

ANUARIO DE

# DERECHO PRIVADO

MONOGRAFÍAS

## MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO

03

MARCELA CASTRO DE CIFUENTES  
Directora

ANUARIO DE

# DERECHO PRIVADO

## 03

ISSN 2665-2714

Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.309>

Fecha de publicación: agosto de 2021

### Ediciones Uniandes

Carrera 1.ª n.º 18A-12

Bogotá D.C. Colombia

Teléfono: 3394949 ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento personería jurídica:

Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.



# Situación actual de los acreedores involuntarios frente al abuso de la limitación de la responsabilidad bajo el derecho societario colombiano: enfoque comparativo con Estados Unidos

ALEJANDRO ESTEBAN DÍAZ BETTER\*

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.521>

**Resumen.** La limitación de responsabilidad es una prerrogativa de gran relevancia en el derecho societario, la cual también ha sido tradicionalmente abusada para atentar contra los intereses de los terceros. Los acreedores de la sociedad son los que directamente se ven afectados por la limitación de responsabilidad y en mayor medida los acreedores involuntarios por cuanto no pueden negociar *ex ante* las condiciones de su crédito. En Colombia aún esta problemática no ha sido reconocida por la jurisprudencia de la superintendencia de sociedades ni tampoco por la doctrina a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos.

**Palabras clave:** limitación de responsabilidad; problemas de agencia; acreedores involuntarios; desestimación de la personalidad jurídica

\* Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en derecho de los negocios internacionales de la Universidad de los Andes y magister Cum Laude en derecho privado de la misma Universidad. En la actualidad es abogado litigante y consultor, socio cofundador de la oficina de abogados Venture Abogados.

[alejandrodiazbetter@hotmail.com](mailto:alejandrodiazbetter@hotmail.com).

## Current situation of involuntary creditors regarding the abuse of limited liability under Colombian company law: comparative approach with the United States

**Abstract.** Limited liability is a relevant prerogative in corporate law, which has also been abused to undermine the stakeholders' interest. The company creditors are those that are directly affected by the limited liability and, to a greater extent, the involuntary creditors since they cannot negotiate ex ante the conditions of their credit. In Colombia, this problematic has not yet been recognized by the jurisprudence of Superintendence of Corporations, nor by the doctrine, unlike United States current situation.

**Key words:** Limited liability; agency problems; involuntary creditors; piercing corporate veil

## Introducción

La limitación de la responsabilidad es una de las cinco características estructurales centrales del derecho societario hacia las que convergen la mayoría de jurisdicciones a nivel mundial. Por virtud de esta prerrogativa, los acreedores de una sociedad solo pueden perseguir los bienes de propiedad del ente societario, imposibilitándose el cobro de sus acreencias con los bienes personales de sus accionistas<sup>1</sup>.

Si bien la prerrogativa mencionada ha sido de reconocida relevancia económica<sup>2</sup>, también ha sido altamente cuestionada en lo relacionado con las ineficiencias que genera frente a los acreedores involuntarios de la sociedad. A este respecto, los acreedores involuntarios de una compañía, en contraposición a los acreedores voluntarios, son aquellos que no tuvieron la posibilidad, de forma previa a la existencia de su crédito, de evaluar el riesgo que tomaban al momento de contratar y, dependiendo de él, aprobar o denegar el acuerdo, o ajustarlo mediante el pacto de garantías o condiciones que respondieran al nivel de riesgo apreciado por el acreedor<sup>3</sup>.

Dentro de este contexto, el objeto del presente escrito será determinar la situación actual de los acreedores involuntarios en Colombia frente a posibles fraudes o abusos de la prerrogativa de la limitación de la responsabilidad por parte de los accionistas de la sociedad, con enfoque en la medida judicial de la desestimación de la personalidad jurídica, teniendo como principal punto comparativo la situación de estos acreedores en Estados Unidos.

Para desarrollar la problemática planteada, se dará inicio con la definición y la justificación económica del beneficio de la limitación de responsabilidad, así como con el estudio del problema de agencia que dicho beneficio genera. Posteriormente, se procederá a analizar la diferencia entre los acreedores voluntarios y los acreedores involuntarios para así determinar los motivos por los cuales un sector de la doctrina norteamericana critica la relevancia de la limitación de responsabilidad frente a el segundo tipo de acreedores. En la tercera sección de

1 Jhon Armour *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. (United Kingdom: Oxford University Press, 2017), 1

2 Frank Easterbrook y Daniel Fischel, "Limited Liability and the Corporation". *University of Chicago Law Review* 52, (1985), 94-96

3 El acreedor involuntario por excelencia es aquel que deriva su crédito de un daño generado por la sociedad que deriva en su responsabilidad civil extracontractual. Al respecto ver Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts". *The Yale Law Journal* 100., n.º 7 (1991): 1921

este escrito se identificará el reconocimiento expreso de la diferenciación de los tipos de acreedores por parte de los jueces norteamericanos en el levantamiento del velo corporativo (*piercing the corporate veil*), así como la avanzada discusión y variedad de propuestas de protección de los acreedores involuntarios por parte de la doctrina estadounidense, para posteriormente finalizar con la comparación con el caso colombiano en el que indicaré el escaso análisis de la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades en la aplicación de esta distinción en la acción de desestimación de la personalidad jurídica y el poco desarrollo doctrinario en Colombia sobre la materia. Por último, se cerrará con las conclusiones pertinentes.

Lo anterior permitirá demostrar que, en Colombia, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, han tenido en cuenta las diferencias existentes entre los acreedores voluntarios frente a los involuntarios, lo que genera una clara desigualdad frente a situaciones de abuso de la personalidad jurídica en contra de los segundos. Así, se pretende generar consciencia de la diferencia en los créditos para que de esta forma se inicien las discusiones jurisprudenciales y doctrinarias relevantes como aquellas existentes en países como Estados Unidos.

## I. El beneficio de la limitación de responsabilidad y los problemas de agencia derivados de su abuso

### 1. Limitación de la responsabilidad: concepto y relevancia de la figura

La limitación de la responsabilidad en el derecho societario es un beneficio propio de las sociedades de capital, conforme el cual los acreedores del ente societario solo pueden perseguir los bienes que se encuentren a nombre o sean de propiedad de la sociedad en sí misma, e imposibilita el cobro de acreencias sociales con los bienes personales de los accionistas. En efecto, el mencionado beneficio escuda los activos personales de propiedad de los accionistas de las pretensiones de cobro de los acreedores sociales<sup>4</sup>.

Ahora bien, el beneficio mencionado previamente es una de las prerrogativas más importantes en el ámbito del derecho societario, incluso han llegado

4 Armour *et al.*, "Anatomy of Corporate Law".

a catalogarla como “*el descubrimiento más importante de los tiempos modernos*”<sup>5</sup> incluso por encima del vapor y la electricidad<sup>6</sup>. A continuación, se enuncian algunas de las ventajas más relevantes, desde un punto de vista económico, de la existencia de responsabilidad limitada en las sociedades de capital, de acuerdo con lo expuesto por Frank H. Easterbrook y Daniel R. Fischel<sup>7</sup>.

### **a. Reducción de costos de monitoreo de la actividad de los administradores**

Los accionistas de las sociedades siempre cuentan con el riesgo de perder su riqueza debido a las actuaciones de los administradores, quienes toman las decisiones del día a día de la compañía. Es precisamente por ello que, entre mayor sea el riesgo de pérdida al que se sometan los inversionistas, mayor será su gasto para monitorear que los administradores ejecuten sus funciones en debida forma. Así las cosas, en un escenario de responsabilidad ilimitada, las actuaciones de los administradores podrían comprometer el patrimonio personal de los inversionistas, lo que generaría costos altos de monitoreo al administrador para que ello no ocurra. Es por esto que la limitación de la responsabilidad reduce dicho costo de vigilancia, puesto que los inversionistas solo responderían hasta con el monto de sus aportes ante una eventual responsabilidad.

### **b. Reducción de costos de monitoreo de otros accionistas**

Bajo un escenario de responsabilidad ilimitada, entre más riqueza tengan los demás accionistas de la sociedad, menos probabilidad tiene un socio de recurrir a sus bienes personales para el pago de las acreencias sociales insolutas. En esta medida, el accionista contaría con la necesidad de incurrir en altos costos de vigilancia de las actuaciones de los demás accionistas para evitar que disminuyan su patrimonio, y así mantener como baja la probabilidad de acudir a sus bienes personales en caso de insolvencia del ente societario. Por el contrario, en un escenario con limitación de responsabilidad, este costo se reduce puesto que a los accionistas les

5 Roger Meiners, James S. Mofsky y Robert D. Tolisson, “Piercing the Veil of Limited Liability”. *Delaware Journal of Corporate Law*, n.º 4 (1979). El texto citado toma la frase copiada textualmente de un discurso de Nicholas Murray Butler, presidente de la Universidad de Columbia en 1911.

6 Por el contrario, para Hansmann, Kraakman y Squire es bastante menos importante que el beneficio de la separación patrimonial. Ver Henry Hansmann, Reinier Kraakman y Richard Squire, “Law and the Rise of the Firm”. *Harvard Law Review* 119, n.º 5 (2006).

7 Easterbrook y Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, 94-96.

es indiferente el patrimonio personal con el que cuenten sus socios, debido a que su responsabilidad por las acreencias sociales se limitará, en el peor de los casos, al valor de su inversión en la sociedad.

### **c. Libre circulación de acciones, e incentivo a los gerentes para actuar de forma eficiente**

Este punto es propio del sistema estadounidense. Bajo un sistema con limitación de responsabilidad los administradores tienen incentivos de trabajar mejor, lo que disminuye problemas de agencia entre administradores y accionistas de la sociedad. En efecto, en un sistema con limitación de responsabilidad, siempre que una empresa esté siendo mal administrada el precio de las acciones será bajo, lo que genera incentivos para que inversionistas que logren reconocer dicho problema compren el control de dicha sociedad<sup>8</sup>, instalen un equipo de administradores más preparados y así aumenten el valor de la firma. Esto hace que los administradores estén motivados a mantener el precio de la acción alta con el fin de no salir de determinada compañía<sup>9</sup>.

En esta medida existe una relación directa entre las *takeovers* y la limitación de responsabilidad, puesto que esta prerrogativa reduce el costo de compra de acciones. Con responsabilidad limitada, el costo de las acciones está determinado por valor presente del flujo de caja que ingrese a la compañía sin atender a la riqueza de los accionistas (acciones fungibles). Con un sistema de responsabilidad ilimitada, el valor de la acción estaría determinado tanto por el flujo de caja futuro de una compañía, así como por la riqueza del accionista propietario de la misma. Ello impide entonces que se puedan dar *takeovers* o compras del control puesto que el inversionista interesado en ello debe negociar cada acción con cada propietario pagando por un valor distinto por unas que por otras. En esta medida, el escenario de los *takeovers* sería muy costoso en contextos de dispersión de capital, motivo por el cual los administradores perderían un gran incentivo con el que cuentan hoy en día para aumentar el valor de la firma.

### **d. Posibilita información significativa del valor de una empresa**

Con responsabilidad ilimitada, las acciones de la sociedad no serían homogéneas, lo que haría que no contarán con un precio de mercado definido. En esta medida

8 Figura denominada *takeover* en contextos de capital disperso

9 Para no perder su trabajo y no afectar su reputación como administradores.



los futuros compradores necesitarían invertir mucho más en recursos para conocer el valor real de las acciones que vayan a comprar debido a que el precio de cada acción dependería de la riqueza de cada accionista y no del flujo de cada y activos de la sociedad. Bajo un sistema con responsabilidad limitada, el valor de las acciones es homogéneo, por lo que el inversionista negocia el precio hasta el valor que se derive de las expectativas de la sociedad, de sus flujos de caja derivados de los activos.

### **c. Permite diversificación más eficiente**

En un sistema con responsabilidad ilimitada, la diversificación del portafolio aumentaría el riesgo de que el accionista pierda todo su patrimonio. Ello es así puesto que, si el inversionista decide invertir en varias sociedades distintas, bastaría con que tan solo una de ellas que fracase, para que pueda exponerse al riesgo de perder toda su riqueza. Por el contrario, bajo un sistema de responsabilidad limitada la diversificación del portafolio reduce los riesgos de perder su riqueza debido a que, como accionista, solo será responsable por el monto de sus aportes. En efecto, si el accionista invierte la totalidad de su dinero en una sola sociedad, en caso de quiebra, podría perder todo su patrimonio, mientras que, si decide fraccionar su riqueza en distintos negocios, si alguno fracasa, solo habrá perdido el valor invertido allí, limitando así el riesgo asumido.

### **d. Facilita decisiones de inversión óptimas**

Bajo un sistema de limitación de responsabilidad, los administradores podrían invertir en cualquier proyecto de valor presente neto positivo, podrían aceptar inversiones con riesgos altos, sin que ello implique exponer a los inversionistas a la ruina. Por el contrario, bajo un sistema de responsabilidad ilimitada, la actuación de los administradores sería diferente y podrían rechazar por arriesgado un proyecto de valor presente neto positivo.

## **2. Riesgos generales de la limitación de la responsabilidad y los problemas de agencia**

Así como es indudable la relevancia económica de la limitación de la responsabilidad para el derecho societario, según se describió en líneas anteriores, también

es claro que esta figura se ha prestado para abusos y fraudes. Precisamente, la prerrogativa objeto de estudio genera lo que los economistas denominan como *problemas de agencia*, específicamente uno de ellos, el cual se identificará a continuación, previa explicación breve de la totalidad de los problemas de agencia que se suscitan en el contexto societario.

## 2.1. Problemas de agencia (*agency problems*)

El Dr. Francisco Reyes Villamizar ha definido los problemas de agencia<sup>10</sup>, en su concepción más general de la expresión, de la siguiente forma:

“(…) corresponde a las dificultades que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el mandante (“principal”), depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el mandatario o agente (“agent”). El problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquél obre en su propio interés”<sup>11</sup>.

En otras palabras, el problema que puede derivarse de una relación de agencia o mandato es que, quien tiene en su poder la toma de decisiones en virtud de una relación de agencia (agente), actúe en beneficio de sus propios intereses y en contra de la persona que recibe el impacto directo en su patrimonio (principal). El derecho societario centra sus esfuerzos en reducir los costos<sup>12</sup> y, por ende, las ineficiencias en las que pueden incurrir los principales y los agentes por evitar los problemas de agencia.

De conformidad con lo manifestado previamente, el derecho de sociedades tiene como finalidad la reducción de los costos de agencia, para lo cual emplea dos géneros de estrategias: (i) una primera aproximación *ex ante* consistente en

10 También denominados problemas del mandato. Ver Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Derecho Societario En Estados Unidos Y En La Unión Europea* (Bogotá: LEGIS, 2013), 29.

11 Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Análisis Económico Del Derecho Societario. Colección Cátedra Bancolombia De Derecho Económico, Financiero Y Del Mercado De Valores* (Bogotá: Ibáñez, 2012), 65.

12 Para evitar los problemas de agencia en las sociedades, los sujetos de la relación pueden incurrir en alguno de los siguientes costos de agencia, los cuales pueden ser de orden pecuniario o no pecuniario: (i) costos de vigilancia en los que incurre el principal (costos en los que incurre el principal con la finalidad de monitorear y vigilar que las actuaciones del agente se ajusten a sus intereses.), (ii) costos de afiliación en los que incurre el agente (costos en los que incurre el agente para dar confianza al principal de que ejecutará las labores en orden a sus intereses o dejará indemne en caso de no hacerlo) y (iii) pérdida residual (costos en dinero de la pérdida en problemas de agencia). Ver Michael Jensen y William Meckling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”. *Journal of Financial Economics* 3, n.º 4 (1976): 5-6.

predefinir reglas precisas antes de que surja el problema, cuyo cumplimiento debe ser estricto, que se pueden dar en el contrato de sociedad, en la ley comercial, en la celebración de acuerdos de accionistas o contratos comerciales, etc. y (ii) una segunda aproximación *ex post* que son medidas de carácter abstracto y general, que se dan de forma posterior a la ocurrencia del problema, normalmente expresado mediante fallos judiciales y que, a diferencia de las medidas *ex ante* como la ley, solo impone altos costos a los sujetos que excedan los límites o la corrección en sus actuaciones<sup>13</sup>.

Una vez expuestas las generalidades sobre los problemas de agencia (definición, costos que generan y estrategias de mitigación) corresponde identificar, de manera breve, cada uno de los problemas de agencia societarios identificados por la doctrina. En este sentido, Armour, Hansmann y Kraakman, han descrito los siguientes<sup>14</sup>:

- a. Problema de agencia entre accionistas y administradores: El primer conflicto de agencia es aquel que surge entre los propietarios de la compañía y los administradores contratados. El problema se genera cuando los administradores (agentes) actúan en favor de sus propios intereses en la compañía y en contra de los intereses de los accionistas de la sociedad (principales)<sup>15</sup>.
- b. Problema de agencia entre accionistas mayoritarios y accionistas minoritarios: El segundo conflicto de agencia se da entre el bloque mayoritario y el bloque minoritario de accionistas en el que el primero de ellos (agentes) diseña estrategias para expropiar a los segundos (principales) de sus derechos en la compañía<sup>16</sup>.
- c. Problema de agencia entre la sociedad y otros grupos de interés (*stakeholders*): El tercer y último conflicto de agencia se da entre la sociedad

13 Ronald Gilson y Alan Schwartz, “Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review”. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)* 169, (2013)

14 Armour *et al.*, “Anatomy of Corporate Law”, 29-31

15 Como ejemplo de esta manifestación puede ser la usurpación de oportunidades de negocios en violación de los deberes del artículo 23 de la ley 222 de 1995. Ley 222 de 1995, diciembre 20, Diario Oficial No. 42.156.

16 Como manifestación puede verse lo que denomina extracción de caja (cashflow tunneling), extracción de activos (asset tunneling) y extracción de participación (equity tunneling). Sobre esto puede consultarse Vladimir Antanasov, Bernard Black y Conrad S. Ciccotello “Law and Tunneling” *The Journal of Corporation Law* n.º 37 (2011): 5-8.

y los terceros (otras partes que tienen contratos o vínculos con ella dentro de las que se encuentran acreedores, empleados, clientes, etc.). Este problema surge cuando la sociedad (agente), desarrolla comportamientos oportunistas en contra de esos sujetos (principales), mediante actuaciones como expropiar acreedores, explotar empleados o engañar a los clientes.

## 2.2. Problema de agencia derivado de la limitación de la responsabilidad

Una vez definido y expuestas las ventajas del beneficio de la responsabilidad limitada y posterior explicación de los problemas de agencia, se procede ahora a exponer la relación entre ambos temas.

La compañía, para desarrollar su objeto social, contrae distintos tipos de obligaciones, algunas de orden contractual, otras de orden extracontractual, frente a las cuales ejerce una posición de deudora. De manera general, el patrimonio de las personas (naturales o jurídicas) se constituye como prenda general de acreedores, motivo por el cual, en caso de un incumplimiento de la sociedad de una obligación, sus acreedores pueden cobrarse su crédito con los bienes sociales. En este sentido, en el evento en que la sociedad incumpla algunas de sus obligaciones, deberá responder con los bienes de su patrimonio a cada uno de sus acreedores.

Precisamente, es en este escenario en el que pueden abrirse paso actuaciones oportunistas por parte de los accionistas en contra de los acreedores sociales. Teniendo en cuenta que los accionistas no responderán con su patrimonio personal<sup>17</sup> y que el patrimonio social podría ser ejecutado por los acreedores, los primeros pueden estar interesados en abusar de la prerrogativa de la limitación de responsabilidad para extraer los bienes sociales del patrimonio de la compañía y llevarlos a su patrimonio para, de esta forma, expropiar al acreedor social de su derecho legítimo, aumentando su patrimonio propio. En otras palabras, debido a que los bienes sociales son los únicos que pueden ser objeto de persecución por los acreedores de la sociedad, en la medida en que conforman la prenda general con que la compañía respalda sus acreencias, los accionistas podrían actuar en beneficio suyo y extraer de la sociedad cualquier activo importante, hacerse de él, para que el acreedor social pierda así la posibilidad de cobrarse su deuda con dicho activo.

La situación descrita previamente, se convierte en una relación de agencia cuando la sociedad incumple o tiene voluntad de incumplir su obligación, pues

17 Debido al beneficio de la limitación de la responsabilidad.

los acreedores se convierten o se convertirán en “los dueños de los activos sociales”<sup>18</sup>, motivo por el cual cualquier desvío de los activos sociales impactará en su patrimonio lo que los convierte en los principales de la relación. Por su parte, los accionistas son quienes, en contextos de capital concentrado como el colombiano, suelen tener el control de los activos de la sociedad (agentes), pues mediante distintas manifestaciones o actuaciones pueden incidir en el valor de dichos activos. El problema de agencia, entonces, surge cuando los accionistas, en lugar de usar los activos en el mejor interés de los acreedores, esto es valorizándolos, dirigen su actuación a restarles valor o intercambiarlos por otros distintos de menor valor o mayor volatilidad<sup>19</sup>.

En este orden de ideas, los accionistas, actuando como agentes de los acreedores, pueden ejercer actuaciones oportunistas en contra de ellos, generando así el tercer problema de agencia. Según John Armour, Gerard Hertig y Hideki Kanda existen tres tipos generales de manifestaciones de este problema:<sup>20</sup>

- a. Dilución de activos (“asset dilution”): La más sencilla de las manifestaciones de este problema de agencia consiste en la desviación de activos del patrimonio social al patrimonio del accionista o al de un tercero. Esta maniobra perjudica los intereses del acreedor al reducir los activos sociales disponibles para satisfacer su crédito.
- b. Sustitución de activos (“asset substitution”): En esta forma, el accionista vende los activos de la compañía utilizados en actividades de bajo riesgo para comprar bienes utilizados en actividades de alto riesgo. El incremento en el riesgo del posible flujo de la empresa puede beneficiar al accionista puesto que, si gana, su ganancia sería mucho mayor y todo el ingreso adicional al monto de la deuda le corresponderá a él, mientras que, si pierde, su pérdida encuentra un tope máximo en el monto del aporte, por virtud de la limitación de responsabilidad. Por el contrario, los acreedores perderán, por cuanto se aumenta la probabilidad de que la sociedad no tenga cómo responder con sus activos. De otro lado,

18 Puede verse Armour *et al.*, “Anatomy of Corporate Law”.

19 Debe sin embargo precisarse que esto cambia en contextos de capital disperso (como sucede en Estados Unidos), donde el valor de las acciones y por ende de la sociedad depende de la actuación de los administradores más que de los accionistas. En los contextos de capital disperso, los administradores son los que tienen el control de la compañía (control entendido como quien incide realmente en la toma de decisiones trascendentales y cotidianas sobre la suerte de la sociedad).

20 Armour *et al.*, “Anatomy of Corporate Law”, 111-112.

si la sociedad aumenta su valor, el acreedor no va a ganar más de lo que ganaría si no se hubiera tomado el riesgo, puesto que su ingreso de la sociedad es fijo (el capital y los intereses pactados en la acreencia).

- c. Dilución de la deuda (“debt dilution”): Se da cuando el accionista puede beneficiarse a costa del acreedor mediante el incremento de la deuda. Este sobreendeudamiento puede perjudicar al acreedor puesto que ahora debe compartir los bienes de la compañía con otros acreedores, mientras el accionista se financia nuevamente. Peor aún, el accionista puede aumentar la deuda otorgando garantías a los acreedores nuevos, perjudicando al acreedor original pues solo podrá acceder al remanente de bienes después de pagar a los acreedores privilegiados.

Por último, para combatir este problema de agencia existen, por un lado, estrategias *ex ante* como las cláusulas contractuales o disposiciones legales orientadas a disciplinar al deudor y, por otro, estrategias societarias *ex post* como la sanción de la desestimación jurídica de la sociedad o la inoponibilidad de la personería jurídica, figuras las cuales se desarrollarán posteriormente en este escrito. De esta forma, ha quedado esbozada de forma general la definición de la prerrogativa de la limitación de responsabilidad en las sociedades de capital, su importancia, y su relación con el tercer problema de agencia.

## II. La limitación de responsabilidad y su cuestionable relevancia ante los acreedores involuntarios de la sociedad

A continuación, se pondrán de presente las diferencias en la concepción y relevancia del beneficio de la limitación de responsabilidad frente a los distintos tipos de acreedores sociales (i.e. voluntarios e involuntarios). Para esta finalidad, las ideas presentadas en las líneas siguientes se fundamentarán, en buena parte, en la doctrina estadounidense relevante, ello debido al amplio desarrollo de la discusión sobre las diferencias de los tipos de acreedores, el impacto de la responsabilidad limitada para estos<sup>21</sup> y la indudable recepción en el derecho colombiano de la

21 Debe tenerse en cuenta que la diferenciación de los acreedores voluntarios (*contract creditors*) y de los involuntarios (*tort creditors*) ha estado presente desde el mismo comienzo de la propia figura del levantamiento del velo corporativo Peter Oh, “Veil-Piercing”. *Texas Law Review* 89, (2010): 87.

figura judicial *ex post* más relevante para efectos de la discusión (desestimación de la personalidad jurídica)<sup>22</sup>.

## 1. Acreedores sociales voluntarios e involuntarios

Según Jensen y Meckling, una sociedad es simplemente una ficción legal que sirve como un nexo para contraer relaciones de diversa índole<sup>23</sup>. Como se expresó en líneas anteriores, dentro de ese cúmulo de relaciones con diversos actores, se encuentran los terceros con los que la sociedad contrata e interactúa.

Para efectos del presente escrito, por cuestiones de concreción y precisión, se limitará el estudio de los terceros a los acreedores sociales. Así las cosas, la compañía en desarrollo de su objeto social puede adquirir obligaciones bien sea (i) mediante la contratación con terceros en diversas formas, como por ejemplo para vender sus productos, para aprovisionarse de materiales, para realizar acuerdos de intercambios comerciales, o (ii) mediante la causación de daños extracontractuales a terceras personas (naturales o jurídicas). Según el origen de la prestación, los acreedores sociales serán voluntarios o involuntarios.

Esta distinción entre los acreedores voluntarios y los acreedores involuntarios ha sido de gran relevancia en la doctrina americana. Precisamente, esta diferenciación ha sido usada en las discusiones sobre el levantamiento del velo corporativo desde el inicio mismo de esta figura en Estados Unidos y hasta la actualidad<sup>24</sup>.

En este sentido, para diferenciar los acreedores voluntarios de los involuntarios, el punto crucial es determinar si el acreedor tuvo posibilidad, de forma previa a la existencia de su crédito, de evaluar el riesgo que tomaba al momento de contratar y dependiendo de él, pudo aprobar o denegar el acuerdo, o ajustarlo

22 La propia Superintendencia de Sociedades en lo referente a la medida de levantamiento del velo corporativo y la influencia del derecho estadounidense ha manifestado: “Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso. Esta medida judicial ha encontrado su máxima expresión en la jurisprudencia estadounidense, en la que, por vía de un amplio acervo de antecedentes, se han establecido algunos presupuestos para determinar si debe imponerse la aludida sanción”. Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) v. Mónica Colombia SAS. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2013): 21.

23 Jensen y Meckling, “Theory of the Firm”, 9.

24 Así lo ha descrito Oh, “Veil-Piercing”, 87. En igual sentido, como se observa en textos de W. Douglas y Carrol M. Shanks, en el año 1929 ya se estaba teniendo la discusión sobre el tipo de acreedor societario y su trato diferenciado. William Douglas y Carrol Shanks, “Insulation from Liability through Subsidiary Corporations”. *Yale Law Journal* 39, (1929).

mediante el pacto de garantías o condiciones que respondan al nivel de riesgo apreciado por el acreedor. Si es así, el acreedor será voluntario, mientras que, si no tuvo dicha posibilidad, el acreedor será involuntario<sup>25</sup>.

De la anterior definición, con facilidad se puede extraer, aunque no siempre sea así, que los acreedores voluntarios son aquellos que su crédito se deriva de un contrato o acuerdo de voluntades, mientras que serán involuntarios aquellos que deriven de la responsabilidad civil extracontractual<sup>26</sup>.

## 2. Relación de la limitación de responsabilidad con el tipo de acreedor social

De acuerdo con lo expresado en líneas previas, el beneficio de la limitación de responsabilidad prohíbe a los acreedores sociales perseguir los bienes personales de los accionistas para satisfacer sus acreencias<sup>27</sup>. En este sentido, los derechos de los acreedores sociales encuentran una barrera directamente derivada de este beneficio, lo que conlleva a que el abuso de dicha prerrogativa pueda afectar sus intereses y patrimonio. A continuación, se estudia la relación de la limitación de la responsabilidad de cara a cada uno de los tipos de crédito:

### 2.1. Crédito voluntario

El referido beneficio ha sido pacífica y unánimemente reconocido en la doctrina como uno de los más importantes del derecho societario frente a los acreedores voluntarios de la sociedad<sup>28</sup>. En este orden de ideas, son pocas las críticas y cuestionamientos que surgen por una posible desprotección de este tipo de

25 En inglés suele hablarse, por eso, de *adjusting creditors* (voluntarios) por oposición a los *non-adjusting creditors* (involuntarios), en la medida en que los primeros pueden moldear los contornos de la relación crediticia en la que participan—si es que deciden participar en ella—mientras que los segundos no. Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”, 1921.

26 Esto no es siempre así. A este respecto, debe tenerse en cuenta que hay casos en los que, a pesar de ser contractuales, pueden ser acreedores involuntarios. Por ejemplo, los trabajadores de la sociedad se han considerado como acreedores involuntarios frente a las obligaciones laborales debido a que no tienen poder de ajustar sus créditos ni solicitar garantías para el cumplimiento de sus acreencias. Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”, 1921.

27 Ver capítulo I numeral 1.1. de este escrito.

28 Armour *et al.*, “Anatomy of Corporate Law”, 9.



acreedores. Ello se da debido a las características propias del crédito voluntario, dentro de las que se resaltan, entre otras, las siguientes:

- a. El acreedor social puede evaluar anticipadamente el riesgo: el acreedor voluntario conoce o puede conocer las condiciones del futuro deudor, así como las del crédito naciente, motivo por el cual podrá aceptarlo, rechazarlo o ajustar sus términos. De conformidad con Henry Hansmann y Reinier Kraakman, el rasgo que determina a un acreedor como voluntario es la capacidad de haber tenido conocimiento sustancial del riesgo al momento de contratar para, a partir de ese conocimiento, determinar si entabla la relación crediticia en esos términos o no<sup>29</sup>.
- b. El acreedor social puede valorar y lucrarse del riesgo en exceso que asume: Así como el acreedor voluntario puede evaluar el riesgo de crédito, también fijará el precio de la deuda según el riesgo al que se vea enfrentado. En esta medida, existirá un lucro mayor entre mayor sea el riesgo de la deuda. De conformidad con lo señalado por Fischel y Easterbrook, “los acreedores contractuales, en otras palabras, son compensados *ex ante* por el mayor riesgo incrementado *ex post*”<sup>30</sup>.
- c. El acreedor social puede negociar acuerdos contractuales que disminuyan el riesgo: El acreedor voluntario, en la fase de negociación de su crédito con la compañía, puede acordar *ex ante* distintos tipos de cláusulas o *covenants* en aras de evitar verse perjudicado por la limitación de la responsabilidad. A modo de ejemplo, los contratantes pueden acordar *covenants* positivos como lo son las promesas de realizar alguna labor como el envío de reportes periódicos de información de la compañía o *covenants* negativos que son todos aquellos dirigidos a la protección del prestamista frente a dilución de activos, sustitución de activos o dilución de la deuda<sup>31</sup>.
- d. El acreedor social puede solicitar garantías sobre bienes personales de los accionistas lo que disminuye el impacto de la limitación de responsabilidad. A este respecto, el acreedor contractual puede solicitar la garantía sobre alguno de los bienes personales de los accionistas

29 Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”, 1921.

30 Easterbrook y Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, 112.

31 William Bratton, “Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process”. *European Business Organization Law Review* 7 (2006): 9.

(sobre todo en escenarios de sociedades cerradas con controlantes claros), pudiendo de esta forma cobrarse su deuda con estos en caso de incumplimiento<sup>32</sup>.

- e. El acreedor social cuenta con información acerca de la compañía y puede examinar su situación real: los acreedores voluntarios<sup>33</sup> tienen la posibilidad de monitorear la situación de riesgo de la compañía, contando así de forma previa y durante la existencia de su crédito, con acceso a información relevante de la sociedad<sup>34</sup>.

Debido a las anteriores características del crédito, el acreedor voluntario cuenta con herramientas, bien sea para protegerse ante el riesgo excesivo del deudor, para lucrarse de dicho riesgo aumentando los precios del crédito o para negarse a contratar en las condiciones en que no le favorezcan, motivo por el cual la limitación de responsabilidad no representa un obstáculo ni genera ineficiencias en su relación con la sociedad.

## 2.2. Crédito involuntario

Los acreedores involuntarios, por el contrario, no cuentan con ninguna de las prerrogativas anteriormente enunciadas para acreedores voluntarios. En efecto, al ser acreedores, en su mayoría, derivados de la responsabilidad civil extracontractual, (i) no pueden elegir a su deudor, (ii) no pueden evaluar *ex ante* el riesgo de su crédito<sup>35</sup> (iii) no pueden extraer valor del riesgo adicional de incumplimiento<sup>36</sup> (iv) ciertamente no pueden negociar acuerdos o *covenants* de forma previa al accidente y (v) no pueden solicitar garantías para satisfacer su obligación, motivos por los cuales se encuentran sometidos a la relación y al deudor que les corresponda<sup>37</sup>.

A diferencia de lo manifestado para los acreedores voluntarios, una parte de la doctrina especializada, dentro de los que se encuentran los reconocidos autores

32 Robert Rhee, “Bonding Limited Liability”. *William & Mary Law Review* 51, (2010): 1425.

33 Comúnmente en compañías cerradas.

34 David Leebron, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”. *Columbia Law Review* 91. n.º 7 (1991): 1644.

35 Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”, 1921.

36 Easterbrook y Fischel, “Limited Liability and the Corporation”, 112.

37 Rhee, “Bonding Limited Liability”, 1425.

Hansmann y Kraakman<sup>38</sup>, señala que la limitación de la responsabilidad como prerrogativa de las sociedades crea incentivos para desarrollar distintas clases de conductas ineficientes y oportunistas de cara a los acreedores involuntarios<sup>39</sup>. Dentro de los motivos por los cuales parte de la doctrina cuestiona de manera frontal la utilidad de la limitación de responsabilidad en daños de responsabilidad civil extracontractual, se encuentran, entre otros, los siguientes:

- a. Externaliza los costos del riesgo generado: Debido a la limitación de la responsabilidad en acreedores involuntarios, las sociedades pueden asumir riesgos altos debido a que son conscientes de que, en el peor escenario, eleven o no el riesgo, la pérdida máxima que sufrirían sería el equivalente a su inversión de capital. Es por esto que, según la doctrina, la sociedad externaliza los costos sociales propios de los riesgos generados por su actividad y los transfiere a las víctimas de la responsabilidad civil extracontractual<sup>40</sup>. Las posibles consecuencias negativas de la asunción de riesgos deberían recaer en cabeza de la sociedad o de quien toma las decisiones por ella y no en cabeza de quien no tiene opción alguna de interferir en la compañía.
- b. Desincentiva los gastos en la protección para evitar accidentes: De igual forma, la limitación de responsabilidad conlleva a que las sociedades inviertan poco en la prevención de accidentes generados por su actividad<sup>41</sup>. Ello se da debido a que, sin importar si el gasto es alto o bajo en evitar accidentes, en caso de ellos ocurrir, no importa la magnitud o frecuencia, sólo podrán verse afectados los bienes sociales.
- c. Incentiva la toma de riesgos excesivos en el desarrollo de la actividad empresarial. La responsabilidad limitada crea un riesgo moral de incremento excesivo de riesgos<sup>42</sup>. Debido a que la generación de riesgos puede generar ingresos mayores a la compañía, los accionistas pueden estar más inclinados a generar riesgos excesivos con la actividad empresarial pues sus activos personales no se verán afectados por reclamaciones de quienes sufran las consecuencias de los referidos riesgos.

38 Además de los referidos autores, también pueden verse (i) Leebron, "Limited Liability, Tort Victims"; (ii) Oh, "Veil-Piercing"; (iii) Nina Mendelson, "A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts". *Columbia Law Review* 102, n.º 5 (2002).

39 Hansmann y Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability", 1920.

40 Armour *et al.*, "Anatomy of Corporate Law", 115-116.

41 Hansmann y Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability", 1882.

42 Mendelson, "A Control-Based Approach", 1206.

- d. Permite a los accionistas unilateralmente elegir qué cantidad de bienes o activos se destinarán a indemnizar a las víctimas de daños extracontractuales. Así, la responsabilidad limitada en los daños extracontractuales permite a los propietarios de la sociedad elegir unilateralmente qué cantidad de sus bienes o de sus propiedades serían expuestos a potenciales reclamos de responsabilidad civil extracontractual, lo que invita a ineficiencias y oportunismo<sup>43</sup>.
- e. Cuando los acreedores son involuntarios, el riesgo no es internalizado por ninguno de los agentes: La limitación de la responsabilidad permite a la sociedad limitar su riesgo. Por ende, si la eventual pérdida supera el capital de la empresa, en caso de acreedores contractuales, al aceptar un mayor riesgo exigirán mayor contraprestación por su contrato (están evaluando y usando como factor de contabilización el riesgo adicional que no puede sufragar la sociedad). Por el contrario, con acreedores involuntarios, en caso en que la pérdida de la sociedad sea mayor al capital de la misma, la pérdida en exceso no es objeto de evaluación por ningún agente (los acreedores involuntarios no evalúan el riesgo pues no lo conocen ex ante y no pueden beneficiarse de él) motivo por el cual ese riesgo en exceso desaparece como un elemento en las evaluaciones de inversión de la empresa<sup>44</sup>.
- f. No permite reflejar el precio real de las acciones: Relacionado con el literal anterior, la externalización de los costos a los acreedores involuntarios no permite reflejar en el precio de las acciones de capital de la sociedad, el rendimiento y evaluación de los costos reales de la compañía puesto que no se internaliza el riesgo mayor al capital de la sociedad<sup>45</sup>.

En este sentido, la funcionalidad e importancia de la limitación de responsabilidad en el escenario de acreedores involuntarios es, al menos, cuestionable, debido a que puede generar actuaciones oportunistas de los propietarios de la compañía en contraposición de los intereses de este tipo de acreedores. Según se ha manifestado, los acreedores involuntarios no tienen oportunidad de diseñar

43 Hansmann y Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability", 1920.

44 Leebron, "Limited Liability, Tort Victims", 1584.

45 Barak Atiram, "Market Dynamics in Corporate Tort Externalization: The Hidden Assumption of Corporate Social Efficiency". *University of Detroit Mercy Law Review*. (2009): 350.

estrategias *ex ante* para protegerse de posibles diluciones de activos, sustituciones de activos o diluciones de pasivos<sup>46</sup>.

Para finalizar, la limitación de responsabilidad frente a este tipo de acreedores puede generar expresiones del problema de agencia suscitado, las cuales, aunque que no sean fraudulentas y sean legales, se valen de la limitación de responsabilidad en detrimento de los acreedores derivados de la responsabilidad civil extracontractual. A modo de ejemplo, la infracapitalización puede manifestarse como la más importante de las expresiones, la cual hace referencia al inadecuado nivel de activos de una sociedad, según la actividad a la que se dedique, tanto desde su constitución, así como mientras se desarrolla el objeto social y hasta que se realiza la reclamación de responsabilidad extracontractual<sup>47</sup>.

Es claro que la infracapitalización es un fenómeno que afecta directamente a los acreedores involuntarios mucho más que a los voluntarios, por cuanto los segundos conocen y aceptan desde antes del nacimiento de su crédito que se enfrentan a los efectos de la limitación de responsabilidad<sup>48</sup>. Por su parte, los acreedores involuntarios no aceptan previa y voluntariamente la aplicación de dicha prerrogativa. De hecho, para algunos autores el punto de debate para acreedores involuntarios debe centrarse en la infracapitalización, ello debido a que los criterios tradicionales de fraude o engaño resultan de poca utilidad en el contexto de acreedores involuntarios<sup>49</sup>.

### III. Posibles soluciones de los acreedores involuntarios frente a los abusos de la limitación de responsabilidad

Examinada la diferencia entre los acreedores voluntarios con respecto a la de los acreedores involuntarios y algunas de las ineficiencias que la limitación de

46 Manifestaciones más relevantes del problema de agencia entre accionistas y terceros (*stakeholders*) según se describió en el Capítulo I de este escrito.

47 Harvey Gelb, “Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor”. *Chicago-Kent Law Review* 59, n.º 1 (1982): 3. Por su parte, Hansmann y Kraakman proponen otro ejemplo de abuso sin fraude de la limitación de responsabilidad en el escenario de liquidación de una sociedad por decisión de sus accionistas, quienes para ese momento conocen que un riesgo se materializará hasta en un futuro. Ver Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”. Así, al momento en que se materialice el riesgo y se produzcan los daños extracontractuales, la víctima no podrá perseguir los bienes personales de los accionistas, debido a la limitación de la responsabilidad.

48 Franklin A. Gevurtz, “Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil”. *Oregon Law Review* 76, (1997): 887.

49 Michael Douglas, “To Know A Veil”. *The Journal of Corporation Law* 26, n.º 1 (2000): 49.

responsabilidad genera para los segundos, a continuación se estudiará, en primer lugar, el trato que se le ha brindado a esta problemática en Estados Unidos para, posteriormente, enfatizar en la situación actual de los acreedores involuntarios en Colombia y así abrir paso a una discusión que se torna necesaria en nuestro país.

## 1. Situación de los acreedores involuntarios en Estados Unidos

### 1.1. Generalidades del levantamiento del velo corporativo

Según ha quedado suficientemente manifestado, los acreedores involuntarios no cuentan con mecanismos negociales de protección *ex ante* para mitigar el riesgo de una posible insolvencia o abuso del beneficio de la limitación de responsabilidad por parte de su deudor<sup>50</sup>, así como tampoco pueden elegirlo. Así las cosas, los referidos acreedores solo cuentan con mecanismos *ex post* de protección, específicamente con medidas de carácter judicial.

La principal herramienta societaria *ex post* en Estados Unidos para combatir el problema de agencia entre la sociedad con los acreedores (tanto voluntarios como involuntarios) es el denominado levantamiento del velo corporativo (*piercing the corporate veil*). La mencionada figura es un remedio judicial de equidad (*equity*)<sup>51</sup> que permite a los acreedores cobrar su derecho directamente de los accionistas de una sociedad que, de no ser por esta medida, habrían gozado del beneficio de la limitación de responsabilidad<sup>52</sup>.

El levantamiento del velo corporativo es un remedio judicial de gran relevancia en Estados Unidos. De hecho, estudios realizados en los 90s la identificaban como el asunto de derecho societario más litigado en dicho país<sup>53</sup>, el cual cuenta con un amplio y marcado desarrollo. Muestra de ello es que dicha expresión

50 I.e. *covenants* o los pactos de garantías de algún tipo que respalden su acreencia

51 Por *equity* o *equitable remedy* se entiende el poder de hacer justicia en casos particulares por medio de la discreción judicial para así mitigar la rigidez de las normas jurídicas. Christopher Peterson, "Piercing the Corporate Veil by Tort Creditors". *Journal of Business & Technology Law* 13, n.º 1 (2017): 71.

52 Dante Figueroa, "Comparative Aspects of Piercing the Corporate Veil in the United States and Latin America". *Duquesne Law Review* 50, n.º 4 (2012): 686.

53 Robert Thompson, "The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities". *Wake Forest Law Review* 32, n.º 1 (1997): 7.

(*piercing the corporate veil*) puede ser rastreada hasta 1839<sup>54</sup>. A pesar de ello, debido al gran margen de discreción con el que cuentan los jueces y a la impredecibilidad de sus decisiones, es una figura difícil de comprender y que no escapa a un sinnúmero de críticas.<sup>55</sup>

En Estados Unidos la figura del levantamiento del velo corporativo es una doctrina de Estado más que una figura federal. Sin embargo, de conformidad con lo manifestado por Dante Figueroa, los pilares iniciales para el posterior desarrollo del levantamiento del velo corporativo a nivel de estados individuales comenzaron gracias a la decisión de *Simmons Creek Coal Co. v. Doran*, en la que la Corte Suprema de Justicia sostuvo que los errores en la compra de una propiedad por parte de una compañía de los que tuvieron conocimiento los fundadores de la compañía vinculan tanto a la compañía como a sus fundadores<sup>56</sup>. Así fue que, posteriormente, en 1905, la Corte del Circuito para la División Oriental de Wisconsin<sup>57</sup> expresó la primera regla general para el levantamiento del velo corporativo en el caso de *United States v. Milwaukee Refrigerator Transit Co.* en el que sostuvo que la regla general era que la compañía constituía una entidad legal independiente salvo casos en que una razón de suficiente peso justificara lo contrario. Posteriormente, el mismo fallo sentó las bases del levantamiento del velo corporativo en los siguientes términos: “cuando la noción de entidad legal es usada para defraudar el interés general, justificar el error, proteger el fraude o defender el crimen, la ley tratará a la compañía como una asociación de personas”<sup>58</sup>.

Así inició el desarrollo de esta figura, el cual, para hoy día, es bastante robusto en cada uno de los distintos estados en los que se han implementado estándares que permitan bien sea levantar el velo corporativo o, por el contrario, dar prioridad al beneficio de la limitación de la responsabilidad. A pesar de la variedad de test que existen en el territorio norteamericano para levantar el velo corporativo, generalmente en la mayoría de ellos se evalúan dos elementos principales (cuyas nominaciones y contenido varían): (i) pretermisión de formalidades<sup>59</sup> y

54 Figueroa, “Comparative Aspects of Piercing”, 686.

55 Stephen Bainbridge y M. Todd Henderson, *Limited Liability: A Legal and Economic Analysis* (Northampton Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016), 279.

56 Figueroa, “Comparative Aspects of Piercing”, 713; US Supreme Court, *Simmons Creek Coal Co. v. Doran* (U.S., 1982): 417.

57 *Circuit Court for the Eastern Division of Wisconsin*.

58 Cita tomada de Figueroa, “Comparative Aspects of Piercing”, 713, quien tomó la cita directamente del caso citado. La traducción es libre del autor de este escrito y no oficial.

59 *Formalities*.

(ii) ausencia de rectitud.<sup>60</sup> El primero de los requisitos, también llamado alter ego, unidad de intereses, o de control, infracapitalización, entre otros, lo que busca es determinar que la propiedad y los intereses de la sociedad son exactamente los mismos de los accionistas, lo que implica que no existe diferenciación en la realidad entre la entidad legal y sus propietarios. Por su parte, el segundo requisito requiere demostrar la existencia, bien sea de fraude, abuso, ilegalidad, injusticia, inequidad, o de cualquier otro comportamiento incorrecto<sup>61</sup>.

## 1.2. Levantamiento del velo corporativo frente a acreedores involuntarios

Entendidas las generalidades del levantamiento del velo corporativo, conviene adentrarse en la diferenciación que ha tenido dicha figura para acreedores voluntarios frente a los acreedores involuntarios. Esta medida judicial pretende salvaguardar tanto a los acreedores voluntarios como a los acreedores involuntarios de abusos de la limitación de la responsabilidad por parte de los accionistas de la sociedad deudora. Si bien ello es cierto, los protagonistas de esta figura han sido tradicionalmente los acreedores voluntarios o contractuales. Ejemplo de ello da cuenta el artículo de Thompson en 1991 donde, a través de un análisis empírico, concluyó que para la fecha existían 1005 casos de levantamiento de velo corporativo de los cuales 779 correspondían a acreedores contractuales, al paso que solo 226 involucraban acreedores de responsabilidad extracontractual<sup>62</sup>.

Ahora bien, se ha indicado que, a pesar de los avances y discusiones doctrinales que proponían lo contrario, en Estados Unidos es superior en términos porcentuales el levantamiento del velo corporativo en escenarios de acreedores voluntarios que en escenarios de acreedores involuntarios<sup>63</sup>. Por su parte hay estudios empíricos que, utilizando métodos de análisis distintos han llegado a la conclusión opuesta, esto es que se levanta con mayor facilidad el velo corporativo en escenarios de acreedores involuntarios que en escenarios de acreedores voluntarios<sup>64</sup>.

60 *Fairness*.

61 Peterson, "Piercing the Corporate Veil", 71.

62 Robert Thompson, "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study". *Cornell Law Review* 76, (1991): 1058.

63 Lo anterior se ha sustentado precisamente en el mismo artículo de Thompson en el que se indica que para ese momento el porcentaje de casos de éxito que obligaban a levantar el velo societario era de 41,98% para los acreedores contractuales y de 30,97% para los acreedores de responsabilidad civil extracontractual. Ver Thompson, "Piercing the Corporate Veil", 1058.

64 Oh, "Veil-Piercing", 89.



A pesar de lo anterior, lo cierto es que en las cortes estadounidenses cada vez más tienen en cuenta la calidad de acreedor voluntario o de acreedor involuntario de los reclamantes. Al hacer consciente esta diferenciación, a pesar de seguir aplicando los mismos test a todo tipo de acreedores, se atiende a la calidad de cada uno de los créditos reclamados, lo que deriva en una flexibilidad mucho mayor para casos de acreedores involuntarios, pues los acreedores voluntarios aceptaron *ex ante* entrar en negocio con sus deudores y desde antes conocían que sufrirían las consecuencias de la responsabilidad limitada<sup>65</sup>.

A este respecto, puede tenerse en cuenta a modo de ejemplo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de Dakota del Norte<sup>66</sup> en el caso de *Axtmann v. Chillemi* en el que señaló, entre otras cosas:

“Esta Corte ha reconocido también que la actitud hacia la perforación del velo corporativo es más flexible en responsabilidad extracontractual que en contratos, porque el acreedor tiene un elemento de elección inherente en la relación voluntaria contractual mientras que el caso ordinario de responsabilidad extracontractual obliga a la relación deudor-acreedor sobre el acreedor por la ocurrencia de un daño inesperado”<sup>67</sup>.

Posteriormente, la misma Corte, en referencia a la infracapitalización de las sociedades, señaló que se convierte en un factor de más relevancia en caso de acreedores involuntarios puesto que no tienen forma de defenderse de ella lo que convertiría en una externalización de riesgos de la sociedad al público en general. Adicionalmente, como muestra de la flexibilización en el análisis, se utiliza el factor de infracapitalización, que en principio correspondería al test de alter ego o de unidad de intereses, también como parte del segundo test, esto es como injusticia:

“En casos de agravio, la falta de capitalización es particularmente significativa e implica una consideración de política adicional de si las personas pueden transferir un riesgo de pérdida al público en nombre de una compañía que se financia marginalmente. Jablonsky, 377 N.W.2d en 565-66 n. 1. Como reconocimos en Jablonsky, en 567, la esencia del requisito de justicia es que un individuo no puede

65 Peterson, “Piercing the Corporate Veil”, 81.

66 *The North Dakota Supreme Court*.

67 Cita tomada de *The North Dakota Supreme Court, Thomas P. Axtmann and Arel E. Axtmann, Plaintiffs and Appellees v. Geri Chillemi y otros* N° 20070006 (North Dakota, E.E.U.U., 2007): 845. Traducción libre del autor de este escrito.

escondese de las consecuencias normales del emprendimiento al hacerlo a través de un escudo societario”<sup>68</sup>.

Iguals ejemplos pueden encontrarse en el artículo intitulado “*La perforación del velo corporativo por acreedores de responsabilidad civil*” escrito por Christopher W. Peterson, en el que concluye que las cortes estadounidenses hoy en día, casi unánimemente, reconocen de forma expresa mayor flexibilidad y menor rigidez en la aplicación de las dos partes de los test a los acreedores involuntarios<sup>69</sup>.

En este orden de ideas, es claro que, a nivel jurisprudencial en Estados Unidos, se brinda una protección adicional a los acreedores involuntarios quienes, debido a las características propias de su crédito, se encuentran en una posición de indefensión frente a posibles abusos de la limitación de responsabilidad.

### **1.3. Avances doctrinales relacionados con los acreedores involuntarios frente a la limitación de responsabilidad**

En adición a la aplicación jurisprudencial estadounidense frente a los acreedores involuntarios, según se acotó en capítulos anteriores, la doctrina especializada de dicho país ha tratado estos temas desde la misma concepción del término de levantamiento del velo corporativo. Esto conlleva a que la discusión doctrinal hoy en día sea avanzada, que existan distintos tipos de posturas, argumentos económicos, sociales, hasta políticos, tanto en defensa de la limitación de responsabilidad absoluta para todo tipo de acreedores, como en defensa de la abolición de la responsabilidad limitada para casos de acreedores involuntarios.

De estas álgidas discusiones doctrinales se destaca con total facilidad, el reconocimiento de la posición de los acreedores involuntarios de cara a la prerrogativa de la limitación de responsabilidad<sup>70</sup>. Para la protección de estos acreedores, los autores han ido más allá de la simple figura del levantamiento del velo corporativo y han sugerido lo que para cada uno de ellos puede ser la solución óptima a la problemática. A continuación, se plasmarán de forma breve algunas propuestas relevantes en materia doctrinal para la protección de los acreedores involuntarios frente a la limitación de la responsabilidad, así como sus principales

68 *Ibid.*, 847. Traducción libre del autor de este escrito.

69 Peterson, “Piercing the Corporate Veil”, 82-83.

70 Ver en el capítulo II de este escrito las características de este tipo de crédito.

cuestionamientos. Se aclara que no se pretende realizar un análisis exhaustivo de cada una de las propuestas planteadas por los autores estadounidenses pues ello escapa al objeto de este artículo.

- a. Responsabilidad ilimitada de los accionistas a prorrata de su participación: Ciertamente esta ha sido una de las propuestas más discutidas. En desacuerdo con los argumentos tradicionales en favor de la responsabilidad limitada en casos de responsabilidad civil extracontractual, Henry Hansmann y Reinier Kraakman plantearon la opción de responsabilidad ilimitada de los accionistas en casos de reclamación de acreedores involuntarios, de forma que los accionistas responderán con su patrimonio según el porcentaje accionario con el que cuenten<sup>71</sup>.

Contra esta propuesta, surgen distintos cuestionamientos o interrogantes. A este respecto, partiendo de que los dos factores principales a tener en cuenta por los inversionistas son el retorno y el riesgo, el cambio de régimen de responsabilidad limitada a uno de responsabilidad ilimitada eleva ampliamente el segundo factor (riesgo). La situación descrita podría generar entonces un desincentivo de la inversión, así como el cambio de rentabilidad de inversiones que bajo un régimen de responsabilidad limitada eran rentables, y con el cambio a un régimen de responsabilidad ilimitada ya no lo sean y, por ende, se abandonen<sup>72</sup>.

Adicional a ello, además de la rentabilidad, una medida de estas tendría un impacto en la inversión por cuanto gran cantidad de inversionistas no tienen incidencia ni participación en los niveles de riesgo empresariales y, a pesar de no tener poder o control para modificar dichos riesgos, su patrimonio podría ser perseguido por víctimas de responsabilidad civil extracontractual.

Autores en favor de la responsabilidad ilimitada han cuestionado también el factor de distribución a prorrata de la participación accionaria. Lo anterior se debe a que, bajo este tipo de regímenes, los acreedores de responsabilidad civil extracontractual asumirían altos costos, puesto que necesitarían demandar a la totalidad de accionistas de la sociedad si desean reclamar la totalidad de su acreencia, así la participación de los

71 Hansmann y Kraakman, "Toward Unlimited Shareholder Liability", 1881-1909.

72 Leebron, "Limited Liability, Tort Victims", 1573.

accionistas sea ínfima. Esto se vería agravado en sociedades abiertas o con gran cantidad de inversionistas, lo que en últimas podría conllevar a la renuncia de los acreedores involuntarios de perseguir alguna parte o la totalidad de los valores que se les adeuda, llevando nuevamente a la asunción por parte de estos acreedores de los riesgos empresariales o parte de ellos<sup>73</sup>.

- b. Prioridad de los acreedores de responsabilidad civil extracontractual en casos de insolvencia: En los escenarios en los que acreedores privilegiados por una garantía tienen prioridad al momento de bancarrota de la sociedad deudora sobre los acreedores de responsabilidad civil extracontractual, ello refuerza y motiva la externalización de costos propios de la sociedad a ponerlos en cabeza del público en general. Así las cosas, la propuesta consiste en asignar prioridad a los acreedores de responsabilidad civil extracontractual sobre los prestamistas, lo que generaría que las empresas no se apalancaran totalmente (y así invertir menos en capital y financiarse únicamente con deuda) puesto que ello generaría mayores costos en el financiamiento mediante créditos<sup>74</sup>.

Esta medida podría en principio no ser tan gravosa como sí lo implicaría una medida de responsabilidad ilimitada. En todo caso debe tenerse en cuenta que al ser implementada mediante una regla *ex ante* (norma que cambie el orden de prelación en casos de insolvencia), cuenta con las dificultades propias de este tipo de estrategias, como lo son: (i) la rigidez de las medidas, (ii) la posibilidad de evadir su cumplimiento de forma premeditada y (iii) la asunción de costos por actores que su comportamiento esté ajustado a la buena fe<sup>75</sup>. A modo de ejemplo, al subordinar los acreedores contractuales a los involuntarios, el costo de la deuda podría incrementarse en la medida en que un prestamista debería, además de realizar los estudios normales de su posible deudor, examinar los riesgos de responsabilidad civil extracontractual que genera la actividad de la compañía y su capacidad para cubrirlos. Esto generaría un aumento lógico en el costo de la deuda, tanto por el riesgo adicional como por los trámites de dicho estudio, lo que debe ser

73 Mendelson, "A Control-Based Approach", 1284.

74 Ibid., 1649-1650.

75 Gilson y Schwartz, "Constraints on Private Benefits of Control".

asumido incluso por compañías que no tengan como propósito la externalización de sus costos a acreedores involuntarios.

Por su parte, con esta propuesta, en todo caso la protección a los acreedores involuntarios sería insuficiente en la medida en que aún quedarían expuestos a los riesgos de actuaciones oportunistas de los accionistas como puede serlo la infracapitalización societaria, puesto que, si bien, adquieren una mejor posición en el procedimiento de insolvencia, seguirían atados a los bienes sociales a raíz de la limitación de la responsabilidad.

- c. El problema no debe ser tratado mediante el levantamiento del velo corporativo sino por la legislación general: Una de las corrientes que propugna por la abolición del levantamiento del velo corporativo, fundamentado principalmente en la discrecionalidad excesiva con la que cuentan los jueces, propone que estos temas deben ser desarrollados por la legislación de interés público y no por decisiones de jueces que son altamente imprevisibles y discrecionales. Adicional a ello, se ha cuestionado el levantamiento del velo corporativo, debido a que los fines que esta figura persigue pueden ser alcanzados también mediante otras acciones existentes en otras áreas del derecho<sup>76</sup>.

Esta posición tampoco escapa de cuestionamientos. Si bien es claro el amplio margen de discrecionalidad de los jueces y la impredecibilidad de la figura, en todo caso el levantamiento del velo corporativo cumple fines que no cumplen otras figuras como puede ser la disuasión de actuaciones oportunistas por parte de los accionistas. Por ejemplo, en escenarios de infracapitalización o de dilución de activos, con figuras distintas al levantamiento del velo corporativo, lo máximo que puede intentar un demandante sería restablecer los mismos bienes que fueron extraídos de la sociedad. Esto generaría, sin dudas, un incentivo a los socios a llevar a cabo dichas extracciones de activos, pues, en el peor de los escenarios, el accionista simplemente se verá obligado a reintegrar los mismos bienes que diluyó (mismo escenario en el que estaría si no ejecuta dichas actuaciones oportunistas), mientras que si se levanta el velo corporativo el socio sería responsable con sus demás

76 Bainbridge y Henderson, *Limited Liability*, 289-292.

bienes personales, lo que genera un efecto disuasorio mucho mayor que las figuras paulianas distintas<sup>77</sup>. Adicional a ello, existen sociedades significativamente infracapitalizadas que, aunque posiblemente no hayan ejecutado actos fraudulentos en sí mismos, en todo caso se encontrarían en escenarios de externalización de todos sus riesgos a los acreedores involuntarios, lo que no sería protegido por las típicas figuras de fraude o engaño.

- d. Tratar el problema bajo la sanción a la infracapitalización de las sociedades: Esta propuesta encuentra dos vertientes (i) la primera de ellas es la aplicación del levantamiento del velo corporativo atendiendo al factor de la infracapitalización principalmente sin la necesidad de su relación con otros elementos o tests adicionales y (ii) el abandono del levantamiento del velo corporativo y el paso a las normas de responsabilidad civil extracontractual.

El razonamiento de esta propuesta es que el levantamiento del velo corporativo, como es aplicado por las cortes, tiene en cuenta de manera superficial temas como son la pretermisión de las formalidades (i.e. temas que en nada afectan causalmente al daño del acreedor involuntario como son que no se celebren reuniones de funcionarios o directores, que se lleven o no actas, suscriban o no acciones) siendo que ello no es un deber innato existente y deja de lado el tema realmente central que es la infracapitalización. Desde este punto de vista, los jueces deberían centrar su análisis en el factor que realmente puede causar daños al acreedor involuntario que es la infracapitalización. Con un enfoque por parte de los jueces, en la exigencia del deber de capitalizar adecuadamente las sociedades (lo que incluye los seguros dentro del capital) y la posibilidad de los accionistas responder en caso de que la capitalización no sea satisfactoria generaría, entre otras cosas, que, al momento de constituir una sociedad, los futuros accionistas se asesoren en cuanto al capital con el que deberían hacerlo para poder disfrutar del beneficio de la responsabilidad limitada<sup>78</sup>.

77 Jhonatan A. Marcantel, "Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine". *Kansas Law Review* 59, n. ° 5 (2011), 209.

78 Douglas, "To Know A Veil", 49-53.

Esta propuesta, en cualquiera de sus vertientes se enfrenta a discusiones y cuestionamientos de difícil respuesta. Frente a ello, por ejemplo, la infracapitalización como deber de conducta o como requisito único para levantar el velo corporativo debe responder a cuestiones como ¿cuál es el valor de capital adecuado de una sociedad? ¿quién lo determina? ¿el sector y tipo de actividades es realmente relevante? ¿la infracapitalización debe darse en el momento de la constitución o en qué momento debe ser evaluada? ¿quién debe ser responsable por la infracapitalización de la sociedad, si todos los accionistas, aquellos con poder de control, o cuáles específicamente? ¿esto debe hacerse frente mediante legislación<sup>79</sup> o en el curso de los procesos judiciales<sup>80</sup>?

Respecto a este punto, distintos autores coinciden en la relevancia de la infracapitalización de la sociedad como requisito, bien sea para levantar el velo corporativo, como para extender responsabilidad a los accionistas mediante cualquier otro camino distinto, específicamente en escenarios de detrimento de acreedores involuntarios. Por ello, han intentado darse variadas respuestas a los cuestionamientos anteriormente expuestos. Se destaca, a modo de ejemplo, lo señalado por Gleb, quien propuso que (i) la infracapitalización de la sociedad debe ser grave o clara<sup>81</sup> comparada con el negocio que desarrolle la sociedad; (ii) no puede entenderse como que la infracapitalización únicamente desde la concepción o constitución de la compañía, sino que es una obligación que desde allí permanece en el tiempo hacia futuro<sup>82</sup>; (iii) debe ser determinado ante un juez en el escenario del levantamiento del velo corporativo y el nivel de infracapitalización

79 Estrategias *ex ante*.

80 Estrategias *ex post*.

81 Lo que convierte un reclamo por infracapitalización en excepcional. Ello fue sustentado en lo ocurrido en el caso de *Minton v. Cavaney*. En todo caso, el cuestionamiento de qué significa infracapitalización grave, desde cuántos activos (o valor asegurado) se considera infracapitalizada una sociedad ha sido reconocido por los defensores de este punto como uno de los más complejos y difíciles de determinar.

82 Esto fundamentado en una cita del caso de *DeWitt Truck Brokers v. W. Ray Fleming Fruit Co.* Lo anterior permite entonces que la infracapitalización de una compañía naciente, con el paso del tiempo pueda ser “curada” proveyendo el nivel de activos (o seguros) necesarios para la actividad que se desarrolla o, por el contrario, una sociedad puede nacer infracapitalizada, pero con el paso del tiempo drenar dichos recursos lo que conlleva a que pueda ser objeto de levantamiento del velo corporativo. Por su parte, Marcantel ha manifestado que el único momento relevante para determinar la infracapitalización es aquel en el que la sociedad ha sido requerida legalmente a pagar una condena. Marcantel, “Because Judges Are Not Angels”, 219.

podría ser demostrado mediante testimonios de analistas financieros o estadísticos<sup>83</sup>; (iv) y por último, los responsables por la infracapitalización serán los accionistas que participen activamente en la dirección de la compañía<sup>84</sup>.

Así las cosas, si bien la infracapitalización ha sido considerada como uno de los elementos relevantes para hacer responsable a los accionistas por las deudas sociales frente a acreedores involuntarios, es claro que su aplicación práctica no escapa a grandísimas dificultades, a las cuales se ha intentado hacer frente.

- e. Régimen de responsabilidad de los accionistas basado en el control<sup>85</sup>: Esta propuesta lo que pretende es que se imponga responsabilidad a los accionistas por los daños por responsabilidad extracontractual cuando el accionista cuente con “capacidad de control” de la sociedad en virtud de su propiedad. Bajo esta regla, no se impondría responsabilidad a los accionistas minoritarios y sin capacidad de control. Ahora bien, en caso en que varias personas (naturales o jurídicas) tengan “capacidad de control” y solo una la esté ejerciendo, aquella parte pasiva que pueda ejercerlo y no lo haga será responsable indirecto o subsidiario<sup>86</sup>.

Esta última propuesta se enfrenta a críticas similares a las expuestas bajo el planteamiento de Hansmann y Kraakman, por cuanto pueden significar un desincentivo importante a la inversión. Adicional a ello, en lo relacionado a temas probatorios, demostrar la capacidad de control activa o en ejercicio generaría dificultades, puesto que no es claro frente a cuáles temas debe ser dicha actividad.

83 Para Marcantel, el patrón para demostrar si la sociedad está infracapitalizada debe demostrarse mediante “la costumbre” en la actividad o el mercado que desarrolle la compañía. Marcantel, “Because Judges Are Not Angels”, 222.

84 Esta solución, tomada del caso *Minton v. Cavaney*, atiende a dos políticas principales: (i) motiva al accionista activo a verificar si la sociedad está infracapitalizada pues es quien puede hacer algo al respecto y (ii) fomenta la inversión protegiendo a los accionistas que no participen de las decisiones y actividades de la compañía. Sin embargo, como en todos los anteriores puntos, esta propuesta no escapa de dificultades y críticas, por cuanto se generaría una nueva dificultad para determinar cuáles accionistas podrían ser activos y sobre cuáles temas han tenido participación activa.

85 *A Control-Based Shareholder Liability Regime*.

86 Mendelson, “A Control-Based Approach”, 1271-1272.



Según se pudo exponer, cada una de las anteriores propuestas ha sido secundada y criticada por otros doctrinantes, cada uno con sus diferentes estudios y argumentos. El punto para resaltar, más allá de las bondades o defectos de cada propuesta, es el nivel de detalle, de discusión y de desarrollo del tema alrededor de los acreedores involuntarios. Son pocos los doctrinantes que no reconocen la ineficiencia generada por la prerrogativa del beneficio de la responsabilidad respecto a los acreedores involuntarios, motivo por el cual surge la necesidad de crear discusiones alrededor de las posibles soluciones que disminuyan las ineficiencias existentes.

## 2. Situación de los acreedores involuntarios en Colombia: ausencia de reconocimiento expreso de la problemática

### 2.1. Generalidades de la limitación de responsabilidad y de la desestimación de la personalidad jurídica

#### 2.1.1. Definición y regulación

La desestimación de la personalidad jurídica<sup>87</sup> en Colombia es una medida judicial excepcional mediante la cual, a raíz de la utilización fraudulenta o abusiva de las formas asociativas, se puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de la limitación de responsabilidad<sup>88</sup>.

En cuanto a la regulación de esta figura en nuestro país, inicialmente se encontraron algunos artículos en normas especiales relativas a los servicios públicos domiciliarios<sup>89</sup> y a la contratación estatal<sup>90</sup>. Posteriormente, la Ley 222 de 1995

87 También se hace referencia a esta figura con las expresiones “descorrimiento del velo corporativo”, “levantamiento del velo corporativo” entre otras. La desestimación de la personalidad jurídica en Colombia podría ser asimilada a la medida judicial denominada *piercing de corporate veil* en Estados Unidos, a la cual se hizo referencia en puntos anteriores.

88 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Jaime Salamanca Ramírez v. Logística S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2013): 9.

89 Artículo 37 de la ley 142 de 1994. Ley 142 de 1994, julio 11, Diario Oficial No. 41.433

90 Ley 80 de 1993, artículo octavo, numeral 1, literal i). Ley 80 de 1993, octubre 28, Diario Oficial No. 41.094. Ver al respecto Jaime Arrubla Paucar, “El levantamiento del velo corporativo en Colombia”, en *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*, editado por Edgar Iván León Robayo, Erick Rincón Cárdenas, Yira López Castro (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010), 69.

reguló en tres artículos diferentes, distintas formas de excepciones al beneficio de limitación de responsabilidad. Así, en primer lugar, el párrafo del artículo 71 de la referida ley, dio lugar a la desestimación de la personalidad jurídica para sociedades unipersonales, cuando estas fueran utilizadas en fraude a la ley o perjuicio de terceros<sup>91</sup>. Posteriormente, en la misma norma, en los artículos 148 (párrafo) y 207 se plasmaron preceptos relacionados con la desestimación de la personalidad jurídica en el escenario de los llamados procesos concursales, normas las cuales fueron derogadas posteriormente por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006<sup>92</sup>.

Precisamente con el nacimiento de régimen de insolvencia mediante la Ley 1116 de 2006 se recogieron de alguna forma las normas relacionadas con la desestimación de la personalidad jurídica. A este respecto, el artículo 49, numeral 8, inciso segundo de la norma en mención indica que, si el juez verifica que la sociedad no llevaba la contabilidad de acuerdo con las normas para el efecto, los acreedores podrían demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes. Posteriormente, el artículo 61 de la misma norma señala que cuando la matriz o controlante haya producido con sus actos la insolvencia de la sociedad para satisfacer su interés o el de una de sus subordinadas, y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o liquidación, la matriz o controlante deberá responder en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Por último, el artículo 82 de la misma ley estudiada indica que los socios y administradores serán civilmente responsables por sus conductas dolosas o culposas en detrimento de la prenda general de acreedores y responderán por el pago del pasivo externo faltante.

Bajo este marco normativo, el cual solo cobijaba situaciones especiales, se promulgó en Colombia la Ley 1258 de 2008, mediante la cual se creó la sociedad por acciones simplificada<sup>93</sup>. El artículo primero de la referida Ley reguló expresamente el beneficio de limitación de responsabilidad para ese tipo societario, limitado únicamente por lo preceptuado en el artículo 42 de la misma norma<sup>94</sup>. A este

91 El texto de la norma es: **“PARAGRAFO.** Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”.

92 Ley 1116 de 2006, diciembre 27, Diario Oficial No. 46.494. Al igual que todo el Título II de la Ley 222 de 1995.

93 Ley 1258 de 2008, diciembre 5, Diario Oficial No. 47.194.

94 **“ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIÓN.** La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

respecto, en el referido artículo 42 reguló la figura judicial de la desestimación de la personalidad jurídica, así:

**“ARTÍCULO 42. DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.** Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

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

El citado artículo, además de indicar que la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantaría ante la Superintendencia de Sociedades, indicó las características de la desestimación de la personalidad jurídica y los requisitos que debía reunir: utilización de la sociedad (i) en fraude a la ley o (ii) en perjuicio de terceros. Si bien, esta norma en un principio era aplicable únicamente a la Sociedad por Acciones Simplificada, posteriormente fue extendida a todo tipo de sociedades, mediante lo preceptuado en el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011<sup>95</sup> y el artículo 24, numeral 5, literal d. del Código General del Proceso<sup>96</sup>.

### **2.1.2. Aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica por la Superintendencia de Sociedades.**

Expuesto el marco regulatorio actual de la desestimación de la personalidad jurídica en Colombia, corresponde analizar ahora el tratamiento y aplicación que esta figura ha tenido por parte de la Superintendencia de Sociedades. En aras de delimitar correctamente el objeto de estudio de este capítulo, debe inicialmente destacarse que la referida entidad, bajo el amparo del abuso y fraude en la utilización de las formas asociativas, ha identificado dos figuras que, aunque similares en algunos puntos, son diferentes en su fondo. A este respecto, la Superintendencia de Sociedades ha distinguido entre la desestimación de la personalidad jurídica y la inoponibilidad de la sociedad: la primera es la medida judicial destinada a derogar

---

*Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”.*

95 Ley 1450 de 2011, junio 16, Diario Oficial No. 48.102.

96 Ley 1564 de 2012, julio 12, Diario Oficial No. 48.489.

temporalmente el beneficio de la limitación de responsabilidad, por su parte la segunda de ellas se dirige a desconocer temporalmente el atributo de la personalidad jurídica independiente<sup>97</sup>.

El desarrollo jurisprudencial de la desestimación de la personalidad jurídica por parte de la Superintendencia de Sociedades es relativamente novedoso. De las providencias publicadas en la página de internet de la entidad<sup>98</sup>, bajo la jurisprudencia mercantil en desestimación de la personalidad jurídica (en la que se incluyen las decisiones relacionadas con la inoponibilidad), en sólo dos sentencias de desestima la personalidad jurídica<sup>99</sup>, en otras dos se hace inoponible la personalidad jurídica de la sociedad<sup>100</sup> y en las ocho restantes se niegan las pretensiones de la demanda.

De la lectura de las referidas decisiones, es posible identificar varios rasgos de la desestimación de la personalidad jurídica en Colombia. El primero de ellos es que esta es una medida de carácter excepcional debido a que restringe uno de los beneficios más relevantes de las sociedades de capital que es la limitación de responsabilidad.

El segundo de los rasgos, relacionado con el anterior, es que, debido a su carácter excepcional, existe una carga probatoria altísima para el demandante, ello

97 Así en sentencia del año 2019 dicha Superintendencia expuso: “Una de tales medidas consiste en la denominada desestimación de la personalidad jurídica, mediante la cual las autoridades judiciales pueden hacer extensiva a los asociados la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso. Esta sanción resulta procedente, por ejemplo, cuando se logre demostrar que se utilizó una persona jurídica societaria para defraudar los intereses de los acreedores.(...)”

*Una segunda medida de fiscalización ex post consiste en declarar inoponible la personalidad jurídica de una compañía para hacerle frente al abuso de las formas asociativas. Esta medida sería procedente cuando se utiliza a la sociedad para eximirse del cumplimiento de alguna restricción legal o para acceder a prerrogativas que le estarían vedadas a una persona natural. La inoponibilidad está prevista entonces para desconocer temporalmente el atributo de la personalidad jurídica independiente”* Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Harold Alberto Botero Hoyos y otros v. JAC La Esmeralda S.A.S.* (Bogotá D.C., Colombia, 2019): 7-8.

98 [https://www.supersociedades.gov.co/delegatura\\_mercantiles/Normatividad/Paginas/Resultados-Busqueda-Jurisprudencia-Mercantiles.aspx#Default={%22k%22:%22%22,%22r%22:\[{%22n%22:%22TemaDPM%22,%22t%22:\[%22\%22C7%82C7%82372e20446573657374696d616369c3b36e206465206c6120706572736f6e616c69646164206a7572c3ad646963612e\%22%22\],%22o%22:%22OR%22,%22k%22:false,%22m%22:\[%22\%22C7%82C7%82372e20446573657374696d616369c3b36e206465206c6120706572736f6e616c69646164206a7572c3ad646963612e\%22%22:%227.%20Desestimaci%C3%B3n%20de%20la%20personalidad%20jur%C3%ADdica.%22}\]}](https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Paginas/Resultados-Busqueda-Jurisprudencia-Mercantiles.aspx#Default={%22k%22:%22%22,%22r%22:[{%22n%22:%22TemaDPM%22,%22t%22:[%22\%22C7%82C7%82372e20446573657374696d616369c3b36e206465206c6120706572736f6e616c69646164206a7572c3ad646963612e\%22%22],%22o%22:%22OR%22,%22k%22:false,%22m%22:[%22\%22C7%82C7%82372e20446573657374696d616369c3b36e206465206c6120706572736f6e616c69646164206a7572c3ad646963612e\%22%22:%227.%20Desestimaci%C3%B3n%20de%20la%20personalidad%20jur%C3%ADdica.%22}]}) Última consulta realizada el 5 de mayo de 2020.

99 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Panavias Ingeniería & Construcciones S.A v. Agro Repuestos S.A.S. y otros.* (Bogotá D.C., Colombia, 2017).; Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – Fedepalma v. Compañía Inmobiliaria Geve S.A.S. y otros.* (Bogotá D.C., Colombia, 2019).

100 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) v. Mónica Colombia SAS. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2013); Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Harold Alberto Botero Hoyos y otros v. JAC La Esmeralda S.A.S.* (Bogotá D.C., Colombia, 2019).

justificado en la relevancia de la limitación de responsabilidad para las sociedades de capital. En lo relacionado con el primer y segundo rasgo, la Superintendencia de Sociedades ha indicado:

“Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario”<sup>101</sup>.

El tercer rasgo destacado por la Superintendencia es que solo es procedente cuando se ha empleado fraude o abuso de las formas societarias. En este sentido, ha sido clara la entidad al decir que no basta la demostración de una obligación insoluta, ni la creación de una sociedad con objeto social afín posterior a la disuelta<sup>102</sup>. De hecho, varios de los primeros procesos fallados por la Superintendencia de Sociedades en la materia, solo presentaban incumplimiento en el pago de obligaciones dinerarias como sustento de la acción, ante lo que la referida entidad desechaba las pretensiones de la demanda<sup>103</sup>. A este respecto, la referida entidad ha manifestado:

“En verdad, los elementos probatorios disponibles no dan cuenta de un claro abuso de la figura societaria. Se trata, más bien, de una disputa contractual entre el demandante y el citado accionista de Logística S.A.S., en la que la participación de esta última compañía estuvo circunscrita a intentar, en forma infructuosa, el pago de la mencionada obligación dineraria. Aunque los hechos narrados por el demandante podrían servir de justificación para adelantar un proceso ejecutivo, este Despacho debe concluir que el demandante no ha probado la existencia de

101 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Jaime Salamanca Ramírez v. Logística S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2013).

102 En iguales términos identificó esta característica Juan Pablo Fernández en su texto “Superintendencia de Sociedades y desestimación de la personalidad jurídica” Juan Pablo Fernández, “Superintendencia de sociedades y desestimación de la personalidad jurídica”. *UNA Revista de Derecho* 2, (2017): 9, <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-2-septiembre-12-de-2017/85-fernandez-j-p-superintendencia-de-sociedades-y-desestimacion-de-la-personalidad-juridica>

103 Pueden observarse casos como los siguientes: Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Jaime Salamanca Ramírez v. Logística S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2013); Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Agremil S.A.S., Anyelo Paúl Rojas Pinzón v. Agregados y Minerales del Llano S.A.S.* (Bogotá D.C., Colombia, 2013); Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Seguridad Técnica Profesional de Colombia (Setecprocol) Ltda. v. Coal Structural Engineering Civil Mechanical and Naval Company (Coepsa) S.A.S.* (Bogotá D.C., Colombia, 2013).

un abuso de la forma societaria que amerite la desestimación de la personalidad jurídica”<sup>104</sup>.

## 2.2. Desestimación de la personalidad jurídica frente a acreedores involuntarios

Entendidas las generalidades la desestimación de la personalidad jurídica, conviene revisar si existen avances referidos en cuanto a la protección de acreedores involuntarios de la limitación de responsabilidad.

Debe destacarse inicialmente que la Superintendencia de Sociedades aún no ha hecho distinción directa entre los tipos de acreedor (i.e. voluntario o involuntario) en lo referido a sus características y diferencias de cara a al éxito del proceso en las sentencias relacionadas con la desestimación de la personalidad jurídica. De hecho, en varias de las sentencias publicadas en la página de internet y revisadas para este escrito, no es posible identificar el tipo de acreedor que es el demandante que pretende levantar el velo corporativo<sup>105</sup>, y en los que es posible identificarlo no es porque expresamente se señale, sino por inferencia de los hechos del caso. Este dato no es de menor relevancia, parecería que no es importante para esta entidad identificar el tipo de acreedor que formula el reclamo, motivo por el cual desde ese simple hecho se da inicio a la desigualdad en las cargas probatorias, información y probabilidad de éxito en la que se encontraría un acreedor involuntario con uno voluntario – estos en mejor probabilidad que aquellos –, aun cuando los primeros tuvieron la oportunidad de ajustar su crédito y blindarse *ex ante* de situaciones que lo perjudicaran.

A pesar de lo anterior, en una sentencia poco conocida en materia de desestimación jurídica, proferida en el proceso iniciado por la Empresa Comunitaria Guacharacas y otro contra Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S. y otros<sup>106</sup>, en el que la

104 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Jaime Salamanca Ramírez v. Logística S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2013).

105 Pueden verse los siguientes casos: Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Granportuaria S.A. v. Cargo Logística S.A.S. y Daniel Enrique Price Anzola* (Bogotá D.C., Colombia, 2015) y Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Panavias Ingeniería & Construcciones S.A v. Agro Repuestos S.A.S. y otros*. (Bogotá D.C., Colombia, 2017).

106 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Empresa Comunitaria Guacharacas y otro v. Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2017). Sentencia que no se encuentra publicada en la página de internet de la Superintendencia de Sociedades.

demandante era acreedora voluntaria y garantizada de la demandada<sup>107</sup>, la Superintendencia de forma breve en el pie de página número 7, realizó una aproximación hacia el concepto de acreedor voluntario, indicando que, según la doctrina autorizada en derecho societario, frente a este tipo de acreedores los jueces deberían estar menos dispuestos a desestimar la personalidad jurídica por las características de su crédito. Dicha providencia señaló textualmente:

“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* 30 Ed. (2015, St. Paul, Foundation Press) 61. Frank Easterbrook y Daniel 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) 58. 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* 20 Ed. (2013, Bogotá, Legis) 92. (...)”<sup>108</sup>

El pie de página citado en líneas anteriores merece ser destacado pues como se verá, es el mayor acercamiento a una diferenciación de acreedores sociales. Si bien es cierto que no ofrece referencia a los acreedores involuntarios, este pronunciamiento puede ser el inicio para una necesaria evolución para la protección judicial de estos acreedores. En todo caso, este pudo haber sido un espacio en el que la Superintendencia ampliara dicha distinción, además teniendo en cuenta que el demandante, en el caso referido, era un acreedor voluntario que ejerció varias de

107 La Empresa Comunitaria Guacharacas, demandante en el proceso, en representación de los copropietarios de un bien inmueble rural en el Municipio de Beltrán Cundinamarca, suscribió con Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S., sociedad demandada, un contrato de compraventa por el 86,05% del bien inmueble mencionado, en el que además obtuvo una hipoteca y dos pagarés para garantizar su crédito. En vista del incumplimiento en el pago del precio del inmueble y de la iniciación de otros procesos tanto ejecutivos como de insolvencia, la parte actora solicitó a la Superintendencia de Sociedades la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad demandada.

108 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Empresa Comunitaria Guacharacas y otro v. Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2017): 5.



las posibilidades negociales con las que no cuenta un acreedor involuntario como fue la negociación del crédito, aceptación del deudor de su crédito, pacto de garantía de su crédito como fue la hipoteca sobre el inmueble, pacto de *covenants*<sup>109</sup> y solicitud de información del deudor previo a dar inicio al crédito<sup>110</sup>, entre otras<sup>111</sup>.

Ahora bien, el anterior no es el único caso en el que la Superintendencia mencionada ha dejado pasar valiosas oportunidades para hacer distinción frente a los tipos de acreedores. Otro de los casos a resaltar es el caso de Caracol Televisión S.A. v. Affinity Network S.A.S. y Héctor Fajardo, en el que la sociedad demandada debía a la actora un valor de aproximadamente \$294.500.506 por concepto de pautas publicitarias. En este caso, la parte demandante afirmaba que se había desmejorado la prenda general de los acreedores debido a que, de forma posterior a dicha deuda, Affinity Network S.A.S. constituyó un fideicomiso civil sobre un bien inmueble y un vehículo de su propiedad, cuyas instrucciones al fondo administrador fueron la venta de los activos referidos. Efectivamente la venta de los activos se consumó y, a pesar de las súplicas de los demandantes, la Superintendencia afirmó que dicha venta no era un acto defraudatorio debido a que, si bien salieron activos del patrimonio de la referida sociedad, a su vez ingresó dinero equivalente al precio de estos. Por su parte, el segundo punto estudiado en la sentencia se refiere a la destinación del dinero que ingresó por la venta de los bienes mencionados, en el que se logró demostrar se pagaron deudas laborales elevadas que tenía dicha sociedad. Por último, existió una decisión posterior de la asamblea general de accionistas de Affinity Network S.A.S. en la que se aprobó el pago en favor de Héctor Fajardo Fajardo (accionista mayoritario con el control del 81% de acciones) de unos dividendos que la misma sociedad le adeudaba, los cuales se realizaron mediante dación en pago con inmuebles (lo que generó la imposibilidad del pago de la deuda a Caracol Televisión S.A.). Frente a este último pago, a pesar de que podría pensarse que existe un detrimento real de la prenda general de acreedores, la Superintendencia manifestó que no existió tal por cuanto Caracol Televisión S.A., al momento de celebrar el contrato de pauta publicitaria con Affinity Network S.A.S.,

109 En la cláusula cuarta del contrato bajo la que se indicó que *“los vendedores han aceptado otorgar escritura del inmueble al comprador, para que este pueda otorgar hipoteca sobre el mismo, con una entidad bancaria [...] con el único propósito de cancelar el saldo [...] con el producto de este crédito”* (Negritas fuera del texto)

110 En el pie de página 7 de la referida sentencia se indicó lo siguiente: *“Incluso, el apoderado de la Empresa Comunitaria Guacharacas reconoció que, al momento de suscribir el contrato de compra-venta, los representantes de la compradora ‘entregaron una copia de un balance general y estado de pérdidas y ganancias con corte a 31 de mayo de 2009, firmado por contador público (...)’*

111 Ver prerrogativas de los acreedores voluntarios en el Capítulo II numeral 1.2. de este escrito.



tuvo oportunidad de darse cuenta de que la deuda con el accionista mayoritario existía. La referida sentencia en palabras textuales manifestó:

“Incluso, este Despacho pudo determinar que el pasivo saldado mediante la dación en pago se encontraba registrado en los estados financieros de Affinity Network S.A.S. para la época en que la compañía contrató los servicios de Caracol Televisión S.A. (vid. Folio 333). **De manera que la demandante contaba con la posibilidad de auscultar cuál era la situación patrimonial y financiera de Affinity Network S.A.S. antes de iniciar las relaciones comerciales que dieron lugar a la presente controversia**”<sup>112</sup>. (Negrilla fuera del texto)

Este aparte es realmente relevante para la discusión objeto de este escrito. La Superintendencia de Sociedades manifiesta que la dación en pago aprobada por el propio accionista mayoritario no es abusiva por cuanto el demandante contaba con la posibilidad *ex ante* de verificar la existencia de la deuda. Así, la Superintendencia hace referencia a una de las ventajas de los acreedores voluntarios de revisar estados financieros e información contable de su deudor y posteriormente aceptar el inicio del contrato, mientras que un acreedor involuntario no cuenta con dicha opción. Así, es claro que la Superintendencia pudo haber complementado su idea haciendo énfasis en que la opción de auscultar los estados financieros del futuro deudor es una prerrogativa propia de los acreedores contractuales. Por último, surge un interrogante que es ¿se habría levantado el velo corporativo de Affinity Network S.A.S. si el demandante hubiera sido un acreedor involuntario, que no habría podido revisar la deuda de dicha sociedad con Hector Fajardo Fajardo?

En este orden de ideas, actualmente bajo el tratamiento y aplicación de la desestimación de la personalidad jurídica por parte de la Superintendencia de Sociedades, los acreedores involuntarios parecen no contar con una posición distinta a la de los acreedores voluntarios. Ello conllevaría, entre otras, a que su carga de prueba sea igualmente altísima, aun cuando no cuentan con información previa de su deudor (puede que antes del evento de responsabilidad civil ni siquiera conocieran a la sociedad que posteriormente sería su deudora). De allí que los acreedores involuntarios se enfrenten a mayores dificultades a la hora de satisfacer la referida carga probatoria altísima<sup>113</sup>.

112 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Caracol Televisión S.A. v. Affinity Network S.A.S. en liquidación y Héctor Fajardo Fajardo* (Bogotá D.C., Colombia, 2017): 7.

113 Frente a este requisito, la Superintendencia ha negado pretensiones por la no satisfacción de la carga probatoria altísima, así: “Existen, por lo demás, múltiples otras pruebas que podrían haberse

Un acreedor involuntario por lo general no tiene conocimiento, entre otras, de qué tipo de correos, correspondencia, contabilidad, esquema societario, organización interna, toma de decisiones tiene su deudor. Por este motivo, satisfacer una carga de la prueba “altísima”, como la propia Superintendencia la ha calificado, resulta desproporcionado. Si una de las herramientas más valiosas de prueba con la que cuenta dicho acreedor es la exhibición de documentos, es difícil que logre reunir los requisitos del artículo 266 del Código General del Proceso en la solicitud de dicha prueba, pues probablemente no podrá afirmar que el documento o la cosa se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, su clase y la relación que tiene con aquellos hechos. Es entonces el escenario de estos acreedores oscuro y difícil por cuanto, además de que son víctima de responsabilidad civil extracontractual y sufrieron determinado daño, deben imaginarse o suponer posibles pruebas para lograr demostrar que se abusó en cierta forma de la limitación de responsabilidad.

Aunado lo anterior, la Superintendencia de Sociedades justifica la “altísima” carga probatoria debido a que esta acción conduce a la derogatoria del principio de limitación de responsabilidad, pero en algunos pies de página de sentencias, para identificar la importancia de dicha prerrogativa ha indicado:

“Para un análisis acerca de la importancia del beneficio de limitación de responsabilidad, pueden consultarse a H Hansmann y otros, *Law and the Rise of the Firm*, (2006) Yale Law and Economics Research Paper No. 326.”<sup>114</sup>

Así las cosas, si bien resalta la importancia de la limitación de la responsabilidad, al hacer referencia a ella, cita a uno de los autores que más crítico ha sido con la relevancia de este principio frente a acreedores involuntarios<sup>115</sup>. De todo lo expuesto hasta el momento, es claro que la Superintendencia, a pesar de haber realizado una primera aproximación a las características de un acreedor voluntario, aún no ha hecho referencia directa a la valiosa distinción de los acreedores voluntarios

---

*solicitado en este proceso, incluidos los correos electrónicos enviados desde las cuentas del señor Price para la fecha en que ocurrieron los hechos narrados en la demanda o, incluso, los testimonios de contadores y empleados de Cargo Logística S.A.S. y Salmon S.A.S. No obstante, como ya se dijo, las pruebas invocadas inicialmente por Granportuaria S.A. fueron a todas luces insuficientes para justificar una sanción de la magnitud de la desestimación de la personalidad jurídica”. Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Granportuaria S.A. v. Cargo Logística S.A.S. y Daniel Enrique Price Anzola* (Bogotá D.C., Colombia, 2015): 4.*

114 Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Cámara de Comercio de Barranquilla v. Carcos Mantenimiento de Equipos S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2012): 10.

115 Según ha quedado manifestado en el capítulo II de este escrito.

respecto de los involuntarios, no ha fijado distinciones en su tratamiento procesal y no ha cuestionado las ineficiencias generadas por la limitación de responsabilidad para los acreedores derivados de responsabilidad civil extracontractual.

Cabe adicionar a todo lo expuesto en líneas anteriores, que hasta la fecha no se ha estudiado por parte de la Superintendencia de Sociedades un caso relacionado con problema de infracapitalización frente a acreedores involuntarios. Si bien se ha manifestado que una obligación insoluble no es suficiente para desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, el estudio al parecer no se ha dado en escenarios de infracapitalización frente a acreedores involuntarios. Se reitera que, para un estudio completo de esta problemática es necesario desde la opinión del autor, que se identifique en los procesos de desestimación de la personalidad jurídica el tipo de acreedor social.

Por último, cabe destacar que la Superintendencia de Sociedades está a tiempo de realizar dicha distinción en torno a la desestimación de la personalidad jurídica, pues en palabras de esta misma entidad, las características propias de esta figura se irán desarrollando vía decantación judicial<sup>116</sup>. Desde la opinión del autor, la Superintendencia a raíz del pronunciamiento realizado en el caso de la Empresa Comunitaria Guacharacas y otro contra Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S. y otros, podrá dar inicio a una necesaria distinción en los tipos de acreedores, flexibilizando las cargas probatorias, análisis de la situación de abuso o fraude presentada y motivos por los cuales se debe desestimar la personalidad jurídica frente a ese tipo de acreedores.

### **2.3. Ausencia de reconocimiento del problema en la doctrina colombiana: Apertura al debate**

Adicional a la aplicación por parte de la Superintendencia de Sociedades de la desestimación de la personalidad jurídica sin identificar a cada tipo de acreedor social, la doctrina en Colombia tampoco ha puesto esta relevante conversación en el foco de un debate. Son pocos los autores que si quiera han identificado la situación de los acreedores involuntarios frente a la limitación de responsabilidad como una problemática. Por ejemplo, el doctor Francisco Reyes Villamizar, quien se ha

116 En sentencia del 15 de marzo de 2013 esta Corporación manifestó: “Los presupuestos requeridos para el efecto sólo podrán obtenerse luego de un cuidadoso proceso de decantación judicial, en el que, a partir de múltiples pronunciamientos, se conciban pautas debidamente ajustadas a las realidades del sistema colombiano”. Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Jaime Salamanca Ramírez v. Logística S.A.S. y otros* (Bogotá D.C., Colombia, 2013): 9.

pronunciado al respecto en algunas oportunidades<sup>117</sup>, refiriéndose a los grupos empresariales, ha señalado:

“Respecto de estas obligaciones es valedero el debate académico y también práctico planteado inicialmente por Hansmann y Kraakman, que diferencia entre acreedores voluntarios e involuntarios. Se sabe que unos y otros comparten con las sociedades de riesgo limitado la contingencia de fracaso de la empresa y corren con el albur de no obtener satisfacción de sus créditos en los casos de insuficiencia de activos. (...)”

Por ello, también en el ámbito de los grupos, la tesis del allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad debería encontrar un terreno más propicio al tratarse de la responsabilidad civil extracontractual que en el ámbito de los acreedores involuntarios<sup>118</sup>.

Por su parte, el Dr. Alejandro Venegas, al estudiar la variedad de intereses que se pueden reunir alrededor de la expansión o extensión del levantamiento del velo corporativo manifestó que, en caso en que el interés central sea la protección de acreedores tanto voluntarios como involuntarios de una sociedad, el fundamento teórico de la desestimación de la personalidad jurídica debería ser la infracapitalización de la sociedad<sup>119</sup>.

Como puede observarse, aún no hay una discusión realmente desarrollada y profunda en torno a la limitación de la responsabilidad como factor eficiente en Colombia con respecto a los acreedores involuntarios. Eso conduce a que no existan estudios completos de la historia de la limitación de responsabilidad y las posibles incidencias en los mercados en caso de restarle su aplicación frente a acreedores involuntarios, propuestas novedosas que se ajusten a nuestro mercado, ni se promuevan cambios en posiciones judiciales que permitan diferenciar las situaciones entre uno y otro acreedor. En este sentido, hoy por hoy, en Colombia, es probable que el público en general esté asumiendo los riesgos de las sociedades infracapitalizadas.

117 Además del texto citado, el mismo autor también ha identificado la discusión en torno a los acreedores involuntarios en Estados Unidos, exponiendo la teoría de Hansmann y Kraakman. Para mayor énfasis puede consultarse Reyes, *Derecho Societario En Estados Unidos*, 11-13.

118 Francisco Reyes Villamizar, “Grupos Empresariales”. *Revista Supersociedades*, n° 2 (2011): 17-18.

119 Alejandro Venegas Franco, “Ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia: posibilidades y efectos”, en *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*, editado por Edgar Iván León Robayo, Erick Rincón Cárdenas, Yira López Castro (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010), 371.

## IV. Conclusiones.

El beneficio de la limitación de responsabilidad tiene gran relevancia en el derecho societario contemporáneo y encuentra justificación económica que hace que sea aceptado. En todo caso, esta prerrogativa genera un problema de agencia entre los administradores y los terceros interesados en la sociedad (*stakeholders*), específicamente con los acreedores.

Si bien la limitación de responsabilidad es generalmente aceptada en la mayoría de jurisdicciones, la misma es también altamente cuestionada frente a los acreedores involuntarios de la sociedad, debido a que genera ineficiencias en la relación. El principal argumento es que este tipo de acreedores no se beneficia del riesgo que genera la limitación de responsabilidad, por lo que la sociedad puede elevar los riesgos sin que ello implique aumentar sus costos de mitigación.

En la jurisprudencia norteamericana, el principal remedio *ex post* para combatir el problema de agencia mencionado en líneas anteriores es el denominado *piercing the corporate veil*. Esta figura, con desarrollo principalmente estatal, ha sido aplicada por los jueces americanos reconociendo la diferenciación entre los acreedores voluntarios con los involuntarios lo que implica una mayor flexibilidad en temas probatorios para los segundos y así facilitar el acceso a sus pretensiones. Por su parte, la doctrina norteamericana ha discutido alrededor de la ineficiencia de la limitación de responsabilidad frente a los acreedores involuntarios, proponiendo diversas soluciones las cuales son muestra del desarrollo de la discusión académica.

En contraposición a ello, en Colombia la Superintendencia de Sociedades, al aplicar la desestimación de la personalidad jurídica, medida *ex post* consagrada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, no ha hecho una diferenciación directa en los efectos y características entre los acreedores voluntarios y los acreedores involuntarios, lo cual puede lograr continuando con el breve pero importante pronunciamiento contenido en la sentencia del caso de la Empresa Comunitaria Guacharacas y otro contra Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S. y otros.

Es por lo anterior que el panorama en Colombia de los acreedores involuntarios es oscuro y difícil, puesto que además de sufrir un daño extracontractual, no poder protegerse *ex ante* de su deudor, no poder elegirlo, debe demostrar en un proceso con altísima carga probatoria, que su deudor abusó de las figuras asociativas. Es por esto que en el presente artículo se propone que (i) a través del desarrollo jurisprudencial a cargo de la Superintendencia de Sociedades de la

desestimación de la personalidad jurídica se identifique a los acreedores sociales que inician la acción y, a partir de su calidad de voluntarios o involuntarios, flexibilizar para los segundos las cargas probatorias, análisis de la situación de abuso o fraude presentada y motivos por los cuales se debe desestimar la personalidad jurídica frente a ese tipo de acreedores, y (ii) que se abra un debate y discusión necesaria en la doctrina con la finalidad de brindar herramientas adicionales de protección de acreedores involuntarios.

Por último, teniendo en cuenta el contexto en el que surge este artículo, en medio de las implicaciones económicas de la difícil pandemia a raíz del COVID-19, esta discusión podría cobrar una mayor relevancia pues esta situación de crisis podría generar un incremento de acciones oportunistas por parte de los accionistas, por ende el aumento de acciones de desestimación de la personalidad jurídica, lo que significaría para Superintendencia de Sociedades posibles escenarios en los que pueda hacerse referencia a la desprotección adicional a la que se encuentran expuestos los acreedores involuntarios.

## Bibliografía

Antanasov, Vladimir, Bernard Black, Conrad S. Ciccotello. "Law and Tunneling". *The Journal of Corporation Law*, nº. 37 (2011): 1-49.

Armour, John, Reinier Kraakman, Paul Davies, Luca Enriques, Henry Hansmann, Gerard Hertig, Klaus Hopt, Hideki Kanda, Mariana Pargendler, Wolf-Georg Ringe y Edward Rock. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. United Kingdom: Oxford University Press, 2017.

Arrubla Paucar, Jaime "El levantamiento del velo corporativo en Colombia", en *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*, editado por Edgar Iván León Robayo, Erick Rincón Cárdenas, Yira López Castro, 59-78. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

Atiram, Barak. "Market Dynamics in Corporate Tort Externalization: The Hidden Assumption of Corporate Social Efficiency". *University of Detroit Mercy Law Review*. (2009): 347-405.

Bainbridge, Stephen y M. Todd Henderson. *Limited Liability: A Legal and Economic Analysis*. Northampton Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2016.

Bratton, William. "Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process". *European Business Organization Law Review* 7, (2006): 39-87.

Douglas, Michael. "To Know A Veil". *The Journal of Corporation Law* 26, n.º 1 (2000): 41-62.

Douglas, William y Carrol Shanks. "Insulation from Liability through Subsidiary Corporations". *Yale Law Journal* 39, (1929): 193-219.

Easterbrook, Frank y Daniel Fischel. "Limited Liability and the Corporation". *University of Chicago Law Review* 52, (1985): 89-117.

Fernández, Juan Pablo. "Superintendencia de sociedades y desestimación de la personalidad jurídica". *UNA Revista de Derecho* 2, (2017): 1-35, <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-2-septiembre-12-de-2017/85-fernandez-j-p-superintendencia-de-sociedades-y-desestimacion-de-la-personalidad-juridica>

Figuroa, Dante. "Comparative Aspects of Piercing the Corporate Veil in the United States and Latin America". *Duquesne Law Review* 50, n.º 4 (2012): 683-798.

Gelb, Harvey. "Piercing the Corporate Veil – The Undercapitalization Factor". *Chicago-Kent Law Review* 59, n.º 1 (1982): 1-22.

Gevurtz, Franklin A. "Piercing Piercing: An Attempt to Lift the Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of Piercing the Corporate Veil". *Oregon Law Review* 76, (1997): 853-907

Gilson, Ronald y Alan Schwartz. "Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review". *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)* 169, (2013): 160-183.

Hansmann, Henry y Reinier Kraakman. "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts". *The Yale Law Journal* 100, n.º 7 (1991): 1879-1934.

Hansmann, Henry, Reinier Kraakman y Richard Squire. "Law and the Rise of the Firm". *Harvard Law Review* 119, n.º 5 (2006): 1333-1403.

Jensen, Michael y William Meckling. "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure". *Journal of Financial Economics* 3, n.º 4 (1976): 305-360.

Leebron, David. "Limited Liability, Tort Victims, and Creditors". *Columbia Law Review* 91, n.º 7 (1991): 1565-1650.



Marcantel, Jhonatan A. “Because Judges Are Not Angels Either: Limiting Judicial Discretion by Introducing Objectivity into Piercing Doctrine”. *Kansas Law Review* 59, n. ° 5 (2011): 191-230.

Meiners, Roger, James S. Mofsky, Robert D. Tolisson. “Piercing the Veil of Limited Liability”. *Delaware Journal of Corporate Law*, n° 4 (1979): 351-367.

Mendelson, Nina. “A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts”. *Columbia Law Review* 102, n.° 5 (2002): 1203-1303.

Oh, Peter. “Veil-Piercing”. *Texas Law Review* 89, (2010): 81-146.

Peterson, Christopher. “Piercing the Corporate Veil by Tort Creditors”. *Journal of Business & Technology Law* 13, n.° 1 (2017): 63-98.

Reyes Villamizar, Francisco Hernando. *Análisis Económico Del Derecho Societario. Colección Cátedra Bancolombia De Derecho Económico, Financiero Y Del Mercado De Valores* 3. Bogotá: Ibáñez, 2012.

Reyes Villamizar, Francisco Hernando. *Derecho Societario En Estados Unidos Y En La Unión Europea*. Bogotá: LEGIS, 2013.

Reyes Villamizar, Francisco. “Grupos Empresariales” *Revista Supersociedades*, n° 2 (2011): 16-21.

Rhee, Robert. “Bonding Limited Liability”. *William & Mary Law Review* 51, (2010): 1417-1488.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Agremil S.A.S., Anyelo Paúl Rojas Pinzón v. Agregados y Minerales del Llano S.A.S.* Bogotá D.C., Colombia: 2013.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Cámara de Comercio de Barranquilla v. Carcos Mantenimiento de Equipos S.A.S. y otros.* Bogotá D.C., Colombia: 2012.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Caracol Televisión S.A. v. Affinity Network S.A.S. en liquidación y Héctor Fajardo Fajardo.* Bogotá D.C., Colombia: 2017.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Empresa Comunitaria Guacharacas y otro v. Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S. y otros.* Bogotá D.C., Colombia: 2017.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite – Fedepalma v. Compañía Inmobiliaria Geve S.A.S. y otros.* Bogotá D.C., Colombia: 2019.



Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario (Finagro) v. Mónica Colombia SAS. y otros*. Bogotá D.C., Colombia: 2013.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Granportuaria S.A. v. Cargo Logística S.A.S. y Daniel Enrique Price Anzola*. Bogotá D.C., Colombia: 2015.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Harold Alberto Botero Hoyos y otros v. JAC La Esmeralda S.A.S.* Bogotá D.C., Colombia: 2019.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Jaime Salamanca Ramírez v. Logística S.A.S. y otros*. Bogotá D.C., Colombia: 2013.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Panavias Ingeniería & Construcciones S.A v. Agro Repuestos S.A.S. y otros*. Bogotá D.C., Colombia: 2017.

Superintendencia de Sociedades, *Sentencia Seguridad Técnica Profesional de Colombia (Setecprocol) Ltda. v. Coal Structural Engineering Civil Mechanical and Naval Company (Coespsa) S.A.S.* Bogotá D.C., Colombia: 2013.

The North Dakota Supreme Court, *Thomas P. Axtmann and Arel E. Axtmann, Plaintiffs and Appellees v. Geri Chillemi y otros* N° 20070006. North Dakota, E.E.U.U.: 2007.

Thompson, Robert. "Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study". *Cornell Law Review* 76, (1991): 1036-1074.

Thompson, Robert. "The Limits of Liability in the New Limited Liability Entities". *Wake Forest Law Review* 32, n.º 1 (1997): 1-30.

US Supreme Court, *Simmons Creek Coal Co. v. Doran*. U.S.: 1982.

Venegas Franco, Alejandro "Ampliación de los supuestos de hecho que autorizan el levantamiento del velo corporativo en Colombia: posibilidades y efectos", en *Levantamiento del velo corporativo. Panorama y perspectivas. El caso colombiano*, editado por Edgar Iván León Robayo, Erick Rincón Cárdenas, Yira López Castro, 371-404, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.