

**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA. LA HISTORIA DE UN
TRASPLANTE INCOMPLETO.**

JUAN FELIPE ALONSO
DIRECTOR: ANDRÉS PALACIOS LLERAS

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

2024.

1. ÍNDICE

EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA. LA HISTORIA DE UN	
TRASPLANTE INCOMPLETO.2	
1.	Índice3
2.	Abstract4
3.	Introducción.....6
4.	Sección descriptiva8
4.1	Importancia del Velo.....8
4.2	Análisis económico del derecho.....10
4.3	Traducción en Colombia.....12
5.	Desarrollo del trasplante normativo15
5.1	Muestra general del levantamiento del velo corporativo en Colombia.....15
5.2	Criterios motivadores de las sentencias.16
5.3	Supuestos con base en los cuales se han presentado las demandas que pretenden la desestimación de la personalidad jurídica.18
5.4	El carácter de los demandantes en los procesos de desestimación de la personalidad jurídica.19
5.5	El levantamiento del velo corporativo en Colombia a lo largo de los años. .21
5.6	Los Delegados que han tomado las decisiones.24
5.7	Conclusiones preliminares de la investigación.25
6.	Irritantes del trasplante normativo26
6.1	La traducción de la acción de desestimación de la personalidad jurídica en Colombia ha generado una tergiversación de las cargas de la buena fe.....27
6.2	La fuerte irritación derivada del trasplante de instituciones del derecho norteamericano es un desincentivo importante para la contratación nacional, pues hace de la diligencia del tercero que contrata con la sociedad excesivamente onerosa.....35
6.3	La reversión de la buena fe impacta el proceso judicial e implica una carga probatoria desproporcionada en cabeza del demandante.38
7.	Conclusiones.....41
7.1	Recuento de argumentos41
8.	Bibliografía.....43

2. ABSTRACT

En un mundo empresarial y societario contemporáneo en el que la protección de la responsabilidad limitada en las sociedades de capital se ha entendido esencial, las sentencias de la Superintendencia de Sociedades de Colombia en procesos que buscan la desestimación de la personalidad jurídica no son la excepción. En lugar de proteger a los terceros, acreedores y accionistas minoritarios de posibles abusos, la acción de desestimación de la personalidad jurídica se ha convertido en una acción inefectiva y que sirve de fortín casi infranqueable para el resguardo de la limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital.

Este estudio, que parte del análisis de una década de sentencias de la Superintendencia de Sociedades referentes a la desestimación de la personalidad jurídica, cuestiona la adopción nacional de teorías del derecho societario norteamericano que, de la mano de la traducción de principios de la teoría económica del derecho, que han buscado homogeneizar el derecho societario mundial, han derivado en la tergiversación de la aplicación de principios de derecho nacionales como el de la buena fe. Este trasplante normativo es particularmente irritante en el ordenamiento jurídico colombiano en tanto revierte las cargas de la buena fe; (i) imprimiendo en quien contrata con la sociedad una carga de diligencia desproporcional y que pareciera ser unilateral, (ii) incrementa en gran medida el costo de la diligencia para el tercero contratante, y (iii) impone estándares probatorios desproporcionales que únicamente responden a la vigente inmutabilidad del concepto de limitación de responsabilidad en Colombia.

La formulación de las anteriores inquietudes, de la mano de la muy pronunciada tendencia de las cortes nacionales y, en especial de la Superintendencia de Sociedades Colombiana, de negar las pretensiones que buscan la desestimación de la personalidad jurídica, con base en argumentos doctrinales y jurisprudenciales extranjeros, no solamente implican de manera directa la tergiversación del principio de la buena fe y el fomento de una cultura de tolerancia del abuso en las sociedades de capital, sino que, invita a cuestionarse sobre el rol del derecho societario norteamericano en el mundo y, puntualmente, en la forma en el que este ha trastocado la normativa nacional imponiendo cargas que no necesariamente responden a la justicia.

In a contemporary business and corporate world in which the protection of limited liability has been understood to be essential, the rulings of the Colombian Superintendency of Companies of Colombia in processes that seek the dismissal of legal personality are not the exception. Instead of protecting third parties, creditors and minority shareholders from possible abuses, the action to pierce the corporate veil has become an ineffective action that serves as an almost impassable fortress that guards the limitation of liability in capital companies.

This study is based on the analysis of a decade of rulings from the Colombian Superintendency of Companies referring to the dismissal of legal personality, and questions the national adoption of doctrinal theories of North American corporate law that, hand in hand with the translation of principles of economic theory of law, which have sought to homogenize global corporate law, have resulted in the distorted application of national legal principles such as the principle of good faith. This legal transplant is particularly irritating in the Colombian legal system as it directly reverses the burdens of good faith; (i) imposing on whoever contracts with the company a disproportionate burden of diligence that appears to be unilateral, (ii) greatly increases the cost of diligence for the contracting third party, and (iii) imposes disproportionate evidentiary standards that only respond to the current agreed immutability of the concept of limitation of liability in Colombia.

The formulation of the abovementioned concerns, hand in hand with the very pronounced tendency of national courts and especially of the Colombian Superintendence of Companies to deny the claims that seek the dismissal of the corporate veil, not only directly imply the distortion of the principle of good faith and the promotion of a culture of tolerance of abuse and fraud in corporations, but they invite us to question the role of North American corporate law in the world and specifically, in the way in which it has disrupted Colombian national regulations, imposing burdens that do not necessarily correspond to justice.

3. INTRODUCCIÓN

En la última década, solo 1 de cada 10 sentencias que emite la Superintendencia de Sociedades de Colombia en procesos que pretenden la desestimación de la personalidad jurídica resulta en el efectivo desconocimiento o descorrimiento del velo societario. Para nadie es un secreto que existe consenso relativamente generalizado sobre la importancia económica que reviste el postulado societario de limitación de responsabilidad y sobre el efecto que este ha surtido a nivel mundial en términos de generación de riqueza y progreso. Sin embargo, tampoco es un secreto que el acceso a esta forma asociativa ha derivado, en buena medida, en la perpetración de multiplicidad de abusos resguardados por la figura de la sociedad de capital y su inherente limitación de responsabilidad.

Como se ha afirmado doctrinaria y jurisprudencialmente, el fallo en la formulación de reglas *ex ante*, como son el registro societario, la capitalización mínima y la escritura pública, para prevenir el abuso de las figuras asociativas, ha llevado al derecho societario a buscar nuevos mecanismos *ex post* que puedan constituirse como “más idóneos” para controlar el abuso de la sociedad de capital. La denominada desestimación de la personalidad jurídica surge entonces como un mecanismo por medio del cual las autoridades judiciales pueden hacer frente al abuso de la personificación jurídica, haciéndole extensiva a los accionistas de una compañía la responsabilidad por obligaciones insolutas en hipótesis de fraude o abuso societario. Sin embargo, como veremos, su aplicación en Colombia plantea desafíos significativos.

Aun cuando de acuerdo con la doctrina nacional e internacional el levantamiento del velo corporativo surge como respuesta al continuo y generalizado abuso de la figura asociativa, este texto se da a la tarea de probar que la desestimación de la personalidad jurídica en Colombia no logra su cometido, y que, contrario a sancionar el abuso y el fraude en las sociedades de capital, ha propiciado la creación de un sistema en el que la protección del accionista y de la sociedad de capital (como núcleo económico) ocupan una importancia tal, que parecieran opacar el verdadero fin de la figura. Como será desarrollado con posterioridad, en disputas mercantiles llevadas ante la Superintendencia de Sociedades (en adelante; la “Superintendencia”, la “SuperSociedades” o la “Superintendencia de Sociedades”) esta NO desestima la personalidad jurídica de las sociedades de capital.

Con fundamento en sentencias de la SuperSociedades, sentencias de la Corte Constitucional y doctrina tanto nacional como extranjera, el presente texto expone cómo la teoría económica del derecho y los preceptos de desestimación de acento norte americano han sido trasplantados en Colombia por parte de jueces y doctrinantes, y cómo, en razón del creciente esfuerzo mundial que pretende la homogenización y mayor efectividad del derecho societario internacional han llegado a modificar principios del derecho Colombiano.

En ese sentido, es que esta investigación busca responder la pregunta de: ¿qué efectos ha tenido en Colombia la recepción de las doctrinas norteamericanas sobre levantamiento del velo corporativo? Y encuentra que el fenómeno de “traducción normativa” estadounidense ha sido particularmente “**irritante**¹” para el sistema colombiano al punto de llegar a tergiversar principios fundamentales del mismo. Dicha irritación ha generado en Colombia una deformación del régimen del levantamiento del velo corporativo, que, en vez de constituirse como un mecanismo de defensa de terceros, acreedores y accionistas minoritarios frente al eventual abuso, se ha convertido en un fortín prácticamente infranqueable en defensa de la limitación de la responsabilidad.

De acuerdo con la presente investigación puede concluirse que: (i) en Colombia (como es el caso de otros países) ha ocurrido un fuerte y arraigado trasplante de instituciones del derecho societario estadounidense; (ii) que el referenciado trasplante de instituciones jurídicas ha implicado, en términos generalizados, un importantísimo arraigo en el derecho societario colombiano de los postulados de la separación patrimonial

¹ El concepto de irritante será desarrollado con posterioridad en la Sección 6°.

y la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital; (iii) que en Colombia, la existencia de una fuerte defensa de la limitación de responsabilidad ha implicado la tergiversación de las cargas de la buena fe, y (iv) que esta deformación, a su vez, ha implicado, en términos del análisis económico del derecho, la alza generalizada de los costos de contratación a nivel nacional y la imposición de cargas probatorias desproporcionadas para el demandante en procesos judiciales que buscan la desestimación de la personalidad jurídica ante la SuperSociedades.

Así pues, este texto concluye, entre otras cosas, que el mencionado desconocimiento y “unilateralidad” de la aplicación de las cargas impuestas por la buena fe y de disposiciones probatorias que se alejan de los estándares probatorios nacionales, se derivan de un trasplante normativo incompleto que, no solo, no responde a los preceptos de la carga de la prueba nacional, sino que, atenta contra los preceptos locales de buena fe y diligencia, imponiéndole cargas desproporcionadas y no propias de nuestro ordenamiento, a quien siendo acreedor voluntario, se enfrenta a una situación de abuso de la figura asociativa.

En síntesis, el análisis de 97 sentencias emitidas por la Superintendencia de Sociedades entre los años 2013 y 2023 se ve reflejado en el presente escrito que, por medio de la deconstrucción de estas decisiones judiciales, busca mostrar de manera gráfica las tendencias nacionales más importantes en términos de desestimación de la personalidad jurídica y formular algunas conclusiones críticas que muestran una visión alternativa a la tradicional concepción de este fenómeno jurídico. Este estudio y particular enfoque judicial sobre la perforación, responde principalmente al hecho de que he podido constatar que existe un fuerte interés tanto de profesionales del derecho como del sector empresarial por buscar mecanismos de predicción que permitan comprender de mejor manera la forma en la que actúan los tribunales nacionales a la hora de resolver demandas de desestimación. Esta investigación, que busca acercarse a la teoría práctica de la desestimación de la personalidad jurídica por parte de la Superintendencia de Sociedades ofrece un gran valor práctico, pues, aun cuando los litigios referentes a este fenómeno no han sido tan comunes, han sido contundentes en establecer tendencias decisorias claras que parecieran no siempre responder a la justicia.

El presente documento está dividido en las siguientes partes. En la **Primera Sección** (Punto 4) se busca describir en qué consiste la doctrina del levantamiento del velo y las razones que se ofrecen desde la literatura societaria de los Estados Unidos para justificar su existencia. Se muestra también que dicha doctrina, que predica la excepcionalidad del fenómeno del levantamiento, está en boga en Colombia, pues aparece comúnmente en las decisiones judiciales sobre la materia. En la **Segunda Sección** (Punto 5) se lleva a cabo la presentación de un análisis estadístico, que tiene como propósito mostrar; (i) que tan probable es que un delegado de la Superintendencia de Sociedades desestime el velo societario que separa a la sociedad de sus accionistas, (ii) bajo qué argumentos se rechaza la aplicación de dicha figura y en cuales sí procede, (iii) que motivos suscitan la interposición de la demanda, (iv) con base en que criterios decide la Delegatura para Asuntos Mercantiles de la SuperSociedades y, (v) en general, cual ha sido el panorama nacional de la desestimación de la personalidad jurídica en los últimos 10 años. Luego, en la **Tercera Sección** (Punto 6) se lleva a cabo el análisis de esta doctrina frente al postulado de la buena fe en Colombia y se encuentra que; (1) la traducción de la acción de desestimación de la personalidad jurídica en Colombia ha transformado las cargas impuestas por el principio de la buena fe, (2) que la adopción de estos preceptos de derecho extranjero, desde una perspectiva del análisis económico del derecho, han encarecido la contratación a nivel nacional y se han convertido en un desincentivo para la misma, en tanto, imponen cargas de diligencia precontractual que parecen desproporcionadas, y (3) que, en este caso, la adopción de doctrina extranjera ha distorsionado, en defensa de la limitación de la responsabilidad, las cargas probatorias que recaen en cabeza de las partes en los procesos de desestimación de la personalidad jurídica llevados frente a la SuperSociedades. Finalmente, en la **Cuarta Sección** (Punto 7) se presenta una breve conclusión en la que se busca cuestionar al lector sobre qué efectos ha tenido y puede llegar a tener este debate a futuro.

4. SECCIÓN DESCRIPTIVA

Como levantamiento, descorrimento, penetración, desestimación, allanamiento y desconocimiento se ha conocido al fenómeno judicial por medio del cual un juez puede, en razón de la comisión de un abuso o fraude que involucra de manera directa una figura asociativa, desconocer de manera temporal la separación patrimonial que existe entre sociedad y sus accionistas, haciendo a todos, o a algunos de estos, responsables con su patrimonio de las acreencias sociales.

Esta hipótesis, sustentada tanto por las leyes colombianas, como por nuestra doctrina y jurisprudencia ha considerado necesario establecer excepciones a la regla de la limitación de la responsabilidad con el fin de evitar el fraude a la ley o sancionar la comisión de ilícitos por quienes pretenden protegerse de dicho efecto.

Estos casos especiales han dado lugar a la aplicación de lo que el profesor Dobson ha llamado “*el remedio jurídico mediante el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con la que se haya revestido un grupo de personas o bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular*”².

4.1 Importancia del Velo

En la generalidad de la teoría jurídica americana se ha exaltado el rol que el principio de limitación de responsabilidad ha jugado en la creación de riqueza en los sistemas económicos. Tan aclamada ha sido esta teoría que algunos autores, como es el caso de Nicholas Butler, presidente de la Universidad de Columbia, han proclamado que la teoría de la responsabilidad limitada es “*el mayor descubrimiento de los tiempos modernos*” y que; “*incluso el vapor y la electricidad son mucho menos importantes que la sociedad de responsabilidad limitada, y sin ella se verían reducidos a una impotencia comparativa*”³.

Este concepto de responsabilidad implica de manera práctica la limitación de la eventual pérdida personal que puede sufrir el propietario/accionista de una empresa a una cantidad fija, es decir, limita su responsabilidad al monto de su aporte en la sociedad. En consecuencia, este mecanismo de distribución de la responsabilidad ha establecido un sistema en el que, si el negocio tiene éxito, el accionista de la sociedad obtiene las ganancias, pero si el negocio fracasa, todas las pérdidas que trascienden el monto de su aporte o participación en la sociedad deben ser soportadas de manera general por el acreedor voluntario o involuntario de la sociedad⁴.

Aun cuando la figura es predominante y prácticamente homogénea a nivel mundial, ha sido controvertida. Autores como Joseph A. McCahery and Erik P.M. Vermeulen han resaltado que “*El principio de responsabilidad limitada fue aclamado como un avance industrial por algunos, pero otros lo vilipendieron estridentemente*”⁵, en tanto es evidente que la figura de la limitación de la responsabilidad puede ser fácilmente utilizada de manera abusiva y fraudulenta.

El gran respaldo doctrinario que ha recibido la teoría de la responsabilidad limitada en el ámbito de las sociedades de capital y el consenso generalizado que existe en su defensa ha sido justificado reiteradamente en tanto autores como Easterbrook y Fischel, sostienen que la tesis de la separación patrimonial es esencial para el sistema económico.

Estos autores han sostenido que la limitación de responsabilidad tiene como resultado directo; (i) la disminución de los costos de agencia, (ii) la disminución los costos de vigilancia sobre otros

² Dobson, Juan. “El abuso de la personalidad jurídica”. Buenos Aires: Depalma 1985. (Tomado de Gaitán José Alberto. “Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y perspectivas”. Capítulo “Marco general del velo corporativo en Colombia”).

³ Nicholas Murray Butler, Why Should We Change Our Form of Government? Studies in Practical Politics 82 (1912).

⁴ John H. Matheson (Spring, 2009). ARTICLE: Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil. *Berkeley Business Law Journal*, 7.

⁵ Joseph A. McCahery and Erik P.M. Vermeulen, “Understanding (un)incorporated business forms.” (2005). Pág. 15.

asociados, (iii) la generación libre circulación de acciones, y (iv) ha posibilitado la existencia de condiciones de mercado que permitan determinar la oferta, la demanda y la uniformidad del precio de las acciones, entre otras cosas. (Reyes Villamizar, 2012).

De la mano de la afirmación anterior, se tiene que, en referencia a la desestimación de la personalidad jurídica, Maurice Wormser en su texto “Piercing the Veil of Corporate Entity” del Columbia Law Review, establece que; *“A menudo se ha afirmado que los tribunales de justicia se adhieren a la teoría de la entidad aun cuando el resultado sea una aplicación de justicia gravemente errónea.”*

Así pues, de acuerdo con Cathy S. Krendl y James R. Krendl, la explicación de por qué en casos de levantamiento del velo corporativo estadounidense, como el de Lowendahl v. Baltimore & Ohio R.R., los tribunales se han negado a llevar a cabo la desestimación, responde probablemente a *“que el tribunal sintiera la necesidad de preservar las reglas de responsabilidad limitada en la era de la depresión. De lo contrario, las quiebras corporativas generalizadas podrían haber fomentado una multiplicidad de demandas en las que, los demandantes esperanzados intentarían perforar los velos corporativos para encontrar a los accionistas personalmente responsables”*⁶.

4.1.1 **Excepcionalidad de la acción de desestimación de la personalidad jurídica.**

Como se buscará probar en el presente acápite, el fenómeno de la desestimación de la personalidad jurídica es uno que ocurre raramente y cuya excepcionalidad no solo se ve reflejada en los datos estadísticos que arroja este estudio, sino que se hace evidente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. Se adelanta la conclusión de que la mencionada excepcionalidad es el resultado directo de la importancia que, como ordenamiento jurídico, hemos otorgado a la teoría de la limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital.

La Superintendencia, por medio de la Sentencia 801-00015 del 15 de marzo de 2013, establece que, aun cuando es claro que la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano, *“(…) la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. 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. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatorio temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario”*. (Subrayado fuera del texto)

En refuerzo de la excepcionalidad de esta figura, ha recalcado la Superintendencia de Sociedades que; *“ha negado en diversas oportunidades pretensiones orientadas a extender a los asociados de una compañía la responsabilidad por pasivos sociales insolutos”*, y ha estimado que la razón de esta negativa *“(…) estriba principalmente en la dificultad de verificar, con suficiente certeza, la utilización de la figura societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación.”*⁷

En empleo de las mismas palabras, ha sostenido la Superintendencia que *“(…) debido a la aplicación verdaderamente excepcional de esta medida, el Despacho ha negado en la mayoría de las oportunidades, las pretensiones orientadas a extender a los accionistas de una compañía la responsabilidad por obligaciones sociales insolutas. La razón fundamental estriba en la dificultad de verificar, con suficiente certeza, la utilización necesaria de los atributos de la figura*

⁶ Cathy S. Krendl & James R. Krendl, Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry, 55 Denv. L.J. 1 (1978).

⁷ Superintendencia de Sociedades. Sentencia n° 800-29 de 20 de abril del 2017.

societaria para evadir fraudulentamente el pago de la correspondiente obligación.⁸ (Subrayado fuera del texto).

Son más que numerosas las veces en las que la Superintendencia ha recalcado a lo largo de sus sentencias (i) la importante carga probatoria y (ii) la excepcionalidad de la aplicación de la acción de desestimación de la personalidad jurídica. A manera de ejemplo, en la Sentencia 810-000047 del 24 de mayo de 2022, reitera la Delegada María Victoria Peña, en exactamente tres ocasiones, la importancia que tiene la carga probatoria en la figura de la desestimación. Así pues, expresa la delegada, a lo largo de la misma sentencia que (i) “*No debe pasarse por alto la alta carga probatoria exigida en este tipo de acciones*”, que (ii) la delegatura “*ha sido enfática en sostener que la aplicación de la aludida sanción debe ser verdaderamente excepcional y requiere la satisfacción de una alta carga probatoria*” y, (iii) que “*No puede perderse de vista, además, que esta gravosa sanción [la desestimación] procede únicamente en las excepcionales hipótesis en las que se haya usado la persona jurídica societaria con fines defraudatorios, lo cual, por supuesto, requiere de una altísima carga probatoria*” (Paréntesis fuera del texto).

Puede concluirse, sin temor a error, que la alta carga probatoria exigida por la Delegatura se ha convertido en un elemento esencial y propio de la narrativa jurídica y jurisprudencial que ha construido la SuperSociedades alrededor de la Desestimación de la personalidad jurídica en Colombia. Incluso cuando la insuficiencia de carga probatoria no es el criterio motivador de absolutamente todas las sentencias objeto de estudio, no debe desconocerse que “*la importante carga probatoria que recae sobre aquellos sujetos que pretendan la extensión de responsabilidad que se produce en hipótesis de desestimación de la personalidad jurídica*”⁹, es el principal criterio determinante en la toma de decisiones por parte de los Delegados de la Superintendencia en desestimación del velo corporativo y, una alusión recurrente en prácticamente la totalidad de las sentencias consignas en la Matriz.

De acuerdo con la literatura consultada, la excepcionalidad de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica se justifica de manera puntual en la importancia que, como ordenamiento, hemos otorgado a las prerrogativas de separación patrimonial y consecuente protección del riesgo que para los accionistas esta implica. El reconocimiento universal de estas prerrogativas de acuerdo con autores como el Doctor Reyes Villamizar obedece a:

*“la necesidad de estimular la creación de empresa, mediante un sistema que, no solo reduzca el riesgo personal de los socios, accionistas o constituyentes únicos, sino que también garantice la continuidad de la actividad económica aun después de que estos últimos han sido reemplazados”*¹⁰.

4.2 **Análisis económico del derecho.**

Aun cuando es innegable la existencia de un ferviente reconocimiento en la jurisprudencia colombiana (tanto de la Corte Constitucional, como de la Superintendencia de Sociedades) de la importancia que ocupa en nuestra sociedad la separación patrimonial y la limitación de responsabilidad de los asociados, no es del todo claro que estas sean doctrinas o fundamentos jurídicos inherentes al derecho colombiano o incluso latinoamericano.

Difícilmente puede cuestionarse la contundencia con la que el derecho de los Estados Unidos, específicamente de Estados como Delaware, ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente los

⁸ Superintendencia de Sociedades. Sentencia n°810-000047 del 24 de mayo de 2022.

⁹ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-109 de 26 de agosto del 2015.

¹⁰ Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012).

postulados que hoy en día rigen el desarrollo del derecho societario alrededor del mundo y que encuentran fundamento de manera principal en el análisis económico del derecho¹¹.

Así pues, en relación con la influencia de la teoría del análisis económico en el derecho societario reconocen Doctrinantes colombianos del más alto nivel, como el citado Doctor Reyes Villamizar que “*No menos relevante es la incidencia de los principios económicos en el desarrollo de los precedentes judiciales, a lo menos en los países del llamado “Common Law”*”¹². Esta teoría de creación de acento anglosajón, de acuerdo con el mismo Doctor Reyes, es un mecanismo que tiene gran significación en América Latina y que no solo ha demandado ajustes infraestructurales normativos, sino que también ha llevado a la relativa homogenización de regulaciones que, de mano de la globalización, propician el intercambio de bienes y servicios¹³.

Esta homogenización de regulaciones¹⁴ de carácter societario y la relativa similitud de instituciones corporativas a nivel mundial ha llevado, a una sistematización del análisis económico del derecho de sociedades, en la que aún con leves diferencias que se derivan de las diferentes tradiciones jurídicas, se encuentran problemas que resultan muy semejantes entre jurisdicciones¹⁵.

En su texto, “*End of History for Corporate Law*”, los autores Henry Hansmann y Reinier Kraakman, afirman que hoy por hoy la ley básica de la forma corporativa, y el derecho corporativo en sentido amplio, ya han alcanzado un alto grado de uniformidad y que existe una alta probabilidad de que esta convergencia continúe. Según los citados autores existe un consenso generalizado alrededor de la aplicación de modelos corporativos orientados a beneficiar al accionista. No solo la falta de alternativas a este modelo ha impulsado su fuerte arraigo, sino que la convergencia de intereses y diversas fuerzas económicas ligadas a la globalización han hecho que las virtudes de ese modelo sean cada vez más destacadas. En opinión de los citados autores, en un contexto de homogenización del derecho corporativo inter fronterizo:

*“El cambio legal requiere acción legislativa. Sin embargo, esperamos que la presión de los accionistas (y el poder de ideología orientada a los accionistas) fuerce cambios legales graduales, no del todo, pero en gran medida en la dirección del derecho corporativo y de valores angloamericano. Ya hay importantes indicios de convergencia evolutiva en los ámbitos de la estructura de la junta directiva, regulación de valores y metodologías contables, e incluso la regulación de adquisiciones”*¹⁶.

Así pues, es claro como la teoría del análisis económico del derecho y, más específicamente, como la homogenización mundial del derecho corporativo americano ha permeado el derecho societario mundial y ha tenido un efecto verdaderamente importante en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del derecho societario en Colombia. Ejemplo de lo anterior es que las disposiciones y discusiones vigentes sobre la naturaleza de la sociedad, sus costos inherentes de transacción (“*transaction costs*”), los problemas de mandato o de agencia (“*agency problems*”) los costos de agencia (“*agency cost*”), los deberes fiduciarios (“*fiduciary duties*”), los modelos de gobierno corporativo (“*corporate governance or control*”) y aquellas disposiciones referentes al

¹¹ Brainbridge, Stephen. “Corporation Law and Economics.” NY, Foundation Press (2002).

¹² Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012). Pág. 24.

¹³ Ibidem.

¹⁴ De acuerdo con Henry Hansmann y Reinier Kraakman se trata de características como: (i) La personificación jurídica, (ii) el sistema de responsabilidad limitada, (iii) la libre negociación de acciones, (iv) la administración delegada en una junta directiva y (v) la titularidad del capital por parte de los inversionistas (Reyes Villamizar, 2012).

¹⁵ Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012).

¹⁶ Hansmann, Henry y Reinier Kraakman, “The end of history for corporate law,” en *Georgetown Law Journal* 89 (2) (2001), pp. 439-468.

levantamiento del velo corporativo (“peircing of the corporate veil”) han sido trasplantadas de manera directa de la doctrina y jurisprudencia norteamericana a las sentencias de las diferentes cortes nacionales y especialmente, a las de la Delegatura para Asuntos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

4.3 **Traducción en Colombia.**

Esta narrativa Norteamericana que reitera y fundamenta la importancia de la perpetuación de la limitación de la responsabilidad en las sociedades de capital, ha sido acogida, como pasará a mostrarse, por parte de la legislación, doctrina y jurisprudencia colombiana en materia societaria.

De acuerdo con la Corte Constitucional, en Sentencia C-865 del 2004, el patrimonio como atributo de la personalidad de la sociedad, le permite tener independencia de sus socios y sirve como fundamento base a la “*teoría de limitación del riesgo*”. Así pues, estima la Corte que, en el caso de las sociedades de capital, el legislador entendió “*prudente salvaguardar la limitación de riesgo como manifestación del patrimonio propio de accionistas y sociedad, en aras de dar preponderancia a otras finalidades constitucionalmente admisibles, tales como, permitir la circulación de riqueza como medio idóneo para lograr el desarrollo y el crecimiento económico del país*”. La importancia de esta prerrogativa de limitación de acuerdo con la Corte no es absoluta y puede verse desestimada en razón de su uso abusivo como medio de defraudación o engaño.

En síntesis, de manera muy contundente, establece la Corte Constitucional en la citada sentencia que la limitación de la responsabilidad societaria es un pilar fundamental de la Constitución Económica. Así mismo, dispone la Corte que “*Negar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica*”. En ese sentido, el mismo Tribunal Constitucional afirma que;

“(…) existen herramientas legales 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.”

En conclusión, de acuerdo con la Corte Constitucional, aun cuando existen mecanismos que pueden desconocer la limitación de responsabilidad que existe entre los socios y una persona jurídica, estos se constituyen como la excepción a la regla, que es la separación de patrimonios y la consecuente protección del accionista que se deriva de esta, y que se encuentra fuertemente respaldada por su importancia para el desarrollo económico nacional.

En la misma línea argumentativa, ha establecido la Superintendencia de Sociedades en diversas sentencias la importancia y relevancia actual de la separación patrimonial y de la consecuente limitación de la responsabilidad en sociedades de capital.

Así pues, en la citada Sentencia icono 801-15 del 15 de marzo del 2013, el Delegado Dr. José Miguel Mendoza, establece que “*La difusión de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad fue uno de los factores determinantes en el acelerado desarrollo industrial del siglo XIX, tanto en los países anglosajones del Common Law como en los sistemas civilistas de Europa Continental*”. Adicionalmente, anota citando a profesor Evan Osborne en el periódico “The Economist”, que el acelerado desarrollo económico;

“(…) se debió, en buena medida, a que los comerciantes que usaban esta forma asociativa podían asumir un mayor grado de riesgo que aquellos sujetos que actuaban a título personal. Más aún, la posibilidad de utilizar la figura mencionada permitió que los recursos económicos de los inversionistas fueran usados para financiar las más prometedoras innovaciones.”

En la misma sentencia, la SuperSociedades reitera que, en vista de la ineficacia de los mecanismos *ex ante* planteados para fomentar la protección de los acreedores y terceros de la utilización abusiva de la personalidad jurídica o de la separación de patrimonios, surgió la figura de la desestimación de la personalidad jurídica como mecanismo *ex post*, que pretende controvertir las actuaciones fraudulentas llevadas a cabo por los empresarios.

Habiendo podido evidenciar como las Cortes colombianas, en términos de desestimación de la personalidad jurídica, se han valido de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana y de la teoría económica del derecho para sustentar la importancia de la limitación de la responsabilidad, se tiene que esta traducción conceptual y la mencionada homogenización del derecho societario ha impactado en gran medida al ordenamiento jurídico colombiano.

Adicionalmente, se tiene que la citada sentencia no es la única en la que la Superintendencia hace referencia a doctrinantes estadounidenses o a jurisprudencia de este país. Así pues, se hace referencia a algunos ejemplos de ocasiones en las que la Delegatura se ha valido, en acciones de desestimación de la personalidad jurídica, de referencias a doctrina y jurisprudencia norteamericana;

- En la Sentencia 800-90 del 22 de julio del 2015, la Delegatura cita a la sentencia “K.C. Roofing Center v. On Top Roofing Inc” de 1991. Sentencia en la que *“La corte del estado de Kansas consideró procedente la desestimación ante las actuaciones de un demandado que, para eludir el pago de obligaciones sociales, ‘puso en marcha algo similar a un juego de trile, en el que transfería la actividad comercial de una compañía a otra a medida que se hacían exigibles las deudas con sus acreedores [...]’, justificando su actuación en la necesidad de un ‘nuevo inicio’ para su negocio”*.
- En la Sentencia 820-000089 del 20 de junio de 2019 el Despacho trae a colación que *“Para evaluar la procedencia de esta sanción, [Desestimación] esta Superintendencia ha estudiado los precedentes de las cortes de los Estados Unidos, que desde hace ya varias décadas han venido estudiando el problema del abuso de las formas asociativas. Como explica Reyes Villamizar, algunas de las causales más frecuentes de desestimación de la personalidad jurídica en los Estados Unidos incluyen operaciones celebradas con el socio controlante o mayoritario, la violación de formalidades legales y estatutarias, la confusión de patrimonios y negocios, el fraude a los socios o acreedores y la infracapitalización de la sociedad.”* (Paréntesis y subrayado fuera del texto)
- En la Sentencia 820-000071 del 14 de octubre del 2020¹⁷ el Despacho hace referencia a la ausencia de uniformidad en la extensión de la responsabilidad en derecho comparado; *“Aunque en la mayoría de los casos estadounidenses en materia de desestimación se ha llegado a la extensión de responsabilidad a los accionistas, esta aplicación de la figura rara vez se presenta en el Reino Unido”*.

¹⁷ Sentencia N° 76 en la Matriz.

- En la Sentencia 810-000058 del 22 de junio de 2022 el Despacho establece que; *“En nuestra doctrina nacional, igualmente, se ha hecho alusión a varios de tales indicios, a su vez, recogidos de la doctrina norteamericana. Entre ellos se encuentran las operaciones que implican un conflicto de interés (‘self-dealing transactions’), la violación de formalidades legales y estatutarias (‘break-down of procedures’), la confusión de patrimonios y negocios (‘commingling of assets and business’), el fraude a los socios o a los acreedores (‘fraud’) y la infracapitalización de la sociedad o del grupo empresarial (‘undercapitalization’)”*

En definitiva, los anteriores extractos son solo algunos ejemplos de sentencias en las que se hace evidente cómo, desde un traslado de teoría jurídica societaria extranjera y principalmente de los Estados Unidos, en Colombia;

- i. Se ha tomado como referencia el sistema anglosajón en temas societarios;
- ii. Se ha asignado a la separación patrimonial y a la limitación de responsabilidad un lugar privilegiado que parece incluso encontrar sustento en la Constitución Política colombiana como pilar económico;
- iii. La homogenización del derecho societario mundial no ha sido ajena a la realidad jurídica nacional y ha tenido un efecto verdaderamente marcado en ella;
- iv. Y, se evidencia como la importancia que, como principio económico, se ha atribuido a la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital, ha sido tan importante que ha justificado la imposición (en su defensa) de cargas particularmente elevadas.

Las anteriores conclusiones invitan al lector a preguntarse cuál es la verdadera finalidad de la acción de desestimación de la personalidad jurídica. Esta cuestión es suscitada por el muchas veces citado Doctor Reyes Villamizar, quien cita el famoso salvamento de voto, del juez Keating, de la Corte de Apelaciones de Nueva York, quien manifestó que; *“la cuestión que debe desentrañarse en esta acción [de la Desestimación] es si la política de este Estado, que garantiza a quienes desean participar en una empresa de negocios el privilegio de la limitación de responsabilidad, mediante el uso de la forma societaria, es tan notorio como para permitir que tal privilegio se mantenga, sin importar qué tanto se abuse de él, cuán irresponsablemente sea manejada la compañía o qué tan alto sea el costo que el público deba asumir”¹⁸*

Bastante acertada para la presente investigación resulta la intervención del Juez Keating en tanto, es particularmente interesante preguntarse si en Colombia, el fin justifica los medios, y el proteger al demandante que se ha visto afectado por un acto abusivo justifica la socialmente “costosa”¹⁹ desestimación de la personalidad jurídica, o si, por el contrario, la salvaguarda de dicho motor económico prevalece por encima de los derechos de quien en buena fe contrata con una sociedad. La excepcionalidad de esta figura y la exigencia de una altísima carga probatoria en cabeza del demandante, que como se mostró, ha permeado la totalidad de las decisiones de la Superintendencia de Sociedades, nos llevan a preguntarnos si; ¿La figura

¹⁸ Medina Torres, Carlos Bernardo. “Generalidades de las pruebas judiciales”. Legis (2001). Pág. 123. En Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012).

¹⁹ La idea de la sociedad de capital como uno de los elementos base del progreso económico choca con la de la desestimación de la personalidad jurídica. Así pues, se ha entendido que esta acción implica unos costos sociales ligados al desincentivo económico que genera la atribución de responsabilidad a los accionistas de una sociedad.

De acuerdo con los autores Easterbrook y Fischel el impacto económico que la extensión de responsabilidad a los accionistas de las sociedades tendría efectos económicos negativos (particularmente en sociedades abiertas). Easterbrook y Fischel. “Limited Liability and the Corporation” en: Foundations of Corporate Law, NY, Oxford University Press, pp. 65-72. Tomado de Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del derecho societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012).

de la desestimación de la personalidad Jurídica en Colombia, en realidad cumple con su finalidad de protección del público?

Pues bien, esta investigación encuentra que la finalidad de protección de accionistas, acreedores y terceros y de su actuar de “buena fe”, no ocupa, al menos para la Superintendencia de Sociedades, un lugar más importante que el que ocupa la protección de la limitación de responsabilidad en cabeza de la sociedad de capital. La anterior afirmación parte de la existencia de evidencia contundente que muestra que, en Colombia, no solo no se llevan a cabo las desestimaciones o levantamientos del velo corporativo, sino que se pone en condiciones verdaderamente desfavorables al demandante que por este medio busca realizar el ejercicio de la protección de sus derechos.

5. DESARROLLO DEL TRASPLANTE NORMATIVO

Como fue establecido anteriormente, este documento parte del análisis de 97 Sentencias de la Superintendencia de Sociedades, emitidas a lo largo de la última década, esto es entre el 15 de marzo del 2013 y el 17 de mayo del 2023, y en las que ha aparecido como criterio unificador el Levantamiento del Velo Corporativo o Desestimación de la Personalidad Jurídica.

Estas 97 sentencias han sido integradas en un completo y extenso archivo en el que se ha buscado identificar entre otras cosas; (i) la relevancia de cada sentencia, (ii) el o la Superintendente que firma la sentencia, (iii) las partes involucradas en el proceso, (iv) el carácter del demandante, (v) el supuesto que guía las pretensiones, (vi) las pretensiones de la demanda, (vii) los hechos involucrados en cada caso, (viii) un resumen de las consideraciones que motivan la decisión del Despacho, (ix) el sentido de la sentencia, (x) el criterio decisivo de la misma, (xi) si en efecto la desestimación es llevada a cabo, (xii) si existe algún factor que interese a la presente investigación, y si de acuerdo con la página del “Tesoro” de la Superintendencia de Sociedades, (xiii) algunas sentencias se han citado entre ellas.

Con base en esta información se ha querido identificar los patrones más importantes y analizar estos a la luz de la realidad actual del derecho societario colombiano.

A lo largo de esta sección se buscará mostrar por medio de gráficas y tablas una síntesis de los hallazgos que pueden ser constatados en la matriz de investigación, documento en el que reposa el discriminado de los puntos anteriormente expresados y que, expone a mayor espacio, el contenido de cada una de las mencionadas sentencias objeto de estudio (en adelante “la Matriz”²⁰). Estas graficas muestran la realidad del fenómeno jurídico del levantamiento del velo corporativo en Colombia, y buscan propiciar un espacio de reflexión y análisis en torno a esta importante figura.

5.1 Muestra general del levantamiento del velo corporativo en Colombia.

Como afirma de manera reiterativa en sus sentencias la SuperSociedades, el levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica en el territorio nacional colombiano es una medida verdaderamente excepcional.²¹ De acuerdo con la investigación realizada, se evidencia que solo 1 de cada 10 demandas que se han presentado ante la

²⁰ El documento Matriz se aporta como Anexo al presente trabajo. La lectura de este documento puede resultar especialmente útil cuando se quiera hondar en alguna de las Sentencias en cuestión.

²¹ Como fue manifestado en la icónica Sentencia 801-15 del 15 de marzo del 2013 de la Superintendencia de Sociedades (Citada por no menos de 75 sentencias de la SuperSociedades) “*Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la acción le corresponde una altísima carga probatoria*”.

SuperSociedades desde el año 2013 y que han contenido como pretensión la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad de capital, han resultado en una efectiva aplicación de la figura.

En otras palabras, a lo largo de una década (2012-2023), de 97 Sentencias emitidas por la Superintendencia, esta únicamente ha levantado el velo corporativo en 10 ocasiones (Gráfica 1²²).

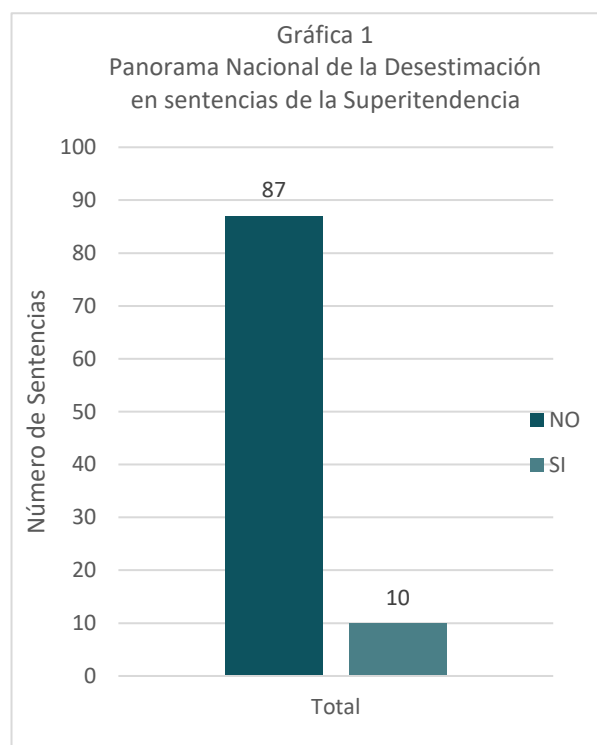
5.1.1 En Colombia el levantamiento del velo corporativo sucede de manera verdaderamente excepcional.

Puede afirmarse entonces, con solo observar los números presentados, que, en Colombia, no es para nada alentador el panorama del demandante que, entendiéndose víctima de un fraude o abuso de la personificación societaria, busca el reconocimiento de sus derechos por medio del desconocimiento judicial de la personalidad jurídica de una sociedad de capital. Como ha mostrado la presente investigación, en términos de precedente judicial, se enfrenta el demandante en un proceso de levantamiento del velo corporativo, a una aplastante probabilidad (90%) de que le sean negadas sus pretensiones, y de una aún menor probabilidad de éxito que ronda el 10%.

Esta primera conclusión es un abre bocas a un panorama nacional que tiene una amplia tendencia a negar, y a justificar de manera vehemente, la importancia de la negativa, excepcionalidad y dificultad que implica para el demandante llevar a cabo una acción de desestimación de la personalidad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano.

5.2 **Criterios motivadores de las sentencias.**

Los motivos por los que la Superintendencia ha accedido, o por el contrario, ha negado las pretensiones en demandas de procedimientos mercantiles, que tienen como pretensión el desconocimiento de la personalidad jurídica, nos permiten no solo comprender de mejor manera el fenómeno jurídico del levantamiento del velo corporativo, sino que también, nos permiten entender qué criterios se han venido consolidando como decisivos en la narrativa jurídica de la

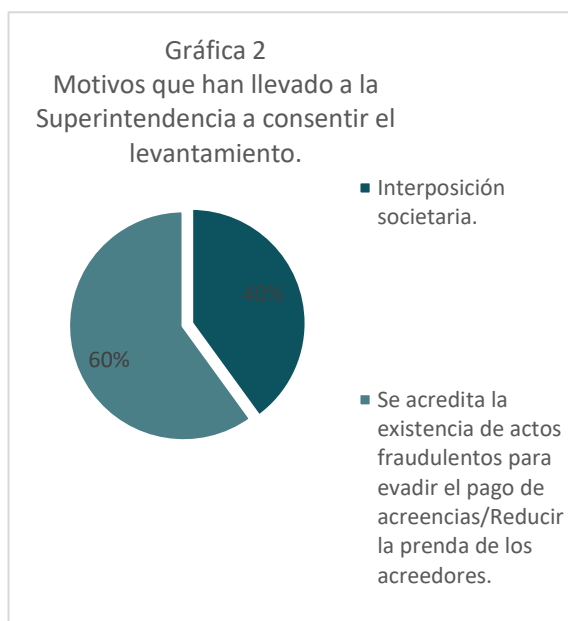


²² Esta grafica muestra el número de sentencias en las que la Superintendencia ha desestimado las pretensiones de la demanda referentes al levantamiento del velo corporativo (NO) y el número de veces que ha accedido a llevar a cabo el levantamiento (SI).

SuperSociedades y a día de hoy, son fundamento legal de la gran mayoría de decisiones en estos procesos.

En un primer lugar, frente a los casos en los que la Superintendencia ha encontrado a lugar el allanamiento de la personalidad jurídica de una sociedad de capital, ha fundado esta decisión en los siguientes dos criterios; (i) la efectiva acreditación de actos fraudulentos que buscan evadir el pago de acreencias o reducir la prenda de los acreedores, y (ii) la existencia de una interposición societaria.

La Gráfica 2 sirve a ilustrar cómo en el 60% de las sentencias en las que la Superintendencia ha consentido el



levantamiento, lo ha hecho con base al criterio de la acreditación de un fraude. Este criterio corresponde, por ejemplo, a situaciones de Desestimación por extensión de la responsabilidad, situación evidenciable en el caso de Panavías Ingeniería S.A contra Agro Repuestos S.A.S.²³ sentencia en la que, encontrando el Despacho que existió una transferencia fraudulenta de activos en detrimento de los intereses de la demandante, hace extensiva la responsabilidad sobre los perjuicios y la deuda insoluble con Panavías S.A, a los accionistas de Agro Repuestos S.A.S.

Así mismo, es evidenciable en la Gráfica 2, como el 40% restante de las veces en las que la Superintendencia ha desestimado la personalidad jurídica de una sociedad lo ha hecho con base en la teoría de la interposición. Como sucede en el icónico caso de Mónica Semillas²⁴, en el que la sociedad fue puesta al servicio de fines contrarios a la ley y fue instrumento de evasión de disposiciones jurídicas.

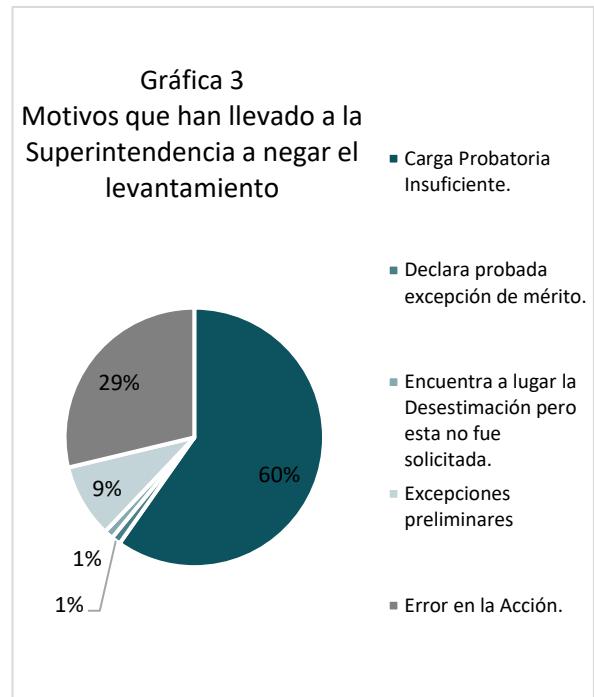
En segundo lugar, en referencia a la gran mayoría de sentencias en las que la SuperSociedades ha negado las pretensiones encaminadas a desestimar la personalidad jurídica de una sociedad de capital, se encuentra que esta misma ha justificado la negativa esbozando los siguientes argumentos; (i) la carga probatoria no es suficiente, (ii) existe un error en la acción seleccionada, (iii) encuentra probadas las excepciones preliminares, (iv) declara probadas las excepciones de mérito, y (v) encuentra que la desestimación puede ser aplicada al caso, pero no fue solicitada entre las pretensiones de la demanda. De lo anterior se deriva la siguiente conclusión:

5.2.1 La Superintendencia de Sociedades tiende a negar las pretensiones de desestimación de la personalidad jurídica con base en la insuficiencia de la carga probatoria

²³ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-122 de 11 de diciembre del 2017.

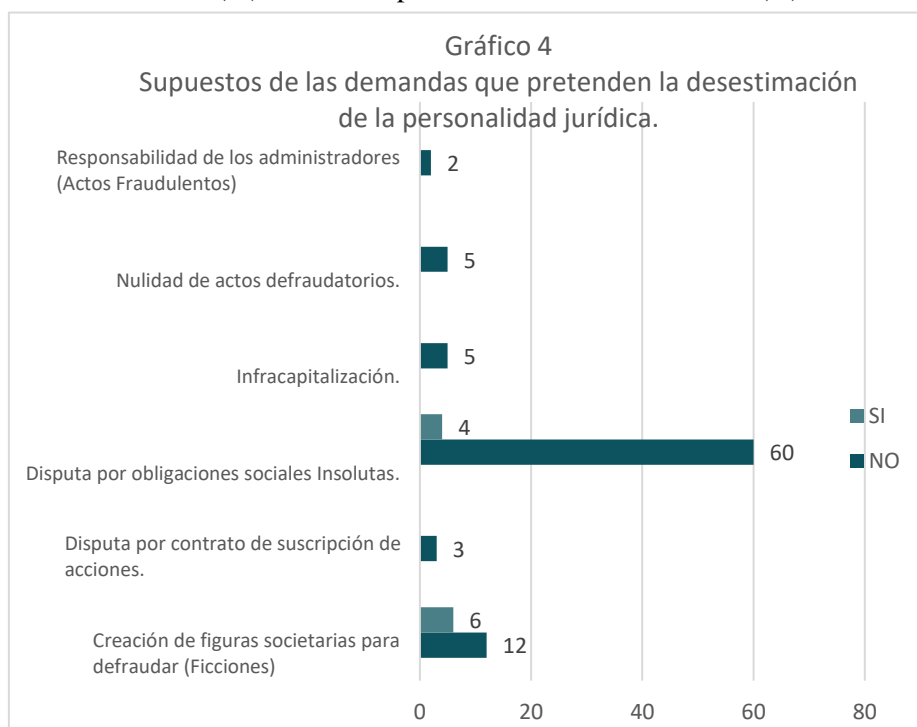
²⁴ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-55 del 16 de octubre del 2013.

Aun cuando existen otras variables que pueden llamar la atención, interesa de manera central a esta investigación la particularidad de que, alrededor del 89% de las sentencias en las que la Delegatura negó las pretensiones tendientes a llevar a cabo el levantamiento, lo haya hecho con base únicamente en dos criterios, estos son, (i) la insuficiencia de la carga probatoria (60%) y, (ii) el error en la acción (29%). Como ha sido mencionado en el presente documento, y puede constatarse en la Grafica 3, la Superintendencia no solo ha sostenido jurisprudencialmente, sino que ha aplicado reiteradamente el concepto que establece que al “(...) tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la acción le corresponde una *altísima carga probatoria*.”²⁵.



5.3 **Supuestos con base en los cuales se han presentado las demandas que pretenden la desestimación de la personalidad jurídica.**

Así pues, se tiene que en Colombia la presentación de demandas que pretenden el levantamiento del velo corporativo ha sido motivada por los siguientes supuestos; (i) la atribución de responsabilidad a administradores, (ii) la solicitud de declaratoria de nulidad de actos de apariencia defraudatoria, (iii) la infra capitalización de una sociedad, (iv) el resarcimiento de



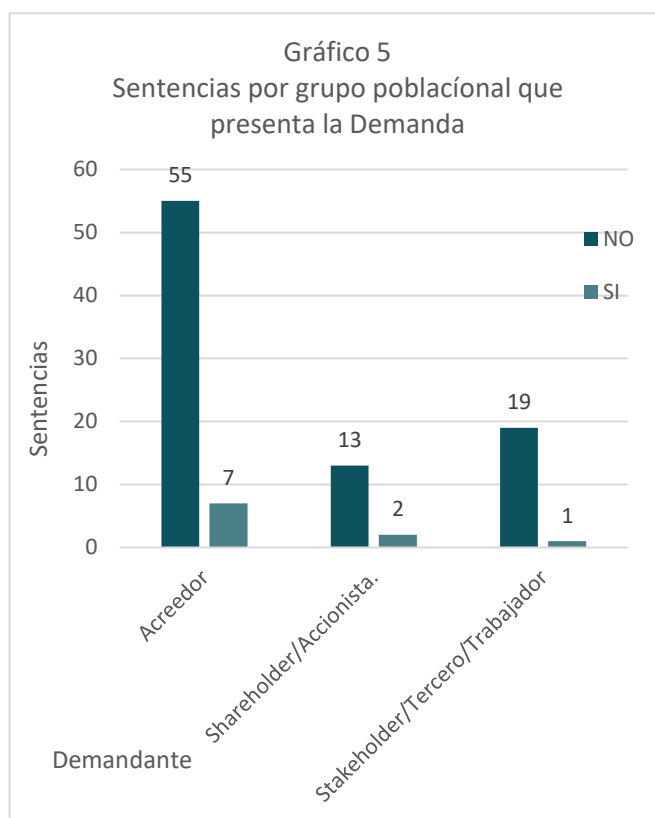
²⁵ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-15 del 15 de marzo del 2013.

obligaciones sociales insolutas, (v) las disputas derivadas de un contrato de suscripción de acciones, y (vi) la alegada creación de figuras societarias con la intención de defraudar (Ver Gráfica 4). Resalta entre estos supuestos a los que viene de hacerse referencia, el de “Disputa por obligaciones insolutas”, que de acuerdo con la investigación realizada corresponde al criterio que ha motivado el 61,8% de las demandas cuyo proceso dio lugar a las sentencias emitidas por la SuperSociedades referentes al levantamiento del velo corporativo en la última década.

5.4 **El carácter de los demandantes en los procesos de desestimación de la personalidad jurídica.**

La presente investigación busca, entre otras cosas, identificar a los principales actores que, a lo largo de los años, han intervenido frente a la SuperSociedades como demandantes en procesos de desestimación de la personalidad jurídica. Para tal efecto, se ha clasificado a los diferentes demandantes en tres grupos; (i) acreedores, (ii) Shareholders o accionistas y (iii) Stakeholders o terceros.

En ese sentido, como puede constatarse en la Gráfica 5, el grupo poblacional del que más demandas ha estudiado la Delegatura han sido los acreedores de la sociedad demandada, con un total de 62 Sentencias (55 en las que la Superintendencia no accede al levantamiento y 7 en que sí). En segundo lugar, se encuentran los Stakeholders de la sociedad demandada con 20 sentencias (19 en las que la Superintendencia no accede al levantamiento y 1 en que sí). Y, en tercer lugar, los accionistas de la sociedad demandada con 15 sentencias (13 en las que la Superintendencia no accede al levantamiento y 2 en que sí).

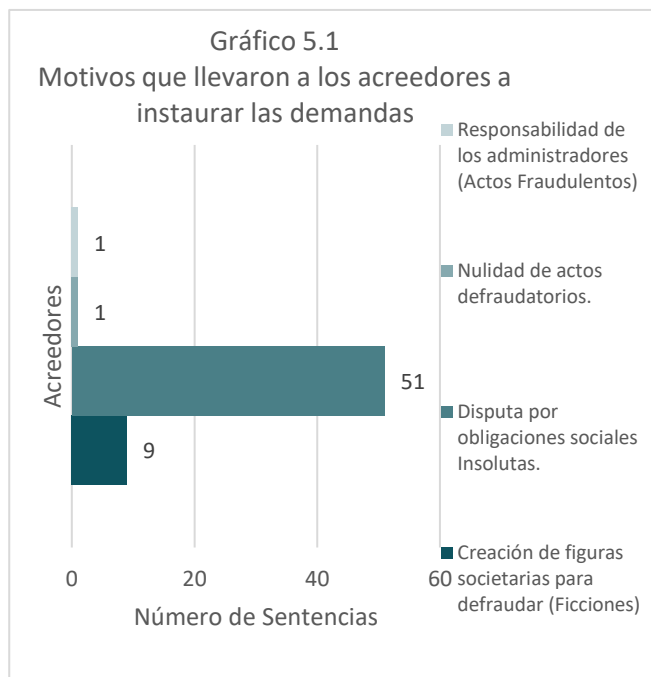


Del presente punto debe resaltarse, que, en términos de la muestra, resulta interesante el gran número de acreedores que, en defensa de sus derechos, han recurrido a la figura de la desestimación de la personalidad jurídica como mecanismo de defensa jurídica. Al respecto puede obtenerse la siguiente conclusión:

5.4.1 **En Colombia los acreedores han recurrido al levantamiento del velo corporativo como mecanismo de cobro de acreencias insolutas.**

Como pudo constatarse, la mayoría de las sentencias referentes al levantamiento del velo corporativo, se derivaron de demandas en las que el sujeto activo principal es acreedor de la sociedad demandada. Pero ¿Qué ha motivado la presentación de demandas por parte de estos acreedores?

Como se evidencia en la Grafica 5.1, alrededor del 83%²⁶ de los demandantes acreedores involucrados en procesos de levantamiento del velo corporativo, instauraron la demanda en razón de la existencia de una “Disputa por obligaciones sociales insolutas”. En ese sentido, derivado del análisis de las sentencias que componen la Matriz, se tiene que la acción de desestimación de la personalidad jurídica ha sido utilizada en Colombia por parte de los acreedores como un mecanismo de cobro de acreencias insolutas.



Por medio de este instrumento jurídico, los acreedores han buscado el resarcimiento (de manera poco efectiva, vale anotarse) de distintas deudas, entre las que se resaltan las derivadas del incumplimiento de contratos, de sentencias de diferente índole, de títulos valores cuyo cobro no pudo hacerse efectivo y en general, de diverso tipo de acreencias.

Así pues, como se anotó anteriormente, el cobro de acreencias insolutas por medio de demandas que pretenden la desestimación se ha constituido como un mecanismo poco efectivo. De acuerdo con las cifras consignadas en la Matriz, solo el 8%²⁷ de las demandas en las que se busca la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad de capital y que fueron presentadas por un acreedor, prosperan, y tiene como resultado el efectivo desconocimiento de la separación de patrimonios existente entre la sociedad demandada y sus accionistas.

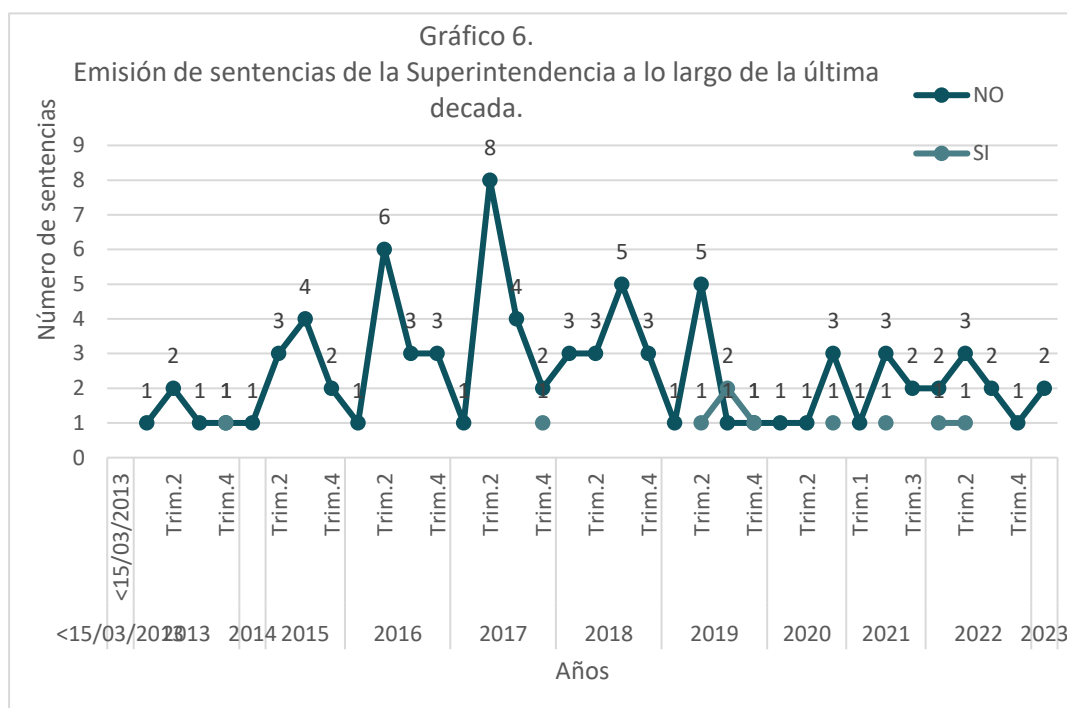
²⁶ 51 Sentencias de un total de 61.

²⁷ En solo 4 sentencias de un total de 47, se ha llevado a cabo la Superintendencia de Sociedades la desestimación de la personalidad jurídica.

El levantamiento del velo corporativo en Colombia a lo largo de los años.

La Gráfica 6 cumple la función de mostrarnos de manera clara, cuál ha sido la evolución del fenómeno jurídico del levantamiento del velo corporativo en Colombia, así como la frecuencia con la que la SuperSociedades ha accedido, y ha negado la aplicación de la figura en los procesos estudiados. En ese marco, se resalta el importante pico de sentencias con contenido negativo (que niegan la pretensión del levantamiento) que se evidencia entre los años 2016 y 2019, y el curioso pequeño pico de sentencias con contenido positivo (que acceden al levantamiento) que toma lugar en el año 2019.

La Gráfica 6, nos invita a preguntarnos ¿a qué se han debido estos fenómenos bastante particulares? En ese sentido, se recalca que aun cuando es claro que la muestra numérica que tiene como base este análisis, no es una de gran tamaño (97 Sentencias), no deben menospreciarse las conclusiones que pueden obtenerse de estos curiosos fenómenos estadísticos que surgen como resultado del planteamiento de preguntas como; ¿Por qué la mayor parte de las desestimaciones solo suceden a partir del año 2018?, ¿Qué criterios han motivado la presentación de las demandas en los principales picos de negativas?, ¿Quién ha tomado las decisiones en estos picos? ¿Qué tanta incidencia tiene quién sea el juez frente al contenido negativo o positivo de una sentencia de desestimación de la personalidad jurídica?, todas estas, inquietudes a las que el presente texto se buscará dar una respuesta aproximada.

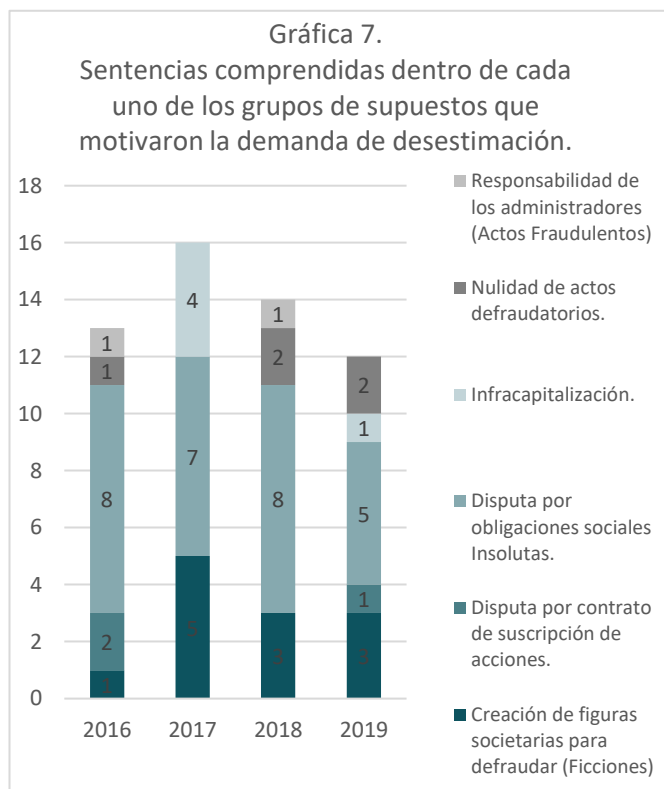


5.5.1 La novedad de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica en el ordenamiento colombiano, y la errónea escogencia de la acción por parte de los demandantes, llevó a un auge de Sentencias de contenido negativo, cuyo pico se dio en el año 2018.

A la hora de analizar los picos de sentencias con contenido negativo acontecidos con anterioridad al año 2020, puntualmente entre los años 2016 y 2019, debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, (i) cuales fueron las razones por las que fue presentada la

demanda y (ii) cuáles fueron las razones que motivaron al delegado a negar la aplicación de la figura del levantamiento.

La Grafica 7, muestra las cifras de sentencias comprendidas dentro de cada uno de los grupos de supuestos que motivaron la demanda de desestimación. Entre estas, resalta numéricamente (a) el (habitual) número de demandas que fueron presentadas con fundamento la intención de obligaciones sociales insolutas, (b) las demandas presentadas con base en una aparente creación de figuras societarias para defraudar, y (c) aquellas que se presentaron con fundamento en la infra capitalización de

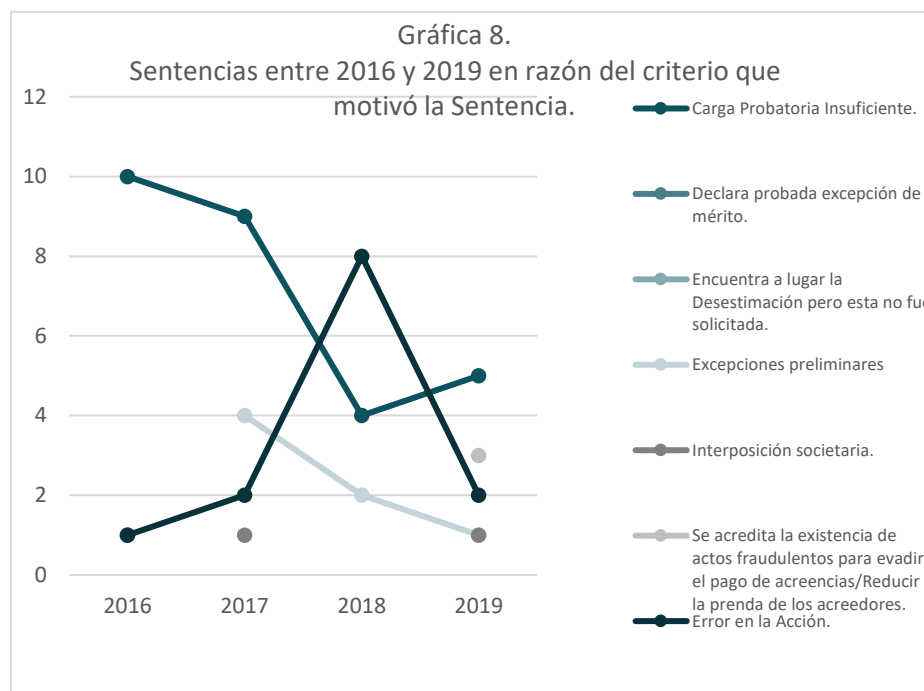


la sociedad demandada. Este último grupo de demandas, referentes a la infra capitalización social y que poco han figurado en otras tablas, constituyen un 9%²⁸ de las demandas presentadas entre los años en cuestión (2016-2019) y tuvieron, en su totalidad, resultados negativos.

Ahora bien, de cara a identificar cuáles fueron las razones por las que en las sentencias emitidas entre el 2016 y el 2019 fue negada la aplicación de la figura del levantamiento, puede remitirse el lector a la Gráfica 8, en la que se presenta un reflejo de las razones que han motivado las decisiones de la Superintendencia entre los años 2016 y 2019, años en los que como se pudo evidenciar en la Gráfica 6, existe un curioso pico de sentencias con contenido negativo.

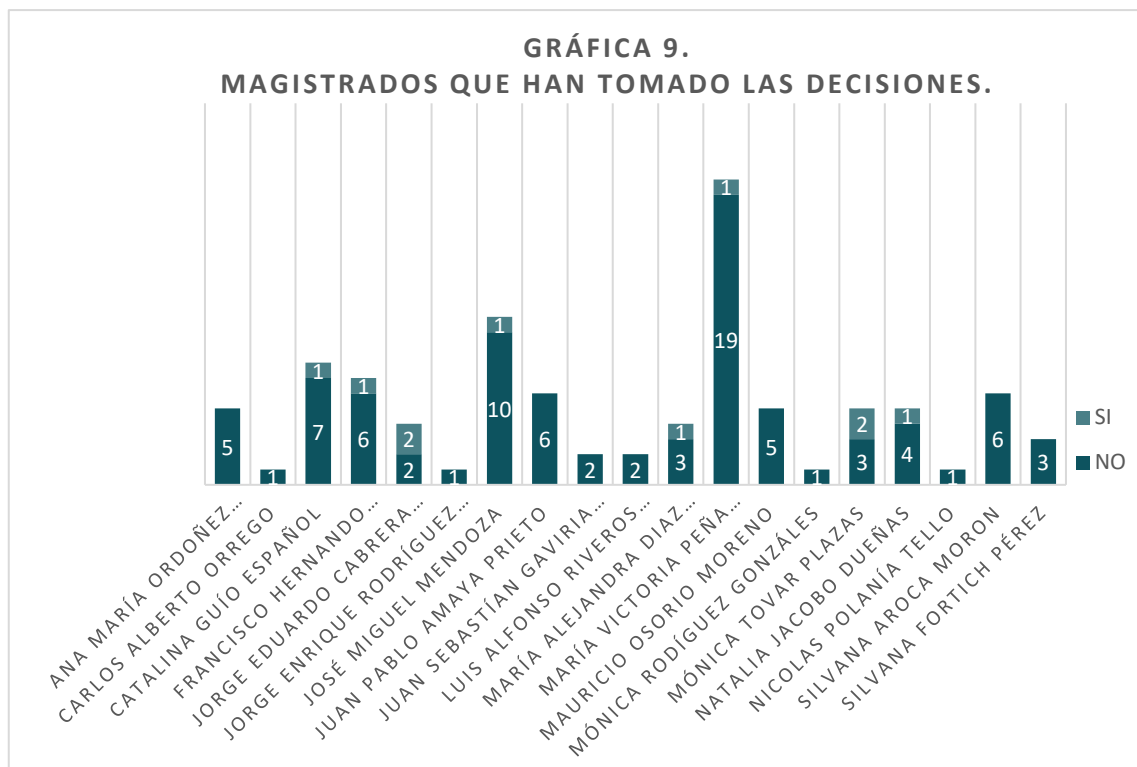
Resulta particularmente interesante contrastar la Gráfica 6 con la Gráfica 8, en tanto muestran, la manera en la que el pico de sentencias de contenido negativo (cuyo punto más álgido fue a mediados de 2017 y 2018) coincide de manera directa con el aumento exponencial que tienen entre 2017 y 2018, las decisiones con contenido negativo a demandas de desestimación y que se fundamentan principalmente en el “Error en la Acción”. En estas sentencias la Delegatura indica al demandado que los hechos probados no tienen la virtud de justificar el levantamiento del velo corporativo, sino que, por el contrario, buscan acreditar un incumplimiento contractual, la existencia de una deuda o, simplemente, que ha verificado la Delegatura, no logran acercarse a probar ningún tipo de voluntad fraudulenta.

²⁸ 5 Sentencias de 55.



En conclusión, es claro que el pico de sentencias de contenido negativo, al que se viene haciendo referencia, responde de manera directa a una serie de demandas, cuyo supuesto fundamental fue básicamente el incumplimiento contractual y que fueron negadas por la corte con el único argumento de que se trataba de la acción incorrecta. El estudio de las sentencias consignadas en la Matriz muestra, como se ha afirmado anteriormente, que en Colombia los demandantes (y puntualmente los acreedores) han recurrido al levantamiento del velo corporativo como mecanismo de cobro de acreencias insolutas y han buscado en la novedad de esta figura un mecanismo más para cobrar diversos tipos de deuda a sociedades liquidadas y sus respectivos accionistas.

Podría concluirse de igual manera, que la exponencial reducción en los siguientes años (2019-2023) de Sentencias de contenido negativo cuyo criterio decisorio fuese el “Error de acción” se debe, entre otras cosas, a un afianzamiento nacional del concepto jurídico de levantamiento del velo corporativo, y al inminente desincentivo que ha generado en la presentación de demandas que pretenden el levantamiento del velo la reiterada negativa por parte de la Delegatura de acceder a este tipo de pretensiones y de manera más precisa, su negativa a reconocer el cobro de acreencias sociales insolutas por medio de esta acción.

Los Delegados que han tomado las decisiones.

A lo largo de la última década ha habido 19 diferentes Superintendentes Delegados para Asuntos Mercantiles que han tomado las decisiones consignadas en las 97 sentencias objeto de estudio. En la Gráfica 9, puede observarse los nombres de los Delegados y Delegadas que dictaron las sentencias en cuestión, frente al número de sentencias que fueron dictadas por cada uno.

Como se evidencia en la Gráfica los tres Delegados que más sentencias han dictado son (1) la Doctora María Victoria Ramírez, (2) el Doctor José Miguel Mendoza y (3) la Doctora Catalina Guío Español. Es interesante ver que estos tres magistrados por sí solos han dictado un poco más del 40% de las sentencias objeto de estudio²⁹, y solo son responsables de poco más del 10% de las desestimaciones que tuvieron lugar en los últimos 10 años. El 60% restante de sentencias concentra el 90% de las desestimaciones.

En este fenómeno de desestimaciones efectivas, o sentencias con contenido positivo, resaltan las decisiones tomadas por dos Delegados puntualmente. El Delegado Jorge Eduardo Cabrera y la Delegada Mónica Tovar Plazas tienen unos números que resaltan de manera muy particular. Aun cuando han tenido pocas intervenciones en procesos de desestimación de la personalidad jurídica (4 y 5 respectivamente), mantienen de manera conjunta, las más altas tasas de desestimación en una década de sentencias de la Delegatura de asuntos mercantiles de la Superintendencia de Sociedades. El Delegado Cabrera ha desestimado la personalidad en el 50% de los procesos de las que ha conocido³⁰, así mismo, la Delegada Tovar ha desestimado la personalidad jurídica en el 40% de los procesos de las que ha conocido³¹. Estas son cifras que contrastan drásticamente con las de la Delegada María Victoria Peña, Delegada que ha dictado el mayor número de

²⁹ 39 Sentencias de 97.

³⁰ Sobre 4 que ha conocido, ha desestimado en 2.

³¹ Sobre 5 que ha conocido, ha desestimado en 2.

sentencias en procesos de desestimación de la personalidad jurídica³², y quien solo ha accedido a las pretensiones y ha levantado el velo corporativo en el 5% de los procesos de los que ha tenido conocimiento.

5.6.1 En procesos del levantamiento del velo corporativo puede que el funcionario sea determinante en el resultado de la decisión.

En las sentencias estudiadas en el desarrollo del presente documento, llama la atención de la existencia de este tipo de fenómenos estadísticos que invitan a creer que, en últimas, el funcionario que toma la decisión en procesos de levantamiento del velo corporativo influye en gran medida sobre el sentido de la sentencia. Cifras como las del Delegado Jorge Eduardo Cabrera y la Delegada Mónica Tovar Plazas, afectan sustancialmente los promedios generales evidenciables en la Matriz de investigación y puntualmente, en la Gráfica 9, invitando a cuestionamientos sobre la aplicación de la figura en Colombia.

5.7 **Conclusiones preliminares de la investigación.**

Como fue presentado y soportado en el presente acápite, del análisis de las 97 sentencias estudiadas puede concluirse que:

5.7.1 En procesos cuya pretensión es la desestimación de la personalidad jurídica, la regla general es la negativa por parte de los Delegados de la Superintendencia de Sociedades a acceder a la aplicación de la medida. Por el contrario, en Colombia, la efectiva desestimación por parte de la Superintendencia ocurre de manera verdaderamente excepcional.

5.7.2 La Superintendencia de Sociedades tiende a negar las pretensiones de desestimación de la personalidad jurídica con base en la insuficiencia de la carga probatoria. En la mayoría de los casos estudiados en la presente investigación, esta es la principal razón que justifica la negativa por parte de la Superintendencia a llevar a cabo el levantamiento del velo corporativo de una sociedad de capital.

5.7.3 De manera general, en Colombia los demandantes han acudido a la figura del levantamiento del velo corporativo con fundamento en una disputa por obligaciones insolutas de la sociedad demandada. De manera aún más precisa, en el territorio colombiano, los acreedores han recurrido al levantamiento del velo corporativo como mecanismo de cobro de acreencias insolutas (como ya se anotó, no de manera muy efectiva).

5.7.4 La figura de la desestimación de la personalidad ha sido mal empleada en Colombia por demandantes que desconociendo su finalidad pretenden el cobro de acreencias insolutas.

Aun cuando la principal causa de la negativa judicial a desconocer la personalidad jurídica es la insuficiencia de carga probatoria, los picos en la emisión de sentencias de contenido negativo en demandas que contenían las pretensiones de desestimación de la personalidad jurídica ocurridos entre 2016 y 2019 responden de manera directa a una errónea aplicación, por parte de los demandantes, de la figura de la desestimación. Este fenómeno encuentra fundamento, de acuerdo con el análisis realizado en el presente documento, en la novedad de la figura en el ordenamiento colombiano y de manera transversal, en la ausencia de comprensión del fenómeno, su objetivo y sus cargas, por

³² Sobre 20 que ha conocido, ha desestimado en 1.

parte de los demandantes que pretendieron la acción a principios y mediados de la década del 2010.

- 5.7.5 Entre otras cosas, debe reconocerse que, en procesos del levantamiento del velo corporativo, el funcionario que conoce del proceso y toma la decisión consignada en la sentencia es influyente y termina siendo un factor determinante en el resultado de la misma.

6. IRRITANTES DEL TRASPLANTE NORMATIVO

Con base en las conclusiones reseñadas anteriormente y de la mano del estudio y resumen consignado en la Matriz de investigación para cada una de las 97 sentencias que fueron objeto de estudio, el presente acápite buscará dar desarrollo a la tesis que guía el presente trabajo y que busca mostrar, de qué manera, el trasplante de instituciones complejas del derecho anglosajón al derecho colombiano, como ha sido el caso de la institución del levantamiento del velo corporativo, no fue sometido a un proceso de “tropicalización” o adaptación riguroso que le permitiera, entre otras cosas, adaptarse a criterios de diligencia y buena fe propios del derecho colombiano.

Afirma el Doctor Reyes Villamizar en referencia al fenómeno de la desestimación de la personalidad jurídica que; *“Este régimen jurídico excepcional tiende a otorgarle a los terceros una protección adicional a la que se deriva de la responsabilidad patrimonial de la sociedad.”* Afirmación con la que se desacuerda categóricamente, en tanto, como conclusión de la presente investigación, se tiene que, en Colombia, como ha quedado demostrado a lo largo del presente documento, (i) ni tiende la figura de la desestimación a beneficiar a la persona víctima del abuso, (ii) ni se constituye la desestimación de la personalidad jurídica como un mecanismo efectivo de protección adicional a terceros.

Como explica el Profesor Gunther Teubner *“Cuando una norma extranjera se impone a una cultura nacional, no se trasplanta a otro organismo, sino que funciona como una irritación fundamental que desencadena toda una serie de acontecimientos nuevos e inesperados”*³³. Estos acontecimientos nuevos e inesperados a los que hace alusión el Profesor Gunther, en términos de la desestimación de la personalidad jurídica en Colombia comprenden, desde alteraciones a las cargas de la buena fe a asignaciones de cargas probatorias particulares y ajenas a nuestro derecho.

Aun cuando el profesor Teubner se refiere a la irritación que en el derecho Británico ha generado la protección europea del consumidor y la buena fe, afirma que las instituciones jurídicas no pueden ser “movidas” de un contexto a otro, como funcionaria con la parte de una máquina, y que estos irritantes, finalmente no pueden ser “domesticados”, en tanto, jamás van a lograr adaptarse a un contexto cultural diferente y por el contrario, van a terminar desatando una dinámica evolutiva en la que el contexto legal interno va a verse en la obligación de transformarse de manera fundamental³⁴.

El fenómeno de la homogenización del derecho societario, la expansión de las teorías socioeconómicas del derecho y la llamada *“tesis de la convergencia”* a la que se refieren autores como Basil Markesinis y Gerard René Groot, sugieren la existencia de una creciente convergencia en las fuentes del derecho, las técnicas de redacción y en las posiciones asumidas por los órganos judiciales a nivel global. Fenómeno, que pareciera deseable y que, de la mano de la convergencia socioeconómica, resultaría en una “equivalencia funcional” en la que los diferentes ordenamientos jurídicos que cuentan con tradiciones legales diversas se verían enfrentados a los mismos problemas estructurales y terminarían por encontrar remedios doctrinales y

³³ Teubner, Gunther, *“Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences”* (1998). *Modern Law Review*, Vol. 61, pp. 11-32, 1998, *THE EUROPEANISATION OF LAW*, Francis Snyder, ed., Hart, Oxford, pp. 243-267, 2000, *VARIETIES OF CAPITALISM*, Peter Hall and David Soskice, eds., Oxford University Press, pp. 417-441, 2001.

³⁴ *Ibidem*. Pág. 13.

equivalentes funcionales a los mismos problemas, reforzando la fuerza con la que ocurre la homogenización del derecho a nivel global³⁵.

Critico de esta posición, el profesor Teubner sostiene que la creciente convergencia del derecho global lejos de generar uniformidad en los sistemas legales crea sistemas en los que existen leyes con mayor fragmentación. Esta fragmentación, encuentra fundamento en la irritación que los intentos de trasplante de instituciones legales generan en el nuevo contexto. Así pues, el citado autor sostiene que las normas extranjeras son irritantes no solo en el discurso jurídico en sí mismo, sino también en las relaciones que existe entre él y la sociedad (Gunther Teubner, 1995). Como irritante legal, obligan al derecho interno a reconstruir el conjunto de conocimientos que condicionan la forma en la que estos se interpretan y, como irritante social, “*provocan que el discurso social al que el derecho se encuentra estrechamente ligado a una reconstrucción en sí mismo*”. Concluye el autor que; “*El resultado de un proceso tan complejo y turbulento rara vez es una convergencia de los órdenes jurídicos participantes, sino más bien la creación de nuevas divisiones en la interrelación de discursos sociales operativamente cerrados*”³⁶.

Otras posiciones más radicales han establecido, desde una posición sociológica que el arraigo legal que existen en las diferentes culturas y que proviene de un contexto histórico y cultural fuertemente inveterado, hace que, aun cuando la convergencia legal logre transformar reglas legales, esta no llegue a modificar estructuras profundas del derecho. De acuerdo con el profesor Pierre Legrand estas diferencias son evidenciables de manera muy marcada entre las culturas del Common Law y del Civil Law, y crean circunstancias en las que dicha “integración normativa” no existe, en tanto las disposiciones legales no logran sobrevivir (sin ser transformadas) dicha inserción en una cultura legal diferente. De acuerdo con el Profesor Legrand, el “*trasplante legal no es posible*”³⁷.

6.1 **La traducción de la acción de desestimación de la personalidad jurídica en Colombia ha generado una tergiversación de las cargas de la buena fe.**

La principal consecuencia de la irritación que ha generado la traducción de instituciones del derecho societario norteamericano al derecho colombiano ha sido la, muchas veces mencionada, tergiversación de las cargas de diligencia impuestas en Colombia por la buena fe. Esta reversión de las cargas impuestas por la buena fe implica una distribución de cargas de diligencia que pareciera unilateral en cabeza del demandante.

Como ha podido evidenciarse en los acápites anteriores, derivado de la adopción de teorías jurídicas extranjeras, como sociedad, hemos otorgado un lugar central al rol que ocupa la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital. Como fue expuesto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia societaria nacional, esta prerrogativa de separación patrimonial ha sido concebida como uno de los principales motores en la generación de riqueza y bienestar general. Dicha posición, y la importancia que esta conlleva, ha llevado a que su desconocimiento sea visto abiertamente como un verdadero riesgo jurídico-económico, y a que, por tal razón, en Colombia se impongan las más altas cargas a quien busca que, por medio de una intervención judicial, sea llevada a cabo su desconocimiento o perforación.

A partir de la presente investigación se colige que, al menos en las sentencias de la Superintendencia de Sociedades, se ha visto desdibujado el rol de la buena fe del demandante, en tanto es evidente cómo en procesos de desestimación de la personalidad jurídica, la diligencia que

³⁵ Ibidem. Pág. 13.

³⁶ Ibidem. Pág. 14.

³⁷ Pierre Legrand. “Comparatists at Law and the Contrarian Challenge.” (1995) “Comparative Legal studies and Commitment to Theory” (1995b). Tomado de Teubner, Gunther. “*Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*” (1998).

se le exige trasciende los estándares colombianos de buena fe y le impone amplias cargas que no son propias de nuestro ordenamiento jurídico.

A pesar de sostener la Superintendencia de Sociedades, que está mucho menos dispuesta a desestimar la personalidad jurídica de una sociedad cuando el demandante es acreedor voluntario³⁸, en la Sentencia 830-000147 del 21 de noviembre de 2019, establece que *“la acción de desestimación de la personalidad jurídica supone prescindir de la limitación de la responsabilidad para hacer a los socios o accionistas responsables directos de las obligaciones de la persona jurídica, cuando se vulnera el principio de la buena fe contractual (...)”*. (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con la Corte Constitucional en materia societaria el principio de buena fe se presume. Ha establecido este órgano judicial en la citada Sentencia C-865 del 2004 que;

*“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”*³⁹. (Subrayado fuera del texto)

De tal forma se ha dicho que la buena fe es un concepto esencialmente ético y de antiquísima proveniencia, que ilustra instituciones filosóficas y morales y que se presenta tanto *“como una actitud de la conciencia consistente en la ignorancia de lesionar un interés ajeno tutelado por el derecho”*⁴⁰, así como la *“firme persuasión sobre la legitimidad con la que de adquiere y mantiene una determinada situación jurídica”*⁴¹.

De cara a nuestro ordenamiento jurídico, se tiene que la Constitución Política colombiana en su artículo 83, establece que *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*.

Este principio ha sido consagrado legalmente en el Código Civil, que establece en su artículo 1603 que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*. Así mismo, ha sido consagrado este principio en el Código de Comercio⁴² que señaló en su artículo 871 que; *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

Así pues, se tiene que la buena fe permea las relaciones contractuales, y obliga, en su desarrollo y ejecución al deudor a hacer *“no solamente lo que ha prometido, sino todo lo necesario para*

³⁸ Sección 6.1.1 del presente documento.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-865 del 2004.

⁴⁰ Fontanarrosa. “Derecho comercial argentino”. Buenos Aires, Zavalía, 1976,

⁴¹ Arrubla Plaucar, Jaime Alberto. “Contratos mercantiles”. Tomo I, 9º Edición. Biblioteca Jurídica DIKE (2002).

⁴² Adicionalmente, el artículo 863 establece sobre la buena fe en el periodo precontractual que; *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”*.

*hacer llegar a la contraparte el pleno resultado útil de la prestación debida*⁴³. Explica el Profesor Jaime Alberto Arrubla⁴⁴ que, el postulado de buena fe como portador de exigencias de conducta se traduce en una serie de *“deberes accesorios o complementarios del deber de prestación, cuya ductilidad conduce a que la violación de los mismos da origen a una responsabilidad contractual”*.

En ese mismo orden de ideas, se tiene que la buena fe implica una obligación de *“guardar – fidelidad – a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; supone el conducirse como cabía de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes*^{45”}.

Ahora bien, se tiene que el concepto de buena fe no solo puede manifestarse por medio de la intensión subjetiva del actuar bien, sino que debe materializarse en un actuar exteriorizado y verificable que ha sido categorizado doctrinalmente como la buena fe objetiva. Se tiene que esta buena fe objetiva es la que impone el ordenamiento como deber jurídico de comportamiento y se torna en un compás orientador para actuar conforme a derecho⁴⁶. Por este motivo, se ha dicho que la buena fe objetiva *“conlleva por parte de los sujetos ligados por el vínculo obligacional (prenegocial, negocial o postnegocial) la ejecución de verdaderos deberes de conducta mediante actos concretos y procederes, encaminados a ejecutar y cumplir realmente y de buena fe la prestación comprometida”*⁴⁷.

De acuerdo con el citado artículo 1603 del C. Civil, el ordenamiento colombiano infiere que quien contrata lo hace actuando como un hombre honesto y se somete a todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación. Este ejercicio del principio de buena fe objetiva implica dualmente la obligación de llevar a cabo de manera activa los deberes de conducta impuestos por la honestidad, la lealtad y la rectitud, así como la posibilidad de confiar en el otro y ejercer de manera pasiva el derecho a *“esperar, confiar y obtener que el otro vinculado en el nexo obligacional actúe conforme a la buena fe, y cumpla correlativamente sus deberes de conducta obrando con lealtad, rectitud, es decir, ajustado a la buena fe objetiva.”*^{48”}

Esta concepción se encuentra fuertemente arraigada en nuestro ordenamiento jurídico y ha sido planteado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 9 de agosto del 2000 quien ha sostenido que;

“[...] la buena fe se vislumbra como un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente, pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agravar los intereses jurídicos ajenos”.

“Desde este punto de vista, la buena fe genera deberes y se califica cotejándola con un prototipo abstracto colocado en el contorno social de la persona. Refiriéndose a estos aspectos de la buena fe, ha dicho esta Corporación que “en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no solo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos

43 Betti, Emilio. “Teoría general del negocio jurídico”. Revista de Derecho Privado. Madrid. (1959) en Arrubla Plaucar, Jaime Alberto. “Contratos mercantiles”. Tomo I, 9º Edición. Biblioteca Jurídica DIKE (2002).

44 Arrubla Plaucar, Jaime Alberto. “Contratos mercantiles”. Tomo I, 9º Edición. Biblioteca Jurídica DIKE (2002).

45 Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. “Derecho Civil de las Obligaciones” Tomo III. (2004) Pág. 140.

46 Tolosa, L. A. (2017). “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. Estudios Socio-Jurídicos”, Universidad del Rosario 13-61.

47 Ibidem.

48 Ibidem.

contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones” [...]18..⁴⁹” (Subrayado fuera del texto)

De esta manera, afirma el autor Fernando Pico Zúñiga que:

“con fundamento en los artículos 863 y 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, corresponde a las partes de un negocio jurídico cumplir y ejecutar sus prestaciones atendiendo no solo lo que dicta la exégesis de las cláusulas contractuales, sino también, y de manera muy importante, lo que por ser de la naturaleza de las cosas debe cumplirse de buena fe⁵⁰”.

En palabras de González Pérez *“cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no solo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado [...] no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación”⁵¹*. Por ende, de acuerdo con los citados autores, el principio de buena fe *“cumple una función integradora o complementadora del negocio jurídico”⁵²*, pues precisa las estipulaciones, acota sus alcances y manifestaciones y prestaciones que *“si bien pueden no haber sido expresamente convenidas, de acuerdo con la naturaleza del contrato, el alcance de sus prestaciones, los intereses de las partes y las expectativas y móviles conocidos de los contratantes, deben entenderse implícitas o sobreentendidas en el negocio”⁵³*.

En síntesis, en el ordenamiento jurídico Colombiano la buena fe, y puntualmente el concepto legal de la buena fe objetiva imponen verdaderos deberes de conducta para los contratantes, que, tanto en circunstancias precontractuales, como de ejecución del contrato y su posterior resolución, se ven obligados a soportar el peso de deberes que se derivan directamente de las obligaciones consignadas en el contrato y que implican de manera incuestionable la aplicación de deberes de información; de claridad, precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto⁵⁴, coherencia, y cooperación.

Así pues, y contrario a los preceptos nacionales que contiene el principio de la buena fe, puede evidenciarse que la diligencia en cabeza del demandante se ha convertido en un estándar unilateral en procesos de desestimación de la personalidad jurídica.

6.1.1 La Diligencia como estándar unilateral en procesos de desestimación de la personalidad jurídica.

De cara al proceso de desestimación de la personalidad jurídica, puede anotarse que, de la mano de un fenómeno bastante particular de asignación de la carga de la prueba, se encuentra plenamente vigente en las sentencias de la Superintendencia de Sociedades la exigencia de una diligencia bastante pronunciada por parte del Despacho al demandante que busca la garantía de sus derechos por este medio. A este respecto, se traen a colación diversas manifestaciones de la SuperSociedades que invitan a cuestionarse cuál es el verdadero alcance de la diligencia exigida por este Despacho al demandante que habiéndose visto involucrado en una relación contractual, funge como demandante en una acción de desestimación de la personalidad jurídica.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 5372 (9 de agosto de 2000).

⁵⁰ Pico Zúñiga, Fernando, El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente, 127 Vniversitas, 127-308 (2013)

⁵¹ Jesús González Pérez. El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, 74 (1988) (Tomado de Pico Zúñiga, 2013)

⁵² Jorge Suescún Melo. Derecho privado: Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, Tomo I, 445.

⁵³ Ibid. Pico Zúñiga, 2013

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 6146 (2 de agosto de 2001)

En el proceso de la Sociedad de Ingenieros y Administradores (Soinda) S.A.S. Contra el Grupo Cartagena Hoteles S.A.S. por la construcción del Hotel Tcherassi en la ciudad de Cartagena, indica la SuperSociedades, que, tras una revisión de las pruebas;

“(…) para el Despacho no es claro que se hayan requerido garantías suficientes y sólidas para asegurar el pago de la obligación, ni que se haya llevado a cabo una investigación suficiente para determinar la capacidad de pago de la sociedad deudora [...]. En síntesis, pues, los elementos de juicio aportados no apuntan a un fraude societario, sino, más bien, al incumplimiento de las obligaciones dinerarias a cargo de RZ Construcciones S.A.S. y a presuntas actuaciones delictivas⁵⁵”

En este caso, encuentra el Despacho que no puede constatar la existencia de actos defraudatorios. Indica que la liquidación de una sociedad por sí sola no puede entenderse como un acto censurable, que esta no impide el cobro de acreencias, que el incumplimiento de los deberes del administrador no implica un fraude y que la situación precaria de las finanzas de la sociedad se encontraba registrada en sus estados financieros, aspecto este último, que podía haber sido consultado por el demandante a la hora de llevar a cabo cualquier tipo de relación con el demandado.

Por otro lado, en Sentencia 800-29 de 20 de abril del 2017, en el proceso de Caracol Televisión S.A. contra Affinity Network S.A.S. en liquidación y Héctor Fajardo, establece la Delegatura, con base en literatura americana, que, en tanto en el proceso se discute una situación derivada de un relación contractual, los jueces deben estar menos dispuestos a llevar a cabo la desestimación. Lee lo siguiente la sentencia;

“En criterio de la doctrina autorizada en materia de sociedades, 'los jueces deben estar mucho menos dispuestos a desestimar la personalidad jurídica [... cuando el acreedor contractual estuvo en capacidad de proteger sus intereses mediante la solicitud, por ejemplo, de una garantía personal por parte del accionista controlante de la compañía'. Cfr. 5 Bainbridge, corporate Law 33 Ed. (2015, St. Paul, Foundation Press).

En igual sentido, Easterbrook y Fischel explican que lo anterior se debe a que los acreedores voluntarios tienen la posibilidad de ajustar, ex ante, las condiciones contractuales de manera tal que se compense el riesgo de un posible incumplimiento. Cfr. FH Easterbrook & DR Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, (1996, cambridge, Harvard University Press).

En palabras de Reyes Villamizar 'las personas que de manera voluntaria celebran negocios jurídicos con una sociedad, lo hacen luego de valorar los riesgos y beneficios resultantes de esa relación. No parece razonable, por tanto, que puedan beneficiarse ante una contingencia de riesgo que han podido conocer con anterioridad'. Cfr. FH Reyes Villamizar, Análisis Económico del Derecho Societario 21 Ed. (2013, Bogotá, Legis)”

En el mismo sentido, establece la Sentencia 810-000125 del 3 de diciembre de 2018, que:

“para poder considerar la posible defraudación a la demandante debió acreditarse, por ejemplo, que al momento de contratar se llevaron a cabo labores de diligencia orientadas a establecer la solvencia patrimonial de la deudora y que, a pesar de haberse exigido garantías robustas respaldadas por dicha situación, la deudora llevó a cabo, a través de sus accionistas y administradores, actos orientados a reducir artificialmente su patrimonio a efectos de deteriorar intencionadamente la prenda general de su acreedora”

⁵⁵ Superintendencia de Sociedades. Sentencia 810-000047 del 24 de mayo de 2022.

Otro ejemplo es la Sentencia 810-000004 del 1 de febrero del 2021 que dedica un acápite entero (acápite F) a referirse directamente a la “diligencia necesaria al momento de contratar”. En este, reitera que la acción de desestimación de la personalidad jurídica no puede convertirse en el mecanismo para corregir los descuidos injustificados de las partes contratantes al momento de celebrar un negocio jurídico, cuyo incumplimiento posteriormente las perjudica. Sumado a lo anterior, establece el Despacho que el Banco Coomeva S.A. (demandante) “*bajo su propio arbitrio*”, decidió solicitar “como única garantía de pago” la formulación de un pagaré, sin que fuera claro que se hubiera realizado un análisis de crédito. Sintetiza este acápite el Despacho expresando que aun cuando esta ausencia de diligencia: “*no tendría la virtualidad de excusar a los demandados de la comisión de un fraude societario por conducto de Maz Autos Ltda. en Liquidación o de Autocorp S.A.S., su proceder parece apuntar a que pudo [el Banco Coomeva S.A.] evaluar los riesgos y decidió contratar sin garantías*”.

Entre las sentencias revisadas, resulta particularmente interesante lo acontecido en la Sentencia 810-000047 del 9 de junio del 2017. En esta sentencia dictada por la magistrada María Victoria Peña Ramírez, el señor Jesús Antonio Mendoza Pulido (Demandante) alega que las sociedades Sistem Contact S.A.S y Top Sistem Global BPO S.A.S. (Demandados) fueron utilizadas para perpetrar actuación fraudulentas en su contra (distracción de recursos) y por tal, solicita que su personalidad jurídica sea desestimada y que sus accionistas sean responsabilizados.

De acuerdo con lo que se evidencia en la sentencia, el demandante es un acreedor probado de Sistem Contact Center S.A.S. (“Sistemas Contact”) y por medio de un proceso ejecutivo logró que en el año 2015 se librara mandamiento de pago en contra de Sistemas Contact y le fueran decretadas medidas cautelares. De acuerdo con los hechos consignados en la demanda, derivado de estas medidas cautelares, se llevó a cabo la firma de un acuerdo de pago entre deudor y acreedor, por medio del cual Sistemas Contact se comprometió a pagar la deuda y el señor Mendoza Pulido, acordó llevar a cabo el levantamiento de medidas cautelares que habían sido constituidas.

Lo interesante, es que, al ser llevado a cabo el levantamiento de estas medidas cautelares por parte del demandante, la empresa no cumplió con su parte del acuerdo y habiendo realizado el pago de otras deudas, volvió a insolventarse e ingresó en un proceso de liquidación. En conclusión, el Despacho decide negar las pretensiones de la demanda en cuestión, entre otras cosas, porque la labor probatoria llevada a cabo por el demandante fue apenas exigua en relación con establecer la transferencia de activos entre las sociedades demandadas.

Es interesante ver como el Despacho, categóricamente establece que (i) el hecho de que ambas sociedades estén constituidas en el mismo domicilio es solo un indicio de fraude, (ii) no se logra probar la existencia de transacciones “significativas” entre las sociedades demandadas aun cuando se prueba la existencia de “prefecturas” a cargo de una tercera sociedad y a favor de Sistem Contact, (iii) No es evidente que Sistem Contact a través de su representante legal, hubiere, premeditadamente, solicitado al señor Mendoza Pulido el levantamiento de las medidas cautelares a efectos de facilitar el cobro de las aludidas prefecturas para luego transferir los fondos a Top Sistem Global BPO S.A.S., y (iv) se constata que Sistem Contact tiene un amplio pasivo y que “*No se acreditó con suficiente mérito, entonces, que hubieren sido circunstancias diferentes a la crisis económica de la compañía las que condujeron, necesariamente, a la situación de insolvencia, ni que se hubieran adelantado actuaciones fraudulentamente encaminadas hacia este propósito*”.

Esta decisión que se basa en argumentos inherentemente probatorios y que se refieren al incumplimiento por parte del demandante de la amplia carga probatoria que la figura de la

desestimación implica, trae consigo una fuerte alusión a la diligencia que le es exigible a la persona que decide contratar. Así pues, en relación a la desinscripción de las medidas cautelares el Despacho establece lo siguiente;

“(…) debe igualmente considerarse que, en cualquier caso, el demandante contaba con la posibilidad de auscultar la situación financiera y patrimonial de la compañía. Sobre este punto, debe traerse a colación la importante diferencia recientemente efectuada por este Despacho entre las reclamaciones realizadas por acreedores voluntarios y por acreedores involuntarios de una sociedad.⁵⁶ Los acreedores voluntarios vendrían siendo aquellos quienes, en virtud de un negocio jurídico celebrado libremente entre las partes (por ejemplo proveedores de mercancías, prestamistas etc.), puedan conocer de antemano los principales riesgos inherentes a su relación con la sociedad.⁵⁷ Por otro lado, los acreedores involuntarios podrían ser quienes tienen un crédito frente a la sociedad en virtud de un hecho jurídico que pueda dar lugar a la responsabilidad civil extracontractual (por ejemplo la víctima de un accidente que involucra un vehículo de una compañía).

Se ha dicho que los acreedores voluntarios se encuentran en una mejor posición que los acreedores involuntarios ante una situación de utilización de la figura societaria en fraude a la ley o a terceros. Los acreedores voluntarios pueden, en el marco de la autonomía de la voluntad privada, introducir esquemas contractuales que les permitan reducir el riesgo de pérdidas establecido por la limitación de la responsabilidad. Es común, por ejemplo, que un banco exija un aval del socio principal de una compañía al momento de otorgarle un crédito, o que exija diversas garantías de parte de la sociedad matriz de una subsidiaria. Un acreedor voluntario, dependiendo de cada caso particular, puede establecer y evaluar los riesgos y beneficios resultantes de] negocio celebrado, y, por lo tanto, puede pactar mecanismos contractuales de protección de sus intereses

Como ya se dijo, en el presente caso el demandante, en su Calidad de acreedor voluntario de la sociedad demandada, se encontraba en una posición privilegiada en cuanto a su crédito. Había iniciado un proceso ejecutivo en el que se había librado mandamiento de pago en contra de la sociedad deudora, acompañado de medidas cautelares (vid. Folio 60). En virtud de la libertad de configuración contractual en que se encontraban, las partes llegaron a un acuerdo para levantar las medidas cautelares que habían sido decretadas como mecanismo para la obtención del pronto pago (vid. Folio 63). En efecto, las partes acordaron modificar las condiciones de pago ya reconocidas judicialmente, y tuvieron entonces la oportunidad de pactar mecanismos contractuales de garantía adicional del crédito, teniendo en cuenta precisamente los nuevos términos que acordaron, y teniendo conocimiento de la existencia del beneficio de limitación de responsabilidad en una compañía.” (Subrayado fuera del texto)

La posición anteriormente expuesta ha sido esbozada por gran número de doctrinantes americanos, entre los cuales se encuentran los renombrados y ya citados autores Henry Hansmann y Reinier Kraakman, y por tal, como ha sido el caso de otras muchas teorías doctrinales, se ha visto traducida y textualmente citada en las sentencias de la Superintendencia de Sociedades.

Aun cuando parece razonable que una persona que se encuentra en plena condición de tomar decisiones de negocios, de cara a la actuación judicial, tenga derecho a una “protección aminorada” frente a la que tiene un tercero que debe soportar un daño que no pudo consentir,

⁵⁶ Superintendencia de Sociedades, Sentencia 800-29 de 20 de abril de 2017 y 800-112 de 16 de diciembre de 2016.

⁵⁷ H Hansmann & R Kraakman, Toward Unlimited Shareholder Liability for corporate Torts (1991) Yale Law Journal Vol. 100, No. 7, pp. 1879-1 934.

encontramos que esta es una afirmación que no puede entenderse rígida en extremo y ajena a la diligencia y buena fe con la que opere un privado, “acreedor voluntario”, involucrado en una relación contractual. Es innegable entonces, que aun cuando ha establecido la Delegatura de Asuntos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, que la existencia de acreencias consentidas o de relaciones contractuales dificulta el levantamiento, esta dificultad no debería implicar abiertamente el desconocimiento del actuar de buena fe con la que actúa la persona que contrata y que se ve dañada por un acto fraudulento.

Existe un evidente contraste entre el deber del acreedor voluntario de proteger su posición contractual, y su derecho a confiar en la lealtad y honestidad con la que actúa su contraparte en un contrato. Esta viva tensión es propia de toda relación jurídica y atañe temas esenciales sobre las cargas que le son impuestas a cada una de las partes contratantes y que de manera transversal se derivan de la buena fe.

Como se hace evidente, la Superintendencia de Sociedades en ese análisis ha escogido respaldar (de acuerdo con los principios de derecho extranjeros que predica), una posición en la que se inclina por la imposición de cargas en la diligencia que atañe a la persona que contrata y que se encuentra en condiciones de pactar condiciones favorables o garantías que le permitan defender en mejor medida su posición. De acuerdo con lo que se ha podido constatar, estas manifestaciones de la Superintendencia de Sociedades que han acogido las disposiciones norteamericanas de manera textual imponen, no solo cargas probatorias altísimas, sino también, una diligencia que pudiera parecer leonina y que no es aplicable de manera transversal en el derecho colombiano. Por el contrario, estas disposiciones atentan abiertamente contra el régimen local de buena fe y han sido el resultado de un trasplante incompleto de disposiciones de derecho societario.

Cabe resaltar entonces, que, de acuerdo con la Corte Constitucional el principio de la buena fe, principio constitucional general del derecho, se proyecta en Colombia en principios como el de confianza legítima, que si bien no exime de la diligencia;

“(…) es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; (...)⁵⁸”

De igual manera, el Consejo de Estado ha establecido que el principio de confianza legítima se deriva del principio de seguridad jurídica y principalmente del principio de buena fe y que, en su segunda manifestación; *“se concibe como una consecuencia lógica del principio de buena fe que rige toda relación jurídica, donde “la expectativa de un sujeto por la conducta de otro genera un grado de confianza, sinceridad, seriedad y veracidad, ocasionando una protección legal y constitucional y confiando de buena fe que no varíen las circunstancias que lo rodean.”⁵⁹”* (Subrayado fuera del texto)

De acuerdo con el ordenamiento, estas obligaciones derivadas de la buena fe solamente pueden ser entendidas como bilaterales y, en ese sentido, atañen a los contratantes en sentido lato. En relación con la figura de la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad de capital, debe decirse que la narrativa jurídica norteamericana ha irritado la legislación nacional al punto de, como ya se había afirmado, alterar la bilateralidad de las obligaciones derivadas de la buena fe imponiendo una diligencia que únicamente atañe a tercero que busca contratar con la sociedad.

⁵⁸ Corte Constitucional Sentencia. Sentencia C-131/04 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 440123330020130005901(48762014), Sep. 1 del 2016.

Puede evidenciarse como la generalidad de las observaciones que realiza la Superintendencia de Sociedades atañen únicamente a la conducta del acreedor, accionista o tercero que contrata con la sociedad. A tal efecto, de la mano de la mencionada alternación del principio de la buena fe, se establece una clara violación de la legítima confianza de las personas que contratan con una sociedad, y que, como en el caso de Jesús Antonio Mendoza Pulido contra las sociedades Sistem Contact S.A.S y Top Sistem Global BPO S.A.S.⁶⁰, cuando alegan una vulneración de la buena fe por parte de la sociedad, encuentran sus prestaciones desestimadas por una Superintendencia de Sociedades que invita en palabras coloquiales a desconfiar y a “no dar papaya”.

Ahora bien, entre otras cosas, este aspecto es altamente interesante en tanto parece extraño que los Delegados de la Superintendencia exijan la diligencia en el contrato a quien pareciera ser, en muchos casos, la parte más vulnerable y/o la parte con menor o más difícil acceso a la información.

Puede afirmarse que vivimos en un país en el que la traducción de instituciones americanas y la irritación que esta ha generado han transformado la esencia de la aplicación del principio de buena fe en los contratos, sometiendo a la parte contratante a decidir si contrata o no, con base en las calidades de una sociedad y las garantías que esta como deudora pueda ofrecer, pero sin reparar en las condiciones en las que se encuentra cada una de las partes a la hora de contratar, y sin exigir, a la sociedad, motor social económico y agente profesional y especializado, ni a sus accionistas, reparo alguno sobre; (i) su actuar de buena fe, (ii) su diligencia, (iii) su condición privilegiada de acceso a la información, y (iv) su condición ética y moral, de cara a llevar un negocio que no se encuentra en condiciones de concretar.

6.2 **La fuerte irritación derivada del trasplante de instituciones del derecho norteamericano es un desincentivo importante para la contratación nacional, pues hace de la diligencia del tercero que contrata con la sociedad excesivamente onerosa.**

Los costos de transacción o costos de contratación aluden, de acuerdo con la doctrina nacional, a *“las expensas en que habrá de incurrirse con el propósito de celebrar contratos y realizar operaciones de negocios para el desarrollo de actividades empresariales”*⁶¹.

El Profesor, Ronald Coase, quien acuñó el término de costos de transacción (*“Transaction Costs”*), en su texto *“The Problem of Social Cost”* establece que existen costos implícitos en la concertación de una relación contractual y que para realizar una *“transacción de mercado es necesario descubrir con quién uno desea tratar, informar a la gente que uno desea negociar y en qué términos, llevar a cabo negociaciones que conduzcan a un negocio, redactar el contrato, realizar la inspección necesaria para hacer asegurarse de que se cumplan los términos del contrato, etc.”* Dice el citado autor, que *“Estas operaciones son a menudo extremadamente costosas. Lo suficientemente costosas, en cualquier caso, como para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionó sin costo.”*

Así pues, en el análisis económico del derecho llevado a cabo por la escuela de Chicago encabezada por el Profesor Coase, existe una correlación directa entre el costo de transacción y el número de negocios que son llevados a cabo. Entre más alto sea el costo de transacción, menor será el incentivo para llevar a cabo el negocio, y por tal en el mercado se verá reflejada una consecuente pérdida de valor. De acuerdo con autores como el profesor Goulart Pimienta, *“cuanto más bajos sean los costos de transacción, mayores y más eficientes serán las transacciones contractuales llevadas a cabo por los empresarios (...) Bajo esta concepción, la eficiencia del*

⁶⁰ Sentencia 810-000047 del 9 de junio del 2017.

⁶¹ Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012). Pág. 24.

*Derecho está en minimizar (o, hipotéticamente, acabar) con los costos de transacción, mediante la reducción o eliminación de las dificultades y los gastos para contratar, de forma que, en el desarrollo de la empresa, exista mayor cantidad y calidad de negocios y relaciones jurídicas tendentes a la organización de los factores productivos*⁶².

De esta manera, es que se ha afirmado que, siendo la sociedad el mecanismo más eficiente para concentrar eficiente y estructuralmente los costos de transacción⁶³; *“la legislación societaria tiene como único objetivo prevenir y reducir los altos costos ocasionados por la negociación individual”*⁶⁴.

Factores como la incertidumbre en el ejercicio contractual, se derivan de manera directa de la independencia de cada uno de los actores involucrados en el tráfico negocial, y puntualmente, de la asimetría o heterogeneidad del acceso a la información que existe entre las partes que contratan. Esta asimetría ha sido clasificada por el profesor McConnell como una de las denominadas *“fallas de la información”*, ineficiencia que, según el citado autor, surge de la información incompleta o imprecisa que tienen tanto compradores como vendedores y que se ven en la imposibilidad de suplir, en tanto el costo de esta acción resulta excesivamente alto o prohibitivo (Reyes Villamizar, 2012).⁶⁵.

De acuerdo con el mismo economista, en condiciones ideales se; *“dispone de suficiente información de mercado para garantizar que los bienes y servicios se produzcan y compren eficientemente”*. Pero En algunos casos, *“la información inadecuada dificulta el poder distinguir a los vendedores dignos de confianza de los que no lo son, o a los compradores dignos de confianza de los que no lo son”*.

Afirma McConnell que; *“Así como una información inadecuada sobre los vendedores puede impedir que los mercados alcancen la eficiencia económica, también puede hacerlo una información inadecuada sobre los compradores”*⁶⁶, y que estas ineficiencias en el mercado son un incentivo para que el gobierno intervenga en él, garantizando una mayor cantidad y calidad de la información que es accesible a los participantes.

En el caso colombiano, en el que de la mano de la inserción de preceptos del análisis económico del derecho, hemos incorporado a nuestro ordenamiento jurídico muchas de las instituciones fundamentales del derecho societario norteamericano, se hace evidente como, en casos de desestimación de la personalidad jurídica, la irritación generada por la tergiversación del principio de buena fe, y la excesiva carga de diligencia que se sitúa en cabeza del demandante, han hecho del proceso de contratación uno ineficiente y excesivamente oneroso para el demandante.

La unilateralidad en las cargas de diligencia que puede predicarse de las sentencias de la SuperSociedades y que obliga al acreedor, accionista, o tercero que contrata con la sociedad a ir más allá de lo que le es exigible en términos de la buena fe, ha fomentado el surgimiento de un panorama nacional en el que resulta altamente ineficiente y costoso para el contratante llevar a cabo la relación contractual.

⁶² Goulart Pimenta, Eduardo. *Direito Societário*, Rio de Janeiro, Elsevier Editora, 2010. Tomado de Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis económico del Derecho Societario*. Colección Cátedra Bancolombia (2012). Pág. 58.

⁶³ Posner, Richard. *Economic analysis of Law.* 5ª edición, New York, Aspen Law, and Business, (1998). Tomado de Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis económico del Derecho Societario*.

⁶⁴ Dine, Janeth. *“The governance of Corporate Groups.”* Cambridge University Press (2000).

⁶⁵ McConnell, Campbell R. *“Economics. Principles, Problems, and Policies”* 13° ed. University of Nebraska (1997). Pág 349. Tomado de Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis económico del Derecho Societario*.

⁶⁶ McConnell, Campbell R. *“Economics. Principles, Problems, and Policies”* 13° ed. University of Nebraska (1997).

La creciente incertidumbre generada por la exigencia unilateral de la aplicación de la carga de la buena fe y la evidente asimetría de la información existente entre ambas partes contratantes resulta en fallas de mercado y en la generación de ineficiencias en ambos sentidos del contrato.

De esta forma, se tiene que aun cuando la narrativa del derecho societario ha reforzado el importante rol económico que ocupa la limitación de la responsabilidad de las sociedades de capital, concomitantemente esta no desconoce la profesionalidad y eficiencias con las que debería operar una sociedad en pro de cumplir con su objeto y resultar en eficiencias económicas. Es entonces desconcertante observar cómo en sus sentencias la Superintendencia exige los máximos niveles de diligencia al contratante, quien pareciera ocupar una posición de inferioridad en la relación contractual, y no a la sociedad de capital, profesional en su oficio y organismo que cuenta con la capacidad técnica para estudiar si se encuentra en condiciones de contratar o no.

En términos del análisis económico del derecho, se hace evidente que el imponer al tercero contratante i) la carga de la diligencia a la hora de contratar, y (ii) la responsabilidad de tomar una decisión de contratar informada y diligente (en una medida ajena al ordenamiento jurídico colombiano), no es más que exigirle la mayor de las diligencias a la persona que con menor facilidad puede acceder a la información, y a la que, por ende, le resulta más costoso. Cabe preguntarse si ¿Resulta lógico exigir al consumidor o al contratante que en toda transacción se cercioren de las condiciones financieras de la sociedad con la que contrata?, o ¿Qué si además de solicitar los estados financieros de la empresa, el contratante debe cerciorarse de su veracidad?, cabe en general preguntarse ¿Si el contratante debe desconfiar, en salvaguarda de sus intereses, en todo lo que provenga de la sociedad? Pareciera ser que en Colombia la respuesta a estas preguntas es afirmativa, en tanto la diligencia exigida a la parte contratante tercera a la sociedad se encuentra tan desdibujada e irritada por el trasplante normativo del derecho societario norteamericano que estos absurdos pueden serle exigibles.

En la cita Sentencia 800-29 de 20 de abril del 2017 entre Caracol Televisión S.A. (“Caracol”) y Affinity Network S.A.S. en liquidación (“Affinity”)⁶⁷ se alega el actuar fraudulento de Affinity en el incumplimiento del pago de una suma de casi 300 millones de pesos derivados de pautas publicitarias. En la Sentencia, el Despacho establece que la labor probatoria de Caracol no fue la suficiente y que; *“Las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso no permiten concluir que las conductas reprochadas por la sociedad demandante fueran propiamente actos defraudatorios.”* Aun cuando la Superintendencia encuentra que no se evidencian actos fraudulentos, y decide no desestimar la personalidad jurídica de la sociedad demandada, establece, con respecto al argumento esbozado por Caracol, sobre la inexactitud de la información reflejada en los Estados Financieros, que *“la demandante no demostró que, por ejemplo, Affinity Network S.A.S. hubiera registrado ficticiamente activos u ocultado irregularmente pasivos a su cargo a fin de hacerse fraudulentamente a dicho crédito.”*

En ese sentido, se resalta que, aun cuando la mencionada “autotutela” y la diligencia exigible a una parte contratante son principios de la mayor importancia en el derecho y en la atribución de responsabilidad en Colombia, estos no pueden desconocer los deberes del actuar de buena fe y el derecho a ejercer una confianza legítima, presentes en las mismas relaciones contractuales. Exigir a quien contrata con la sociedad, una diligencia tan importante que lo obligue a verificar la veracidad de las afirmaciones contenidas en los Estados Financieros que le son suministrados, no solo resulta abiertamente desproporcional, sino que encarece en gran medida el costo transaccional de las relaciones contractuales en Colombia.

⁶⁷ Sentencia 800-29 de 20 de abril del 2017. A esta sentencia se hace referencia explícita en la página 30.

En síntesis, sorprende ver, como en Colombia los postulados base de la teoría del análisis económico del derecho parecieran ser aplicados a medias y en desconocimiento de la doctrina de los costos de transacción, fomentando un mercado ineficiente en el que de manera directa se desincentiva la contratación con personas jurídicas.

6.3 **La reversión de la buena fe impacta el proceso judicial e implica una carga probatoria desproporcionada en cabeza del demandante.**

Puede afirmarse que la irritación derivada del trasplante normativo que ha tenido lugar en la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades y la doctrina nacional, en conjunto con el arraigo institucionalizado de la inmutabilidad de la limitación de responsabilidad, al haber perturbado la distribución de las cargas impuestas por la buena fe, han tergiversado la misma carga de la prueba, que muy de la mano de la diligencia unilateralmente aplicable al demandante, lo obligan en su condición manifiesta de debilidad y asimetría de la información, a llevar a cabo la ardua tarea de probar exhaustivamente la existencia de un fraude perpetrado por la sociedad.

Cabe entonces preguntarse si la carga probatoria que involucra al demandante que busca la desestimación del velo corporativo, y que lo ubica en una situación en la que difícilmente puede llevar a cabo la protección de sus derechos; ¿responde a un análisis exhaustivo de los estándares de la carga probatoria nacional y a una aplicación del principio de buena fe en la determinación de las cargas de la prueba? Se adelanta al lector, que como encuentra la presente investigación, la carga de la prueba que ha sido exigida al demandante en estos procesos no solo no responde a estándares nacionales probatorios y de diligencia, sino que va en contravía directa de la aplicación de principios constitucionales de igualdad procesal y de la distribución o carga dinámica de la prueba

La imposición desproporcionada de la carga probatoria en los procesos de desestimación de la personalidad jurídica en Colombia no solo plantea desafíos legales, sino que también plantea cuestionamientos fundamentales sobre su coherencia con los principios constitucionales que rigen nuestro sistema legal. La carga probatoria unilateralmente aplicada al demandante, especialmente en situaciones donde la asimetría de la información es evidente, se erige como un desafío directo al principio del debido proceso consagrado en la Constitución. Este principio, que busca garantizar un juicio justo y equitativo, se ve socavado cuando se exige a la parte demandante demostrar un fraude societario en condiciones de información inminentemente desfavorables.

Además, la imposición de una carga probatoria desproporcionada entra en conflicto con el principio de igualdad ante la ley. Cuando la parte demandante se enfrenta a una tarea hercúlea para probar sus alegaciones, mientras que la sociedad de capital, resguardada por la inmutabilidad de la limitación de responsabilidad, apenas enfrenta cargas significativas, se perpetúa una disparidad que va en contra de los fundamentos constitucionales de igualdad procesal. La Constitución colombiana busca asegurar que todas las partes en un proceso legal sean tratadas con equidad, lo cual se ve comprometido cuando la distribución de la carga probatoria no refleja adecuadamente esta aspiración de justicia.

Esta discordancia entre la imposición de cargas probatorias y los principios constitucionales subraya la necesidad crítica de revisar y reformar los procedimientos relacionados con la desestimación de la personalidad jurídica. Abordar estos desafíos no solo sería congruente con los ideales constitucionales fundamentales, sino que también contribuiría a fortalecer la integridad y equidad del sistema legal en su conjunto.

6.3.1 **Estándares de la carga probatoria en Colombia.**

De acuerdo con la Doctrina clásica nacional⁶⁸, la tesis propuesta por el demandante y la eventual antítesis del demandado requieren ser comprobadas a través de medios de prueba oportunos⁶⁹.

Así pues, se sostiene en nuestro ordenamiento que el juicio se mueve dentro de tres reglas clásicas de la carga de la prueba. Estas son; (i) el *onus probandi incumbit actori*, (ii) el *reus, in excipiendo, fit actor* y (iii) el *actore non probante, reus absolvitur*. En otras palabras; “La carga de la prueba incumbe al actor”, “El que reclama la ejecución de una obligación, debe probarla” y, “No probando el actor, el demandado debe ser absuelto”. Al respecto ha recalcado la Corte Constitucional que esta carga;

“Se conoce como principio de “Onus probandi”, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar, los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo”⁷⁰.”

Este principio en particular ha tenido un amplio desarrollo y materialización en las leyes colombianas. De acuerdo con el artículo 166 del Código General Del Proceso (en adelante “CGP”) “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. De esta manera, se tiene que esta conducta no implica un deber o una obligación, sino la manifestación de un papel activo por parte de los actores involucrados en el proceso. El incumplimiento de este principio, que se constituye como un imperativo del propio interés de la parte, se ve reflejado en la manifestación de un resultado adverso para sus pretensiones⁷¹.

Aun cuando se ha establecido que la carga de la prueba como regla de juicio es una guía subsidiaria para el juez frente a la imposibilidad de probar un hecho. Se tiene que, en definitiva, “*lo esperado es que las partes prueben los hechos o bien, que mediante prueba de oficio se constaten estos, pero de tornarse imposible el juez se abstendrá de otorgar la consecuencia jurídica que se pretendía obtener*”⁷².

Estas fórmulas han sido abiertamente criticadas y profesores como Jairo Parra Quijano⁷³, consideran que esta concepción clásica se encuentra en crisis en tanto el deber ser de la carga probatoria es que no debe triunfar en el derecho la prueba hábil y habida, sino que debe triunfar la justicia y la verdad real en el proceso⁷⁴. Así pues, en Colombia, el CGP introdujo la noción de la “carga dinámica de la prueba”. Esta figura faculta al juez para distribuir la carga de la prueba entre las partes del proceso⁷⁵. Como se cita en Ramírez Carvajal, D. y A. Meroi, A. (2020)⁷⁶, el Doctor Parra (2000) sostiene que;

“Una de las formas de desigualdad más vedada es aquella que impone la carga de probar a una parte a quien le resulta muy difícil hacerlo, hasta el punto que se le exigen

⁶⁸ Medina Torres, Carlos Bernardo. “Generalidades de las pruebas judiciales”. Legis (2001). Pág. 123.

⁶⁹ Ibidem. Pág. 123.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016 M.P Jorge Iván Palacio.

⁷¹ Feijoo, Laura. Huertas Montero Laura. “La carga dinámica de la prueba y su incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso judicial.” Pág. 130.

⁷² Ibidem. Pág. 131.

⁷³ XVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Cal, 1985.

⁷⁴ Medina Torres, Carlos Bernardo. “Generalidades de las pruebas judiciales”. Legis (2001). Pág. 123.

⁷⁵ Código General del Proceso. Artículo 166. “(...) según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.”

⁷⁶ Ramírez Carvajal, D. y A. Meroi, A. (2020). La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas. Estudios de Derecho, 77 (170), 227-248

actividades que lindan con el heroísmo; las más de las veces, esa noción rígida de carga, sirve de celestina para legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho toral para el proceso. La verdadera igualdad, en el marco de un proceso y con relación a la carga de la prueba, es la que tiene en cuenta, en determinados casos, a quien le queda más fácil probar”. (p. 154)⁷⁷.

En síntesis, aun cuando la carga de la prueba es regla general, ha sido entendido por el ordenamiento jurídico que existen situaciones en las cuales quien afirma unos hechos se encuentra en imposibilidad o extrema dificultad de probarlos, y su contraparte se encuentra en condiciones de acreditarlos, bien sea por su cercanía con el material probatorio o haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, entre otras cosas⁷⁸.

La existencia de una asimetría manifiesta entre las partes del proceso con relación a la prueba invita a la intervención del juez en el mismo, con la intención de que, decretando la carga dinámica de la prueba, establezca una excepción a la regla (*onus probandi*) y funja como garante de derechos y la igualdad real de las partes en el proceso⁷⁹. Pues bien, la misma Corte Constitucional ha afirmado que; “

“En lo concerniente a la configuración de la carga dinámica de la prueba debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, en consecuencia, manifestación de una competencia plenamente legítima bajo el prisma de un Estado Social de Derecho”⁸⁰.

Lo anterior justificado plenamente en la lealtad que las partes deben al proceso y que tiene como finalidad el cumplimiento de los fines públicos que persigue la administración de justicia⁸¹.

Como se adelantó, parece que al contrastar los existentes estándares aplicables a la carga probatoria y como estos se ven reflejados en el caso de los procesos que buscan la desestimación de la personalidad jurídica en la Superintendencia de Sociedades, la carga impuesta al demandante sobrepasa en gran medida los estándares legales establecidos.

La inherente asimetría de la información, que hace que una persona que contrata con una sociedad y se encuentra en la imposibilidad de realizar un verdadero escrutinio probatorio de las transacciones y operaciones realizadas por esta, se encuentre subyugado por el clásico mantra de que “quien alega debe probar”, aun cuando es la parte en la posición menos ventajosa para asumirla, atenta de manera directa contra los pilares constitucionales del proceso, y contra principios como el del debido proceso e igualdad en el marco del proceso.

A pesar de que se ha establecido que, en Colombia, de la mano de la “jurisprudencia de avanzada” que, con fundamento en tendencias procesales modernas, produce la Superintendencia de Sociedades, en el contexto societario se ha visto una creciente tendencia a la inversión de la carga

⁷⁷ Parra, J. (2000). “Manual de Derecho Probatorio”. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

⁷⁸ Del Artículo 167 Código General del Proceso en Feijoo, Laura. Huertas Montero Laura. “La carga dinámica de la prueba y su incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso judicial.”

⁷⁹ Feijoo, Laura. Huertas Montero Laura. “La carga dinámica de la prueba y su incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso judicial.”

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸¹ Feijoo, Laura. Huertas Montero Laura. “La carga dinámica de la prueba y su incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso judicial.”

de la prueba en disputas entre accionistas⁸², esta tendencia, parece no reflejarse en los procesos de desestimación de la personalidad jurídica en la que los principios del “*onus probandi*” aun parecen insalvables. Existe una alta probabilidad de que esto se deba, como ha sido reiterado, a la tantas veces mencionada inmutabilidad de la limitación de la responsabilidad propia del derecho societario anglosajón, y, por lo tanto, adoptada por el derecho societario colombiano.

7. CONCLUSIONES

7.1 Recuento de argumentos

De la investigación contenida en la sección 5 del presente documento y de la información contenida en la Matriz de investigación, de manera sumaria se concluye que;

- 7.1.1 En Colombia la traducción textual de las disposiciones legales, doctrinales y jurisprudenciales estadounidenses ha resultado, en ámbitos del derecho societario, en profundas irritaciones de los principios de derecho colombiano. Esta irritación ha terminado por transformar la manera en la que el principio de Buena Fe, propio del derecho colombiano, es aplicado en los procesos de desestimación de la personalidad jurídica llevados ante la Superintendencia de Sociedades.
- 7.1.2 El trasplante e irritación causado por la traducción de disposiciones norteamericanas en los fundamentos del derecho nacional societario, como se afirmó anteriormente, ha tergiversado la aplicación del principio de buena fe en Colombia, imponiéndole cargas propias de la diligencia que esta implica, únicamente al acreedor voluntario que busca contratar con la sociedad. En ese sentido, se afirma que, de manera informal, esta traducción normativa ha trastocado cargas legales y no lo ha hecho para bien, esto es, no con la intención de establecer las bases para un sistema más justo.
- 7.1.3 Esta deformación, de acuerdo con la doctrina nacional y la jurisprudencia de la SuperSociedades, encuentra fundamento en la importancia económica-social que reviste la teoría de la limitación de la responsabilidad tanto a nivel global, como a nivel local. De acuerdo con el presente análisis, la traducción de esta enaltecida institución en Colombia sirve como el fundamento de (i) la excepcionalidad de la figura de la desestimación y, (ii) de la altísima carga probatoria que es exigible al demandante que busca llevar a cabo esta acción.
- 7.1.4 A su vez, efecto directo de la imposición de cargas de diligencia precontractuales, que a ojos de nuestro derecho parecerían desproporcionales, se ha encarecido exponencialmente la realización de negocios en Colombia. De esta manera, se ha fomentado un sistema en el que incluso, no encontrándose en condiciones de contratar, o cumplir lo pactado, las sociedades nacionales tienen un incentivo perverso para contratar y defraudar, en tanto ella y sus accionistas no son responsabilizados y escapan cualquier tipo de sanción. Aun actuando de mala fe y en fraude a los deberes impuestos a estos por la buena fe contractual nacional, los accionistas de las sociedades encuentran refugio e inmunidad en la reiterada negativa judicial a desestimar la personalidad jurídica.
- 7.1.5 La carga probatoria que implica el proceso de desestimación de la personalidad jurídica no necesariamente responde a estándares de la carga dinámica de la prueba nacional. En ese sentido, es que podría argumentarse, que la imposición de cargas excesivas

⁸²Londoño Gonzales, Sergio. “Derecho Procesal y gobierno corporativo: El abominable slogan probatorio”. En donde se cita el proceso de: Luis Helí Tovar & Cía S, en C. Contra Embotelladora del Huila S.A. (DPM auto n° 800-6301 de 2016)

únicamente aplicables al demandante y que desconocen la carga dinámica de la prueba, pueden implicar la violación del principio constitucional de equidad procesal y del debido proceso.

Este análisis del panorama de la desestimación de la personalidad jurídica en Colombia por parte de la Delegatura para Asuntos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades y la importante presencia de teorías del derecho societario norteamericano en estos procesos nos invita a preguntarnos cómo se ha visto reflejada esta adopción normativa en diversas ramas del derecho societario nacional y, qué efectos ha tenido en cada una de ellas. Con toda seguridad, el efecto de la homogenización del derecho societario mundial y la importante influencia que el análisis económico del derecho, de fuerte acento norteamericano, ha tenido en Colombia, no se limita a irritar únicamente el fenómeno de la desestimación de la personalidad jurídica, sino que trasciende a diferentes campos del derecho nacional.

Entre otras cosas, llama la atención en el presente análisis que, solo en una de las sentencias objeto de estudio⁸³, se refiera de manera directa al moderno fenómeno de la desestimación inversa y que en general, resulta complicado abordar la delgada línea que existe entre el fraude y la planeación corporativa y el “aislamiento” de la responsabilidad por medio de la sociedad. Para avanzar en la discusión que suscita el presente documento no está de más preguntarse ¿Cuál es el límite entre el uso legítimo de una estructura societaria y el uso abusivo de la asignación de riesgos en la misma? Y si ¿lo que, desde una perspectiva corporativa puede ser considerado una buena planeación, debe ser sujeto de escrutinio judicial?

Al menos en Colombia, la aplicación de nuestra fuerte doctrina sobre la buena fe puede ofrecer respuestas a estas preguntas y esclarecer un poco el panorama oscuro que, por lo general, ha rodeado a la figura de la desestimación. Esta aplicación que atañe de manera directa a la muy sonada “seguridad jurídica”, no solo debe entenderse desde una perspectiva de la solidez normativa y de decisiones judiciales que debe garantizar la libertad de empresa y el desarrollo económico, sino que, en su subjetividad, también debe poder estudiarse y entenderse desde la perspectiva del consumidor o del contratante, que, tiene el derecho no solo a confiar, sino también a que, actuando con una buena fe diligente, esa misma “seguridad jurídica” lo proteja y le sea garantizada por los órganos judiciales.

Para terminar, cabe resaltar que el agudo efecto que este fenómeno de adopción de normativa extranjera está teniendo en la determinación de obligaciones entre las partes y la asignación de cargas y responsabilidad entre las mismas, hace de estos eventos, situaciones dignas de estudio y que, lejos de tener efectos teóricos o lejanos a la realidad, afectan a la sociedad de manera generalizada, estableciendo un sistema predominantemente pro-societario, pro-mayoritario y que impone dinámicas negociales disimiles que, en ultimas, afectan la generación de beneficios económicos generalizados y de bienestar social.

⁸³ la Sentencia 820-000089 del 20 de junio de 2019

8. BIBLIOGRAFÍA

- 8.1.1 Constitución Política Colombia. 1991.
- 8.1.2 Código Civil. Ley 84 de 1873. 23 de mayo de 1873. (Colombia)
- 8.1.3 Código General Del Proceso [CGP]. Ley 1564 de 2012. 12 de julio de 2012. (Colombia)
- 8.1.4 Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. 27 de marzo de 1971. (Colombia)
- 8.1.5 Arrubla Plaucar, Jaime Alberto. “Contratos mercantiles”. Tomo I, 9° Edición. Biblioteca Jurídica DIKE (2002).
- 8.1.6 Betti, Emilio. “Teoría general del negocio jurídico”. Revista de Derecho Privado. Madrid. (1959) en Arrubla Plaucar, Jaime Alberto. “Contratos mercantiles”. Tomo I, 9° Edición. Biblioteca Jurídica DIKE (2002).
- 8.1.7 Brainbridge, Stephen. “Corporation Law and Economics.” NY, Foundation Press (2002).
- 8.1.8 Butler, Nicholas Murray. Why Should We Change Our Form of Government? Studies in Practical Politics 82 (1912).
- 8.1.9 Dine, Janeth. “The governance of Corporate Groups.” Cambridge University Press (2000).
- 8.1.10 Feijoo, Laura. Huertas Montero Laura. “La carga dinámica de la prueba y su incidencia en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso judicial.” Pág. 130.
- 8.1.11 Fontanarrosa. “Derecho comercial argentino”. Buenos Aires, Zavalía, 1976,
- 8.1.12 Gaitán José Alberto. “Levantamiento del Velo Corporativo. Panorama y perspectivas”. Capítulo “Marco general del velo corporativo en Colombia”.
- 8.1.13 Goulart Pimenta, Eduardo. Direito Societário, Rio de Janeiro, Elsevier Editora, 2010. Tomado de Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012). Pág. 58.
- 8.1.14 Hansmann, Henry y Reinier Kraakman, “The end of history for corporate law,” en Georgetown Law Journal 89 (2) (2001), pp. 439-468.
- 8.1.15 Krendl, Cathy S. & Krendl, James R. Piercing the Corporate Veil: Focusing the Inquiry, 55 Denv. L.J. 1 (1978).
- 8.1.16 Legrand, Pierre. “Comparatists at Law and the contrarian Challenge.” (1995) “Comparative Legal studies and Commitment to Theory” (1995b). Tomado de Teubner, Gunther.
- 8.1.17 Londoño Gonzales, Sergio. “Derecho Procesal y gobierno corporativo: El abominable slogan probatorio”. En donde se cita el proceso de: Luis Helí Tovar & Cía S, en C. Contra Embotelladora del Huila S.A. (DPM auto n° 800-6301 de 2016).
- 8.1.18 Matheson, John H. (Spring, 2009). ARTICLE: Why Courts Pierce: An Empirical Study of Piercing the Corporate Veil. Berkeley Business Law Journal, 7.
- 8.1.19 McConnell, Campbell R. “Economics. Principles, Problems, and Policies” 13° ed. University of Nebraska (1997). Pág 349. Tomado de Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”.

- 8.1.20 Medina Torres, Carlos Bernardo. “Generalidades de las pruebas judiciales”. Legis (2001). Pág. 123.
- 8.1.21 McCahery, Joseph A. and Vermeulen, Erik P.M. “Understanding (un)incorporated business forms.” (2005). Pág. 15.
- 8.1.22 Pico Zúñiga, Fernando. El deber de coherencia y cooperación en el ejercicio de la condición simplemente potestativa, suspensiva y pendiente, 127 Vniversitas, 127-308 (2013).
- 8.1.23 Posner, Richard. “Economic analysis of Law.” 5ª edición, New York, Aspen Law, and Business, (1998). Tomado de Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”.
- 8.1.24 Ramírez Carvajal, D. y A. Meroi, A. (2020). La carga de la prueba, dinámicas contemporáneas. Estudios de Derecho, 77 (170), 227-248.
- 8.1.25 Reyes Villamizar, Francisco. “Análisis económico del Derecho Societario”. Colección Cátedra Bancolombia (2012). Pág. 24.
- 8.1.26 Teubner, Gunther, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences (1998). Modern Law Review, Vol. 61, pp. 11-32, 1998, THE EUROPEANISATION OF LAW, Francis Snyder, ed., Hart, Oxford, pp. 243-267, 2000, VARIETIES OF CAPITALISM, Peter Hall and David Soskice, eds., Oxford University Press, pp. 417-441, 2001.
- 8.1.27 Tolosa, L. A. (2017). “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo. Estudios Socio-Jurídicos”, Universidad del Rosario 13-61.
- 8.1.28 Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. “Derecho Civil de las Obligaciones” Tomo III. (2004) Pág. 140.
- 8.1.29 Corte Constitucional, Sentencia C-865 del 2004.
- 8.1.30 Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016 M.P Jorge Ivan Palacio.
- 8.1.31 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 5372 (9 de agosto de 2000).
- 8.1.32 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Exp. 6146 (2 de agosto de 2001).
- 8.1.33 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-55 del 16 de octubre del 2013.
- 8.1.34 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 801-15 del 15 de marzo del 2013.
- 8.1.35 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-90 del 22 de julio del 2015
- 8.1.36 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-109 de 26 de agosto del 2015.
- 8.1.37 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-29 de 20 de abril del 2017.
- 8.1.38 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-112 de 16 de diciembre de 2016.
- 8.1.39 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-29 de 20 de abril de 2017.
- 8.1.40 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 800-122 de 11 de diciembre del 2017.
- 8.1.41 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 820-000089 del 20 de junio de 2019
- 8.1.42 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 820-000071 del 14 de octubre del 2020
- 8.1.43 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 810-000047 del 24 de mayo de 2022.

8.1.44 Superintendencia de Sociedades. Sentencia 810-000058 del 22 de junio de 2022.