de 2006, artículo 30 de la ley 863/2003, artículo 714-1 del Estatuto Tributario, la resolución 400 de 1995. Sin perjuicio de que existan otras normas que contengan similar contenido, es decir, el levantamiento del velo societario -o sus consecuencias- en situaciones de fraude o perjuicio de tercero.

De la anterior lista enunciativa puede observarse que la mayoría de las normas consagra una consecuencia jurídica derivada de un uso abusivo y/o fraudulento de la forma asociativa pero en cambio no consagra una definición legal o unos parámetros para determinar la existencia de conductas que puedan ser calificadas como abusivas y/o fraudulentas de la ley o de vínculos jurídicos con terceros. Razón por la cual para afirmar esto deberá argumentarse como cierta actuación de la sociedad corresponde a un acto de abuso y/o fraude.

2. PROPÓSITO LEGÍTIMO DE NEGOCIO

De cara a aquellos actos que pueden suscitar dudas respecto al uso abusivo y/o fraudulento de la sociedad y su personalidad jurídica y como criterio para identificar casos de uso indebido las mismas la doctrina³¹ y la jurisprudencia han desarrollado la idea del propósito legítimo de negocios. Aunque si

30 Ley 190 de 1995, de 06 de junio. Ley Anticorrupción. Diario Oficial No. 41.878, de 6 de junio de 1995

31 Cfr. SMITH, R. T. (1999). SEALY, L. L., (1989). La doctrina ha recurrido a esta justificación que había sido empleada previamente para juicios fiscales, y que persigue la siguiente idea de " cuando un tribunal determina que no existe un propósito comercial "el corolario claro es que el único propósito del contribuyente era ahorrar impuestos ". Así, donde el contribuyente por medio de la prueba no convence al tribunal de que un propósito comercial sólido que motivó la transacción, entonces se deduce que la evasión fiscal está presente, refiriéndose a la elusión fiscal como la "contraparte negativa" del propósito comercial. Concluye que la prueba del propósito comercial es virtualmente equivalente a una interdicción contra una pretensión principal de elusión fiscal. Por lo tanto, un contribuyente no podrá obtener beneficios si parece que su propósito principal era la elusión fiscal, "o si no era tal propósito, un propósito comercial de buena fe" (BISGEIER, S. J.,1967, p. 358).

bien, el propósito legítimo es mencionado a través de la jurisprudencia que emana de la Superintendencia de sociedades. Este no cuenta con una definición oficial. Sin embargo, se podría entender a este como la valoración de la "intención con la que se desarrolla cierto actuar de la sociedad -incluida su constitución- y que a su vez constituye un prueba de legitimidad de este.

Los "propósitos, en sí mismos considerados deben ser determinantes del ejercicio "adecuado" de las facultades otorgadas" (Sealy, L. L., 1989, p. 275). Por tanto, corresponde al propósito legítimo evidenciar las intenciones con las cuales se desarrolla la sociedad. Intenciones, que además corresponden al elemento final que dirige las decisiones sociales, pues las decisiones buscan materializar justamente esas intenciones. Recurren a ellas para que orienten el actuar mismo de la sociedad. Constituyendo "el propósito de negocio" la razón que justifica determinadas conductas. Las cuales a pesar de en principio estar amparadas por la legalidad emanada de la misma sociedad, son puestas a juicio por ser consideradas estas conductas como un actuar abusivo y/o fraudulenta. De modo que, en últimas el propósito de negocio se reduce a una valoración de la "intención de la actuación social" y "la legitimidad de esa decisión a la luz del derecho"

Por último, es importante resaltar que este propósito no es la causa por la cual se celebra el contrato de sociedad, o que este sea un elemento que legitime la creación de una persona jurídica nueva. No es la causa por cuanto, no se estudia las motivaciones perseguidas inicialmente, al momento de la constitución, con la determinación del objeto social sino que lo que estudia es lo perseguido una vez se inicia la ejecución de la sociedad, el juicio evalúa si hay razón conforme a derecho que justifique el actuar social o si por el contrario la sociedad es la fachada para saltar restricciones normativas. Tampoco es que la legitime, pues la creación de la persona jurídica está determinada por el artículo 98 del Código de Comercio, el cual establece: "la sociedad, una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerado". Además porque, como lo expone Reyes Villamizar "En la actualidad, la personificación jurídica de la sociedad no se sujeta a autorizaciones gubernamentales previas sino al cumplimiento de formalidades de orden legal, de modo que cuando se verifica la constitución regular de la compañía ésta surge, en forma automática, como un ente jurídico diferenciado" (2016, p. 245)

Pero ajustando sus elementos a un juicio de levantamiento del velo societario, donde el propósito legítimo constituye una justificación del obrar que genera duda respecto a si este obrar es abusivo y/o fraudulento.

3. ANIMUS SOCIETATIS

3.1. CONCEPTO

El nexa que se propone con el propósito legítimo atiende una definición actual del *animus societatis*. Esto es, inicialmente, reconocerle como elemento esencial de la sociedad pero a partir de una nueva lógica de interpretación.

Tradicionalmente el *animus societatis* fue entendido como un elemento esencial subjetivo, consistente en la voluntad de asociarse, pero, tanto su no consagración en el artículo 98, el cual es considerado por muchos como el artículo que consagra los elementos esenciales; como la habilitación para constituir sociedades unipersonales, donde no existe asociación con alguien; y el surgimiento de la sociedad de capital (*in reem*) donde esta intención se ve relegada por el ánimo especulativo o lucrativo, llevaron a que este *animus* fuese entendido en un plano secundario. Lo anterior, convirtió a este en un elemento propio del consentimiento, como la intencionalidad intrínseca que se expresa con la voluntad de asociarse.

Sin embargo, este trabajo propone recurrir a una redefinición de este concepto que permita -entre otras cosas- adecuar los requisitos de existencia a la dinámica actual del mundo societario. Como se mencionó desde el principio el uso abusivo de la sociedad supone una gran controversia, pues cuestiona la legitimidad misma de la figura denominada sociedad, puesto que esta permite que en algunas ocasiones esta pueda ser empleada con fines espurios, como en los casos de las sociedades que son fachada, no operativas y/o de papel (*offshore*) o cuando son instrumentalizadas para conseguir hacer fraude a la ley o a intereses de terceros (*interposición societaria*)

Razón por la cual, se hace necesario recurrir a otros conceptos jurídicos que permitan sancionar estas conductas no deseadas por el derecho, y es ahí donde podría entrar el *animus societatis* reinterpretado como "un verdadero ánimo de desarrollar el objeto social"³² como criterio legal que permita determinar cuándo existe un propósito legítimo societario.

32 Para REYES VILLAMIZAR "el *animus societatis* según algunos autores con la intención de conservarlo, han denominado a este como la intención de realizar conjuntamente la obra común". REYES, F., *op. cit.*, p. 133. Mientras que para Nessen Ricardo es la "voluntad común de los socios para la consecución de un fin social" NISSEN, R., *curso de derecho societario*, Buenos Aires, ad hoc, 1998, p. 81. Para GABINO PINZÓN "En desarrollo del *animus societatis*, los contratantes llevan sus aportes al fondo social y cumplen las demás prestaciones necesarias para el ejercicio de la empresa u objeto social". PINZÓN, G., *Sociedades comerciales*, Vol. 1, Ed. Temis, 1968, p. 63. Para la corte de casación francesa "los asociados deben contribuir al desarrollo efectivo del interés común". DELGA, J., *le droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 1998, p. 108. La sentencia c-865 de 2004 señaló que respecto de las sociedades de capital "el ánimo que fundamenta la unión de las personas

Lo primero que se debe mencionar de esta nueva interpretación es que trae una nueva lógica de aplicación. Cuando se abordó el tema del abuso de derecho se mencionó que el levantamiento del velo societario no era la única solución que atendía esta problemática, sino que era la más idónea. Pues bien, esta idea nos permite relacionar la idoneidad de la solución con la nueva lógica de aplicación del *animus societatis* que se caracteriza por: la posterioridad de su estudio, la carga probatoria que exige, y las consecuencias que genera.

La nueva lógica de aplicación establece que el *animus societatis* será un elemento esencial que se considerará pero con posterioridad a la celebración de la sociedad, y será un ejercicio de verificación a cargo del juez. Que llevará a que la sociedad demuestre por medio de un contundente ejercicio probatorio de sus actos, que le permitan concluir al juez que los indicios corroboran la existencia -o no- de un *animus societatis* <ánimo de desarrollar el objeto social>. En cambio no significará un ejercicio probatorio al momento de la constitución de la sociedad, pues esta se ha entendido como un ejercicio formal, que solo requiere el cumplimiento de ciertas formas previamente establecidas en la ley. Y probar el *animus societatis* no es una de ellas.

Respecto del ejercicio probatorio por tratarse de un elemento subjetivo el juez tendrá que derivar su certeza de los hechos debidamente probados que le permitan deducir que la sociedad si tenía por objetivo desarrollar el objeto social. Certeza que se obtiene como hecho indiciado, es decir que requiera de la plena prueba de hechos indiciarios que demuestren el desarrollo del objeto social, los cuales a modo de ejemplo podrían ser las pruebas documentales o testimoniales que demuestran la adquisición de bienes y/o servicios; los contratos laborales; los libros contables; las actas de asamblea o junta de socios que prueben que se busca el desarrollo del objeto social como aquellas que establecen directrices operacionales, que fijan objetivos, que informan rendimiento, etc; la celebración de negocios jurídicos que obliguen a la sociedad, etc.

Con ocasión a las anteriores características, y como consecuencia de la posterioridad con que se da su estudio no resulta oportuno aplicar otras consecuencia jurídicas que intuitivamente podrían ser llamadas a tener en cuenta como lo son la inexistencia de la sociedad o la nulidad de la sociedad, entre otras cosas, además por conseguir efectos no deseados, por la inseguridad jurídica que crearía entre terceros especialmente en terceros acreedores, porque la sociedad como negocio jurídico es de tracto sucesivo lo cual dificulta consecuencia propias de estas figuras como el devolver las cosas al estado anterior, y no menos importante, porque va en contra del principio de conservación de la empresa, el cual tiene por sustento la importancia de

es la constitución de un capital social que les permita la explotación económica de un proyecto o empresa en común" (Corte Constitucional, Sentencia C-865, 2004)

la sociedad en la economía. Sino que únicamente tendrá por consecuencia el levantamiento del velo societario, o lo que es lo mismo el no reconocimiento de la persona jurídica de forma propia e independiente; pero sin olvidar que el levantamiento es una consecuencia que permite variados efectos dependiendo de las particularidades de cada caso.

Se concluye, afirmando que, una redefinición del *animus societatis* puede coadyuvar a enfrentar el crecimiento del abuso de derecho presentado por el mal uso de la sociedad, siempre que entendamos a este la intención de desarrollar el objeto social, lo cual constituye una manifestación inequívoca de propósito legítimo de negocio lo cual enerva la pretensión de levantamiento del velo corporativo toda vez que evidencia el uso de la sociedad para fines legítimos, cuyas ventajas creadas con la separación de la personalidad y limitación de responsabilidad resultan plenamente tutelables por el ordenamiento jurídico mercantil.

3.2. RELACIÓN *ANIMUS SOCIETATIS* Y PROPÓSITO LEGÍTIMO DE NEGOCIO

La relación que se sugiere entre el *animus societatis* con el propósito legítimo se caracteriza por la idea según la cual, la intención de desarrollar el objeto social constituye una manifestación inequívoca de un propósito legítimo de negocio. Pues cual mayor razón puede existir como justificación para la protección de los efectos de la personalidad jurídica de la sociedad, que aquella que consiste en cumplir el objeto social para derivar de esta explotación los réditos económicos esperados.

De cara a aquellos actos que pueden suscitar dudas respecto al uso adecuado de la sociedad y su personalidad jurídica y como criterio para identificar casos de uso indebido las mismas, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la idea del propósito legítimo de negocios. El cual refiere a los motivos reales que llevaron a que las partes se vinculasen por medio de la sociedad. Es importante resaltar que este propósito no es la causa por la cual se celebra el contrato de sociedad, o que este sea un elemento que legitime la creación de una persona jurídica nueva. No es la causa³³ por cuanto, no se estudia las motivaciones perseguidas inicialmente, al momento de la constitución, con la determinación del objeto social sino que lo que estudia es lo perseguido una vez se inicia la ejecución de la sociedad, el juicio evalúa si se

33 De otra parte, la causa de este contrato ha sido entendida "claramente en cuanto persigue inequívocamente conseguir ganancia o utilidad" (BAENA CÁRDENAS, 2013, p. 127). Lo anterior, se deriva de la lectura del artículo 98 que establece que se constituya sociedades "con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social". Aunado a esto las causas individuales solo afectan al relación interna de sociedad-socio y no consecuencias sobre la sociedad en general, así es como lo ha establecido la ley comercial en el artículo 108

emplea para el objeto que fue constituida o si por el contrario es la fachada para saltar restricciones normativas. Tampoco es que la legitime, pues la creación de la persona jurídica por está determinada por el artículo 98 C. Co., el cual establece: "la sociedad, una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerado". Y porque, como lo expone Reyes Villamizar "En la actualidad, la personificación jurídica de la sociedad no se sujeta a autorizaciones gubernamentales previas sino al cumplimiento de formalidades de orden legal, de modo que cuando se verifica la constitución regular de la compañía ésta surge, en forma automática, como un ente jurídico diferenciado" (Reyes, F. *Op. Cit.*, 2016, p. 245) Motivos que en todo caso, no pueden desbordar nunca la finalidad para la cual fueron diseñados los tipos societarios. Pues no se permite cobijar jamás motivos espurios como los que pretendan la comisión de conductas abusivas y/o fraudulentas.

Por otra parte, la demostración del *animus societatis* debe constituir la carga legal a probar por la demandada y también, para que le permita al juez desestimar las pretensiones solicitadas en la acción de levantamiento de velo societaria cuando se esté en presunta interposición por parte de la sociedad demandada pero se demuestre el cumplimiento de la intención de desarrollar el objeto social que fue establecido con anterioridad al proceso judicial de levantamiento del velo.

4. ANIMUS SOCIETATIS COMO CRITERIO LEGAL

Un criterio se define por la rae como una "regla para conocer la verdad, abrir juicio o tomar una decisión " y es legal en la medida en que esta regla de conocimiento es orientada o dirigida por medio de leyes o normas expedidas por autoridad competente. En este caso no se hace referencia exclusivamente a normas emanadas del poder legislativo, por cuanto debe recordarse que el levantamiento del velo societario tiene origen en el derecho anglosajón donde la regla se deriva del *stare decisis* que corresponde a la decisión judicial que forma precedente judicial obligatorio, y porque a pesar de que en Colombia hay preferencia por el derecho positivizado el desarrollo de la doctrina del levantamiento del velo ha sido desarrollada fundamentalmente en decisiones jurisprudenciales y no por desarrollo legislativo.

Este criterio legal deberá demostrar por los medios de prueba que considere útiles, idóneos y pertinentes la certeza de existencia de una intención de desarrollar el objeto social. El *animus societario* como criterio para conocer la verdad establece que habrá propósito legítimo de negocio toda vez que exista *animus societatis* y por tanto deberá desistirse la pretensión de levantamiento del velo y continuar con el reconocimiento de la personalidad jurídica -propia e independiente- de la sociedad con la plenitud de sus efectos o por el contrario, ante su falta de *animus societatis* decretar el levantamiento del velo.

El levantamiento del velo requiere de un ejercicio probatorio exhaustivo, lo cual es entendible, pues esto se deriva de la presunción de legalidad que se obtiene con el cumplimiento de requisitos formales, también, por la presunción de buena fe en las actuaciones de las personas jurídicas y porque existe la premisa en el derecho probatorio según la cual el que alega prueba. Haciendo que quien señale el uso fraudulento deba ser quien deba probar.

Sin embargo, esta situación puede resultar desproporcionada, puesto que en la actualidad la carga de la prueba corresponde exclusivamente a la demandante. Permitiendo, por ejemplo, que a pesar de la inacción del demandado, este puede no responder si la parte demandante no ejerce un correcto ejercicio probatorio, a pesar de que vulnere flagrantemente el orden jurídico societario. Eso sí, no se trata tampoco de establecer una presunción de culpabilidad. Sino más bien de facilitar el ejercicio de esta acción dado que probar resulta difícil en especial porque el material probatorio suele estar en manos del demandado, lo cual justifica que en cierto grado pueda invertirse esta prueba. También constituye una posibilidad para el juez de poder concretar a través de a su deber de dirección la obtención de pruebas que le permitan alcanzar el establecer la verdad procesal -fin que modula el ejercicio de su facultad jurisdiccional- y no solo se abstenga a estudiar el material probatorio que le sea llegado.

A continuación veremos algunos de los indicios que llevan a generar dudas sobre el uso que se le está dando a la sociedad y sobre indicios que permitirían desvirtuar estas dudas. De conformidad con las decisiones de la Superintendencia de Sociedades se generan dudas sobre la legitimidad de la sociedad en eventos de posible interposición societaria, en casos donde

1. En primer lugar, y el más relevante, exista una restricción legal que, sin la interposición de la sociedad o sociedades involucradas, se habría transgredido.

2. Hechos como: La existencia de un conjunto de sociedades con apariencia de grupo que no ha sido declarado como tal. (i) La constitución de varias compañías en fechas cercanas en el tiempo. (ii) La identidad de accionistas en las sociedades involucradas. (iii) Que la composición accionaria de las sociedades sea similar (iv) a pérdida de capacidad patrimonial de la sociedad para atender una obligación insoluble (v) El traslado de negocios o bienes necesarios para el desarrollo del objeto social de una sociedad a otra que desarrolla un objeto social similar (vi) La similitud en los aportes. (vii) La identidad de trabajadores en ambas sociedades. (viii) Que las actuaciones controvertidas hubieran ocurrido en fechas cercanas. (ix) La coincidencia de los lugares de operación de ambas sociedades. (x) El conocimiento que tuvieran los accionistas sobre las posibles restricciones legales que limitarían su participación en la actividad u operación (xi) Que en los estados financieros no se hayan presentado movimientos operacionales, no operacionales o rendimientos, etc. (xii) Suscripción irregular de recursos por parte del accionista mayoritario. (xiii) Confusión de patrimonios (xiv) La enajenación

de activos a título gratuito o por valores irrisorios. (xv) La malversación de fondos relacionada con supuestos actos fraudulentos³⁴.

Otros de los eventos que generan duda sobre un uso adecuado de la sociedad son enunciados por Dobson (J Dobson, 1985.) y son los siguientes:

I. Sociedad de un solo socio, o un socio que ostenta una participación tan grande que hace irrisoria la existencia de más socios.

II. La capitalización insuficiente de la sociedad para los fines a los cuales está dispuesta.

III. La falta de cumplimiento de formalidades en la vida de la sociedad.

IV. La existencia de traspasos de fondos entre la sociedad y la persona dominante.

V. La falta de vida social por ausencia de asambleas y reuniones.

VI. La ausencia de contabilidad y la falta de emisión de las acciones.

¿Cómo probar el animus societatis?

No hay una manera inequívoca de hacerlo, pues determinar su existencia corresponde a un juicio de valor que en todo caso debe estar mediado por la razonabilidad, las reglas de la experiencia y la sana crítica aunado a un ejercicio riguroso de contrastación de material probatorio. Razonabilidad que podría estudiarse a partir del estudio de un propósito legítimo de negocio, que proponemos ineludiblemente es el desarrollo del objeto social. Las reglas de la experiencia y la sana crítica que concluye el juez en el ejercicio jurisdiccional, que como se enuncio párrafos atrás, ya ha establecido una serie de conductas que generan dudas sobre el uso de la sociedad. Y por último un ejercicio probatorio que puede darse por todos los medios probatorios que se encuentren pertinentes. Y que por lo tanto, evidencien que la sociedad está gobernada por la intención de desarrollar el objeto social. Resultando pertinente, por ejemplo, allegar nómina de trabajadores, estados financieros, actas del máximo órgano social, decisiones del representante legal, contratos que demuestren actividad económica, copias de facturas de compra de bienes, facturación de venta de productos y/o servicios. etc.

En sentido contrario, no resulta razonable que haya intención de desarrollar el objeto social cuando por ejemplo el capital social de una empresa unipersonal es manejado por su socio de forma poco diligente y con confusión de patrimonios. Hechos que por cierto ya han sido denominados por la jurisprudencia como dudosos. Los cuales además deben establecerse en un

34 Ver Sentencias, Superintendencia de Sociedades. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia 800-20 del 15 de marzo de 2018. Superintendencia de Sociedades. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia 800-90 del 22 de julio de 2015. Superintendencia de Sociedades. Delegatura para asuntos jurisdiccionales. Sentencia 800-53 del 27 de junio de 2017 y 800-66 del 28 de julio de 2018. Superintendencia de Sociedades. Delegatura para asuntos jurisdiccionales societario. Sentencia 2017-800-00288 del 09 de agosto de 2019.

contraste de medios probatorios, pues la falta de diligencia y la confusión patrimonial deben acreditarse si o si en el proceso. Lo mismo ocurre cuando existe pluralidad de sociedades y estas no demuestran su *animus societatis* pues todas desarrollan la misma actividad económica, en el mismo lugar, con los mismos recursos humanos y técnicos, con exactitud de socios y distribución de capital, sin diferenciación en la producción y por el otro lado, existe una norma que no cumplen.

De ahí que una vez se pruebe el *animus societatis* el juez contará con un criterio legal que le permita desestimar la pretensión de levantamiento del velo, o por el contrario, el juez contará con el criterio legal para sancionar el uso abusivo y/o fraudulento si se demuestra que la sociedad no tenía la intención de desarrollar el objeto social por el que fue constituida.

CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico colombiano prevé como mecanismo para combatir el uso indebido de la personalidad jurídica de la sociedad la posibilidad que el juez declare el levantamiento del velo societario. Esto consiste fundamentalmente en desconocer la personalidad jurídica que le es inherente a la sociedad y sus efectos derivados.

2. Del levantamiento del velo societario se pueden obtener distintos efectos, con los que se busca que la interposición societaria no reciba ningún beneficio. Dentro de los principales efectos están, la pérdida de la separación patrimonial, el no reconocimiento de la persona jurídica y de su autonomía y la nulidad de los actos fraudulentos.

3. En el desarrollo de la teoría del levantamiento del velo a pesar de existir normas legales que establecen esta posible sanción, la jurisprudencia ha sido lo que realmente ha contribuido notoriamente en el desarrollo de esta teoría. Especialmente, para identificar hipótesis donde es plausible el levantamiento del velo, pues ante la existencia de tipificación de conductas que generen esta consecuencia, resulta bastante pertinente establecer cuando opera la figura, pues su uso debe ser excepcional.

4. El *animus societatis* puede ser empleado en la actualidad para revisar las pretensiones de levantamiento del velo societario. Así, siempre que se pruebe que la sociedad fue constituida para desarrollar el objeto social, y que la estructura misma de la sociedad determina el cumplimiento del mismo por medio de actuaciones que demuestren la intención de desarrollar el objeto social se encontrará que su uso es acorde al ordenamiento jurídico. En caso contrario, el juez debería desconocer la limitación de la responsabilidad de los socios.

REFERENCIAS

DOCTRINA

- ARON SALOMON (pauper) appellant; and A. SALOMON and company, limited respondents. (By original appeal). and A. Salomon and company, limited appellants; and Aron Salomon respondent. (By cross appeal.). Noviembre 16 de 1896. Recuperado [Agosto 25 de 2020] de: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1896/1.html>.
- ARRUBLA PAUCAR, J. A. (2010). El levantamiento del velo corporativo en Colombia. *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario*, 59-78.
- BISGEIER, S. J. (1967). Income Tax: Business Purpose, Tax Avoidance, and Section 355. *California Law Review*, 343-351.
- CASANOVA CLAROS, M. (2007) *A propósito del velo societario*. *Vox Juris*.
- CHENG, T. K. (2011). The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the US Corporate Veil Doctrines. *BC Int'l & Comp. L. Rev.*, 34, 329.
- COSTANTINI, PABLO. La doctrina del *Disregard of the Legal Entity* en el derecho inglés. *Revista Jurídica*, 2016, vol. 4, no 1, p. 19-56.
- CUBILLOS, C. E. (2016). Precisiones Al Correr El Velo De Una Persona Moral (Accuracies of Disregard of the Legal Entity). *Revist@ E-Mercatoria*, 15(2).
- DAHAL RAJI. *Salomon v Salomon: Its Impact on Modern Laws on Corporations* (April 26, 2018). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3169431>
- DOBSON, J. M. *"El abuso de la personalidad Jurídica (en el derecho privado)"*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1985
- FARRAR, J. H. (2013). Piercing the Corporate Veil in Favor of Creditors and Pooling of Groups-A Comparative Study. *Bond L. Rev.*, 25, 31.
- GARZON, C. C. (2009). Comentarious en Torno al Allanamiento de la Personalidad Juridica en las Sociedades por Acciones Simplificadas. *Rev. E-Mercatoria*, 8, 1.
- GARZÓN, C. E. C. (2016). *La teoría del levantamiento del velo corporativo en los grupos societarios*. P. 129. Universidad del Externado de Colombia. <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2327/10.2307/j.ctv1503hx1>.

- LIPTON, P. The mythology of Salomon's case and the law dealing with the tort liabilities of corporate groups: an historical perspective. *Monash UL Rev*, 2014. vol. 40, p. 452.
- MALDONADO NARVAEZ, M. I. (2016). Levantamiento del velo societario en Colombia, un análisis del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. *Rev. E-Mercatoria*, 15, 85.
- MACEY, J., & MITTS, J. (2014). Finding order in the morass: The three real justifications for piercing the corporate veil. *Cornell L. Rev.*, 100, 99.
- THOMPSON, R. B. (1990). Piercing the corporate veil: an empirical study. *Cornell L. Rev.*, 76, 1036.
- ORMEÑO-MALONE, M. (2006). *El uso fraudulento de la persona jurídica*.
- PÉREZ, L. L. P. (2015). La pérdida del animus societatis como causal de disolución de la sociedad. *Revista de Derecho Privado*, (53), 1-31.
- REYES VILLAMIZAR, F. H. R (2016) *Derecho societario*. 2a (ed.) Bogotá: Librería Temis.
- REYES VILLAMIZAR, S.A.S. (2018) *La Sociedad Por Acciones Simplificada*, 4a Ed. Bogotá D.C.: Legis
- SÁENZ, A. M. M., & MALDONADO, M. A. T. (2013). *Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional*. *Derecho y Cambio Social*, 10(32).
- SEALY, L. L. (1989). Bona fides and proper purposes in corporate decisions. *Monash University Law Review*, 15(Issues and 4), 265-278.
- SMITH, R. T. (1999). Business Purpose: The Assault Upon the Citadel. *Tax Law.*, 53, 1.
- Winkler, A. (2018). Bank of the United States v. Deveaux and the Birth of Constitutional Rights for Corporations. *Journal of Supreme Court History*, 43(3), 237-256.
- Zorzi, N. (2004). Abuso de la Personalidad Jurídica, el. *Rev. Derecho del Estado*, 16, 29.
- Jurisprudencia:
- Consejo de estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia No. AC5061 del 13 de noviembre de 1997, M.P. Carlos Bentacur Jaramillo, 1997.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 865 del 07 de septiembre de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C 397 del 09 de abril de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa

Reino Unido. Corte Suprema. Caso: UKSC 2013/004 de 02 de Junio de 2013. Prest (Appellant) v Petro del Resources Limited and others (Respondents).

Salomon v. Salomon & Co Ltd [1897] AC 22

Reino Unido. Corte Suprema. Caso Aron Salomon (Pauper) Appellant; v. A. Salomon and Company, Limited Respondents. By Original Appeal. And A. Salomon and Company, Limited Appellants v. and Aron Salomon Respondent. By Cross Appeal. De 16 de Noviembre de 1896

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (09 de Agosto de 2019) Sentencia 800-094. [S.D. Mónica Tovar Plazas]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (11 de Diciembre de 2017) Sentencia 800-122. [S.D. Catalina Guío Español]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (12 de Julio de 2018) Sentencia 800-318. [S.D. Mónica Tovar Plazas]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (15 de Marzo de 2013) Sentencia 800-55. [S.D. José Miguel Mendoza]

Superintendencia de Sociedades, Grupo Jurisdicción Societaria II Y III. (15 de Octubre de 2019) Sentencia 800-094. [Coord. Natalia Jacobo Dueñas]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (16 de Octubre de 2013) Sentencia 801-15. [S.D. José Miguel Mendoza]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (19 de Marzo de 2015) Auto 800-35. [S.D. José Miguel Mendoza]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (20 de Abril de 2017) Sentencia 800-29. [S.D. Catalina Guío Español]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (22 de Abril de 2014) Auto 801-053. [S.D. José Miguel Mendoza]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (26 de Agosto de 2015) Sentencia 800-109. [S.D. José Miguel Mendoza]

Superintendencia de Sociedades, Delegatura para procedimientos Mercantiles. (28 de Agosto de 2013) Auto 801-059. [S.D. José Miguel Mendoza]

Superintendencia de Sociedades OF100-179360, 2019

Superintendencia de Sociedades, oficio 220-12950, 27 de marzo de 1998.

LEYES

Ley 1258 de 2008, de 05 de Diciembre. Ley de la Sociedad por Acciones Simplificadas. Diario Oficial No. 47.194 de 5 de diciembre de 2008

Ley 142 de 1994, de 11 de julio. Ley de servicios Públicos Domiciliarios. Diario Oficial No. 41.433 de 11 de julio de 1994

Ley 1564 de 2012, de 12 de julio. Código General del Proceso. Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012

Ley 190 de 1995, de 06 de junio. Ley Anticorrupción. Diario Oficial No. 41.878, de 6 de junio de 1995

Ley 222 de 1995, de 20 de Diciembre. Diario Oficial No. 42.156, de 20 de diciembre de 1995

Presidencia de la República. Decreto 410 DE 1971, de marzo 27. Código de Comercio. Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971.