



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

SC1643-2022

Radicación n° 11001-31-99-002-2016-00158-01

(Aprobado en sesión virtual de doce de mayo de dos mil veintidós)

Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil veintidós
(2022)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por The Shopping Metal Inc. frente a la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal que promovió contra Aluminio Nacional S.A. «Alúmina S.A.», Empresa Metalmecánica de Aluminio S.A. «Emma y Cía. S.A.», Aluminio Reynolds Santodomingo S.A. en liquidación judicial «Reynolds S.A.» y Michael Gil Gómez.

ANTECEDENTES

1. Al tenor de la demanda y su reforma, la promotora solicitó, de forma principal, declarar nulas las órdenes de compra números 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011, emitidas en desarrollo del contrato de suministro suscrito por las tres empresas accionadas, como contratantes «*conjuntas y solidarias*», con la convocante, como contratista,

por incurrir en fraude a la ley al usar la figura societaria «Grupo Alúmina» y las propias empresas para evadir el pago de los bienes.

Por consecuencia, condenar a tales compañías y a Michael Gil Gómez de forma solidaria, como su representante legal -previo levantamiento del velo corporativo-, a devolver, a título de restituciones mutuas, las mercancías vendidas o, en caso de ser imposible el retorno, pagar U\$746.732,48 para el 25 de agosto de 2011, o su equivalente en pesos colombianos a la fecha del desembolso, más los intereses moratorios comerciales.

Y como pretensiones subsidiarias reiteró las anteriores, salvo la condena solidaria respecto de Michael Gil Gómez, la que, por ende, excluyó.

2. Como soporte fáctico de tales pretensiones relató, en resumen, lo siguiente:

2.1. A través de contrato celebrado el 20 de noviembre de 2010, The Shopping Metal Inc. se obligó a suministrar aluminio primario al 99.7% de pureza a las empresas convocadas, quienes se anunciaron como miembros del Grupo Alúmina, al punto que se denominaron en tal convenio como «EL CONTRANTANTE», que Michael Gil Gómez lo suscribió en nombre de las tres y que todas las negociaciones, representación del grupo y órdenes de compra las lideró él, como representante de Aluminio Nacional S.A.

2.2. En desarrollo del contrato, el 22 de agosto de 2011 una dependiente del contratante solicitó, a través de una cuenta de correo electrónico del Grupo Alúmina, el suministro de 254,16 y 25,62 toneladas de aluminio con destino a Reynolds S.A., que fueron provistas por valores de U\$678.352,70 y U\$68.379,78, incluidos los fletes.

2.3. Sin embargo, desde el 17 de junio de 2011 la junta directiva de Aluminio Reynolds Santodomingo había decidido, según Acta 525, solicitar la liquidación judicial de tal empresa, lo cual muestra que la contratante, a través de su representante legal, Michael Gil Gómez, sabía que el valor de estos pedidos no sería erogado, de allí que lo solicitó con destino a Reynolds S.A.; amén de que la aludida demanda fue radicada el 10 de octubre de 2011 -15 días después de recibido el aluminio- y admitida el 4 de noviembre siguiente, fecha ésta en que la misma junta directiva ratificó en asamblea extraordinaria la decisión de 17 de junio.

2.4. Para la admisión del proceso liquidatorio Reynolds S.A. certificó, a través de su contador, que tenía deudas de más de 90 días de vencidas a favor de Alúmina S.A. y Emma y Cía. S.A., por valor superior a \$24.000'000.000; también reconoció el crédito de The Shopping Metal Inc., el que no ha sido saldado en tal juicio, como tampoco lo han sido las obligaciones laborales que tiene la deudora con sus trabajadores.

2.5. Agregó la promotora que el referido actuar premeditado y de mala fe de las sociedades enjuiciadas, así

como el mal uso de la figura societaria Grupo Alúmina, vicia de nulidad los negocios referidos al tenor del literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso y por mandato del artículo 29 de la ley 222 de 1995; y al fungir José Eugenio Muñoz Menéndez y Michael Gil Gómez como integrantes de las juntas directivas y como representantes legales de las tres empresas, este último debe ser declarado solidariamente responsable.

2.6. En adición, el sindicato de trabajadores de Reynolds denunció, ante la Superintendencia de Sociedades, que desde el año 2008 fueron realizadas operaciones para insolventar a la empresa y proteger a sus accionistas, como la transferencia de paquetes mayoritarios de acciones a las compañías extranjeras New Arfel LLC y Plover Investments Inc., actuales controlantes del grupo, así como la transferencia del inmueble donde operaba Reynolds, por lo cual enfrenta un juicio por simulación.

3. Una vez vinculados al pleito, Michael Gil Gómez, Alúmina S.A. y Emma y Cía. S.A. se opusieron a las pretensiones y propusieron la excepción meritoria de *«prescripción»*.

Aluminio Reynolds Santodomingo S.A. en liquidación judicial guardó silencio.

4. La Coordinación del Grupo de Jurisdicción Societaria II de la Superintendencia de Sociedades, una vez agotadas las fases del proceso, con sentencia de 14 de marzo de 2018

desestimó las pretensiones, tras considerar que Alúmina S.A., Emma y Cía. S.A. y Michael Gil Gómez no tuvieron injerencia en la compra de aluminio de que dan cuenta las órdenes 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011, en tanto las realizó una dependiente de Reynolds, de acuerdo con los requerimientos de su almacén.

Además, la mala situación financiera de Reynolds S.A., conocida en el medio desde hacía más de 15 años, no implicaba la parálisis en su operación al punto que sí pagó pedidos anteriores suministrados por la propia demandante, como también lo estaban las obligaciones laborales de aquella, por lo menos hasta cuando fue admitida en liquidación judicial, trámite al que no compareció la accionante; y porque es inaplicable la sanción prevista en el artículo 42 de la ley 1258 de 2008 en contra de Alúmina S.A. y Emma y Cía. S.A. como grupo societario, porque esta situación fáctica no se enmarca en tal precepto.

Por último, refirió que para desvirtuar tales conclusiones no son suficientes las presunciones previstas en los artículos 97 y 205 del Código General del Proceso, que pesan en contra de las tres sociedades convocadas por evadir respuestas en sus interrogatorios y no contestar oportunamente la demanda.

5. Contra tal decisión interpuso apelación la promotora, señalando que el fundamento legal de sus pretensiones es el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, no el canon 42 de la ley 1258 de 2008, menos

respecto de la pretensión subsidiaria porque con esta no persigue el levantamiento de la personalidad jurídica, sino la declaratoria de responsabilidad directa de las tres empresas enjuiciadas para anular unas específicas operaciones comerciales, con las consecuentes restituciones mutuas, de donde la valoración del acervo probatorio igualmente fue omisiva y sesgada, lo que a renglón seguido describió.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al resolver tal alzada, con proveído de 25 de junio de 2019, el superior confirmó la decisión tras considerar, luego de memorar la regulación de la sanción por desestimación de la personalidad jurídica, que:

1. El estrado judicial de primera instancia no erró al interpretar las pretensiones de la accionante, pues en las principales deprecó el levantamiento del velo corporativo para que Michael Gil Gómez y las sociedades convocadas fueran condenadas a restituir las mercancías vendidas o pagar su valor, lo cual ratificó en los alegatos de conclusión que expuso ante el juzgador *a-quo*, máxime cuando tal penalidad no es autónoma, al requerir el uso indebido del instrumento societario.

2. Agregó que aun cuando fue acreditada la existencia del grupo societario integrado por las compañías enjuiciadas y la situación de control que sobre él ejerce New Arfel LLC, no fue demostrado acto o maniobra engañosa concertada para desconocer el pago de las órdenes de compra a que

alude el libelo, ni que Michael Gil Gómez persiguiera un beneficio personal mediante el uso de su condición de representante legal de tales entes, elemento volitivo necesario para acoger el *petitum*.

La emisión de las órdenes de compra era función asignada a otra empleada, no del resorte de Gil Gómez en su condición de Vicepresidente Financiero, según se desprende del texto de estos documentos y del relato de la testigo María Carolina Mejía; además la labor financiera de él no denota intención deshonesta porque carecía de poder decisorio para comprometer a Reynolds, y si lo tuviera tampoco era forzosa la suspensión de las actividades, ya que correspondía a la asamblea de accionistas; por último, él no funge como socio de las entidades demandadas.

3. En lo que atañe a las peticiones subsidiarias, agregó el tribunal, que las pruebas documentales muestran que aun cuando en la asamblea de accionistas de 17 de junio de 2011 se constató la mala situación económica de Reynolds, también fueron planteadas opciones para evitar su liquidación, de donde la disolución sólo era una posibilidad, al punto que fue autorizada la contratación de un proveedor adicional, denominado Alcoa, para el segundo semestre del año 2011.

En adición, la buena fe de las encartadas y que no tuvieron comportamiento defraudador brota del propio relato del representante legal de la promotora, al reconocer que tenían vínculos desde el año 2008, que los anteriores

suministros de mercancía fueron saldados por las tres compañías accionadas y que Reynolds sólo omitió el pago de las órdenes de compra números 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011, lo cual aparece ratificado con la declaración detallada de María Carolina Mejía, con el certificado aportado por las demandadas que da cuenta del flujo de ventas, con otros instrumentos que evidencian la adquisición por Reynolds de divisas que entregó como abono a la peticionaria y con correo electrónico en el cual le manifestó la intención de cederle un crédito, lo que ésta no aceptó.

Igualmente, el estado contable de Reynolds al entrar en liquidación denotaba activos por \$115.978'000.000, por lo que The Shopping Metal Inc. habría colmado su crédito si hubiera concurrido a ese trámite.

Finalmente, aun cuando pesa en contra de las sociedades convocadas la presunción prevista en el artículo 97 del Código General del Proceso, por no contestar oportunamente la demanda, así como confesión ficta respecto de todos los demandados por sus respuestas evasivas e inconclusas en los interrogatorios de parte que absolvieron, estas pruebas son insuficientes por tratarse de presunciones legales y confesiones que admiten prueba en contrario, tal cual se desprende de la valoración probatoria en conjunto precedentemente expuesta.

LA DEMANDA DE CASACIÓN

CARGO ÚNICO

1. Al amparo del segundo motivo de casación consagrado en el canon 336 del Código General del Proceso, la promotora endilga al fallo de segunda instancia la violación, por vía indirecta, de los artículos 83 de la Constitución Política, 1603, 1746 del Código Civil, 871 del Código de Comercio y literal d) del numeral 5 del precepto 24 del Código General del Proceso, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la valoración del acervo probatorio, estos últimos por desconocimiento de los cánones 96 a 97, 166 a 167, 192, 205 y 372 numeral 4 del estatuto adjetivo mencionado.

2. En apoyo del reproche afirmó la recurrente que el juzgador *ad-quem* cometió error de derecho al no aplicar plenamente la presunción de certeza que, conforme a los artículos 97 y 166 del Código General del Proceso, recaía sobre Alúmina S.A., Emma y Cía. S.A. y Reynolds S.A. respecto de los hechos susceptibles de confesión contenidos en el libelo, las dos primeras por contestarlo tardíamente y la última por no hacerlo.

Otros yerros de derecho son la falta de aplicación de la presunción de certeza prevista en el numeral 4 del artículo 372 de la misma obra respecto de los hechos susceptibles de confesión plasmados en el escrito genitor de la contienda, en contra de Reynolds S.A., por su inasistencia injustificada a la audiencia inicial; así como igual presunción prevista en el canon 205 *ibidem* en relación con los hechos sobre los cuales versaron las preguntas asertivas dirigidas a Alúmina S.A. y Emma y Cía. S.A. en el interrogatorio que absolvió su

representante legal, Marino Montoya, como quiera que dio respuestas evasivas y reticentes acerca de la relación crediticia por más de \$19.000'000.000 entre Alúmina y Reynolds que sirvió para la admisión del trámite liquidatorio, la pertenencia de aquella al Grupo Alúmina, los detalles de las órdenes de compra 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011 y la precaria situación financiera en que estaba Reynolds.

Agregó que el tribunal no fue contundente en valorar tales confesiones, pues sólo las insinuó como meros principios de prueba, no obstante debió tener por acreditados los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda para, seguidamente, analizar si el restante acervo probatorio los desvirtuaba; más no proceder a calificar como probable la ocurrencia de aquellas circunstancias, pues tal inversión argumentativa genera el desconocimiento del aludido ordenamiento adjetivo porque sigue pesando en hombros de la demandante la carga de la prueba, cuando ya reposaba en los demandados.

Además, por vía de reflejo, esas confesiones tienen valor de testimonio en relación con el accionado Michael Gil Gómez, por mandato del artículo 192 del ordenamiento adjetivo en cita.

3. Así mismo, añadió, el fallo adolece de error de derecho porque omitió aplicar las presunciones de certeza reguladas en los artículos 96 numeral 2º y 97 inciso 1 *ejusdem*, con ocasión de la contestación deficiente que a la

demanda hizo Michael Gil Gómez, y que respecto a las demás accionadas tiene el valor de testimonio al tenor del canon 192, en la medida en que él respondió estarse a lo probado frente a los hechos de la demanda en los cuales la promotora afirmó que Reynolds tenía pasivo laboral para la fecha de radicación de su libelo liquidatorio y que enfrentaba un juicio paralelo de simulación por transferir el inmueble donde operaba, que constituía el activo más valioso de la empresa, aspectos que él conocía en su condición de vicepresidente financiero de las compañías enjuiciadas.

Entonces, el juzgador de última instancia debió reparar en que para la fecha de presentación de la demanda Reynolds carecía de recursos para pagar sus deudas, incluidas las laborales que tienen prelación legal, lo que tuvo por desvirtuado con base en estados financieros añejos, de los cuales extractó que la demandante habría obtenido la satisfacción de su crédito de haber concurrido al juicio liquidatorio.

4. Igualmente constituye error de derecho por desarticular la carga de la prueba, en desmedro del artículo 167 de Código General del Proceso, exigir demostrar que Michael Gil Gómez obtuvo un lucro personal porque tal requisito no está previsto en el literal d) del numeral 5 del artículo 24 de tal obra, *«norma que estableció, respecto de todos los tipos societarios, la acción ejercida»*, como quiera que *«la nulidad de los actos defraudatorios y/o la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad y/o el resarcimientos de los perjuicios derivados del acto*

defraudatorio, [solo] exige en primer lugar la utilización de la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros. Ahora bien, si se pretende adicionalmente trascender el principio de separación patrimonial y extender los efectos de la responsabilidad a los administradores, accionistas o a empresas vinculadas integrantes de un mismo grupo económico, se requiere adicionalmente acreditar que las respectivas personas naturales o jurídicas hubieren participado en o facilitado los actos defraudatorios.»

En adición, la nulidad suplicada no necesariamente debe estar aparejada al levantamiento del velo corporativo, pues interpretación contraria implicaría limitar la acción, por demás erigida en desarrollo del principio de la buena fe; pero si se persigue tal desestimación de la personalidad jurídica puede vincularse solidariamente como responsables a los accionistas y administradores que hubiere realizado, participado o facilitado los actos colusivos, así como a las sociedades vinculadas que estén sometidas a control matriz, por aplicación del canon 83 de la Carta Política y 61 de la ley 1116 de 1996.

5. Así mismo, el despacho judicial de segunda instancia erró de hecho al tergiversar el contenido de la demanda, pues aseveró que la recurrente fragmentó su acción al solicitar la nulidad de las órdenes de compra 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011 desprovista de un presupuesto: la declaratoria de interposición jurídica de la compañía en fraude a la ley o de terceros. No obstante, esto sí fue deprecado tanto en las pretensiones principales como en las

subsidiarias, ya que instó proclamar que interponiendo a Reynolds como instrumento de defraudación, las demandadas usaron de forma ilegal la figura del Grupo Alúmina.

Tal falencia generó la desestimación de la nulidad pedida, supuestamente por no estar reunidos los requisitos consagrados en el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, cuando sí lo estaban.

6. También erró de facto el fallador *ad-quem* porque:

6.1. Cercenó el contrato de suministro suscrito entre las partes, pues no observó que Alúmina S.A., Emma y Cía. S.A. y Reynolds S.A. hicieron creer a The Shopping Metal Inc. que lo suscribían como Grupo Alúmina, al utilizar la imagen de esta, dirección grupal y de manera unificada denominarse como la «*contratante*», quien además adquiriría compromisos comunes como el de pagar los pedidos de aluminio con independencia de la sociedad a la que fueran entregados; y sin informar que realmente pertenecían al Grupo New Arfel.

6.2. Tergiversó el Acta 525 de 17 de junio de 2011 de la junta directiva de Reynolds S.A., la solicitud de apertura de esta entidad al proceso de liquidación judicial y la relación de compras anexa a la contestación de la demanda, en tanto de la primera extractó que tal compañía no actuó con intención defraudadora porque buscó opciones para evitar su liquidación y además autorizó la contratación de un proveedor adicional denominado Alcoa para el segundo

semestre del año 2011, a pesar de que tales menciones de la junta directiva no referían a la situación de Reynolds sino a las sociedades Alúmina S.A. y Emma y Cía. S.A., de donde emerge que sí se acordó la liquidación inmediata de Reynolds por su mala situación económica para esa fecha, al punto que la junta directiva ni siquiera analizó la posibilidad de reestructuración o reorganización, y también evidencia que las tres entidades accionadas tenían administración común.

De la segunda se desprende que, para el 28 de octubre de 2011, data de radicación de la petición de liquidación judicial, Reynolds presentaba más de 90 días de haber cesado el pago de sus deudas, es decir desde el 26 de julio del mismo año, no desde el 4 de noviembre de 2011 cuando se admitió dicho juicio.

Y con la tercera quedaba en evidencia que Reynolds no adquirió aluminio a Alcoa, pues sus últimos pedidos correspondieron a las órdenes de compra 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011 dirigidos a The Shopping Metal Inc.

6.3. Pretirió la comunicación de 26 de octubre de 2011, con la cual Reynolds justificó ante sus proveedores la radicación de su solicitud de liquidación judicial, al indicar que obedeció a la mala situación de la industria de aluminio, sin aludir a la multa que le impuso la Superintendencia de Industria y Comercio y que, según el Acta 525 de 17 de junio de 2011 de su junta directiva, fue la detonante final de su petición de liquidación judicial.

6.4. Deformó los testimonios de Raúl González y María Carolina Mejía, porque de estos extrajo que las sociedades demandadas actuaron de buena fe, a pesar de que el relato de las testigos aludió al historial de pagos anteriores a las órdenes de compra objeto de la presente acción, aspecto ajeno al litigio por su temporalidad, máxime cuando todo acto defraudador está precedido de un proceso de creación de confianza.

Convicción que, según el testigo González, como representante de ventas de la convocante, y José Rafael Soler, representante legal -versión preterida por el tribunal-, llevó a The Shopping Metal a la convicción de que Alúmina S.A., Emma y Cía. S.A. y Reynolds S.A. tenían solidez y que ejecutaban el contrato de suministro conjuntamente como Grupo Alúmina, conglomerado empresarial que las demandadas negaron a lo largo del juicio.

De allí que la sentencia criticada también desfiguró la prueba documental con base en la cual coligió que Reynolds compró divisas para cubrir la deuda que tenía con la demandante, porque este actuar tuvo el mismo propósito generador de confianza.

6.5. La providencia atacada igualmente alteró los correos electrónicos de 4 y 11 de octubre de 2011, además omitió los demás cruzados entre las partes, al absolver a Michael Gil Gómez y concluir que las convocadas actuaron de buena fe al proponer a la promotora, como pago de su acreencia, la cesión de un crédito con un tercero.

Por el contrario, esos documentos dejan ver que The Shopping Metal fue quien buscó acercamientos para obtener el pago; que las enjuiciadas usaron cuentas de correo electrónico del Grupo Alúmina y directivos comunes reconociendo la deuda y haciendo creer a la demandante que estaba negociando con este, no con tres empresas separadas; que inicialmente Michael Gil Gómez respondió esas comunicaciones con evasivas y después las remitió al área jurídica; que no es obligación de un comerciante cambiar a un deudor conocido como grupo industrial por uno que no lo es y desconocido; que tampoco informó de la situación económica de Reynolds, tan calamitosa que rechazar la cesión implicaba dejar de recibir el pago de las órdenes de compra 500105 y 500106; que las convocadas omitieron la devolución del aluminio vendido a pesar de ser una opción válida; que no informaron del inminente inicio del juicio liquidatorio de Reynolds -lo que no se logra de un día para otro- con el engaño de que sólo tenía problemas de caja; que Michael Gil Gómez, aun cuando no ejerciera la representación legal de las accionadas, siempre estuvo al frente de todas las negociaciones derivadas del contrato de suministro.

Añadió la recurrente que la valoración correcta de esas probanzas llevaba a concluir la falta de transparencia acerca de la separación patrimonial de Reynolds en la ejecución del pacto de suministro.

6.6. La providencia censurada tergiversó las órdenes de compra 500105 y 500106 y, de nuevo, el testimonio de María Carolina Mejía, pues coligió que Michael Gil Gómez no intervino en la creación de aquellas, pero esto no desvirtúa su papel en el «*montaje de la puesta en escena*» que llevó a la demandante a creer que negociaba con el Grupo Alúmina.

6.7. Por último, pretirió la declaración de Michael Gil Gómez, de la cual brota que la multa impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a Reynolds S.A. fue el principal motivo para solicitar la liquidación de esta entidad, no su reorganización, sanción que era anterior a las órdenes de compra 500105 y 500106, lo que en adición muestra que conscientemente fue trasladado a los proveedores el riesgo de solventar el pago de la multa dentro del trámite liquidatorio.

7. Todos los anteriores errores del tribunal le impidieron acoger la sanción jurídica deprecada para declarar la nulidad de los actos defraudatorios, con la consecuente responsabilidad solidaria del administrador de las sociedades convocadas y de estas mismas, actos desplegados a través de dos conductas consistentes en la creación por las demandadas de la apariencia de integrar el Grupo Alúmina, quien fungía como contratante en el pacto de suministro, y el ocultamiento de la real situación económica de Reynolds, que estaba *ad portas* de un juicio liquidatorio, sigilo patrocinado por sus agentes, especialmente por Michael Gil Gómez, todo en contravía del deber de información y del principio de la buena fe.

CONSIDERACIONES

1. Régimen procesal aplicable al recurso de casación.

Por entrar en vigencia de manera íntegra el Código General del Proceso a partir del 1º de enero de 2016, al *sub judice* resulta aplicable ya que consagró, en los artículos 624 y 625 numeral 5º, que los recursos, entre otras actuaciones, deberán surtirse bajo «*las leyes vigentes cuando se interpusieron*», tal cual sucede con el que ahora ocupa la atención de la Sala, en razón a que fue radicado con posterioridad a la fecha citada.

2. La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.

La constitución de las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, por acciones simplificadas, entre otras que tienen un marcado rasgo de capital, tiene como uno de sus principales propósitos que, al crear una persona jurídica distinta de sus socios (art. 98 C. de Co., inc. 2), se limita la responsabilidad de estos y de aquellas frente a los terceros con quienes despliega relaciones en desarrollo de su objeto social, entre otros aspectos.

La concepción separatista de los patrimonios de la sociedad y de sus socios o accionistas, incentivo propio de la

actividad empresarial, impide a los acreedores de estos, en ejercicio de su derecho de prenda general (art. 2488 C.C.), dirigirse sobre el patrimonio de la compañía, y lo propio corresponde a los acreedores del ente por verse imposibilitados de valerse de los bienes de aquellos para satisfacer su crédito, en tanto únicamente pueden centrar su mirada en el acervo patrimonial de la persona deudora.

Por supuesto que la aludida noción separatista de los patrimonios revela múltiples y valiosos beneficios¹, como la disminución para los socios de los costos de coadministración o vigilancia de los administradores de la sociedad, porque de concebirse la extensión de la responsabilidad de tales personas jurídicas a sus accionistas, las cargas producidas por el albur normal de la actividad económica o, incluso, la deficiente administración del ente moral, irradiarían de forma directa a los socios; asimismo torna innecesaria la vigilancia de las actividades entre coasociados y de la sociedad para con ellos, pues en un sistema de responsabilidad ilimitada la insolvencia de cualquiera comporta mayor riesgo para los demás, ante su solidaridad y la posibilidad para los acreedores de la sociedad de perseguir a los socios y viceversa; la circulación libre de las acciones en el mercado de valores incentiva a los equipos directivos a ser eficientes, por la posibilidad de verse relevados ante el ingreso de nuevos grupos inversionistas; no es necesario para conocer el valor real de una compañía que

¹ Cfr. Easterbrook, F.H., & Fischel, D.R. (1985). Limited Liability and the Corporation. The University of Chicago Law Review, 51(1), 89-117. <https://doi.org/10.2307/1599572>.

los inversionistas tengan que asumir mayores costos, al poder extraerlo, en principio, del valor de las acciones en las condiciones del mercado; y por los factores precedentes resulta viable la diversificación de inversiones de portafolio; entre muchas otras ventajas.

Incluso, la separación patrimonial y, por ende, la responsabilidad de la sociedad respecto de sus socios, igualmente genera más beneficios para los acreedores que adversidades. De lo contrario estos serían forzados a exigir garantías al ente moral cada vez que realicen cualquier negocio; traduciría menos empresas y mínima diversificación de actividades comerciales por el temor de que en cada una los socios arriesgan la totalidad de su patrimonio; y sería en sumo más ardua para los acreedores la persecución de los socios en aras de obtener la satisfacción de la deuda, en vez de conminar a la sociedad.

Precisamente, la jurisprudencia constitucional sobre el punto, *in extenso*, razonó que *«[n]egar la garantía de la separación patrimonial entre socios y sociedad es desconocer la naturaleza jurídica autónoma de una persona moral, e implica privar a la economía, al derecho y al Estado de la principal herramienta para fortalecer el crecimiento y el desarrollo como pilares fundamentales de la Constitución Económica. La canalización de recursos financieros a través de acciones constituye una típica fórmula de inversión social y económica. Es inversión económica, pues los grandes capitales logran realizar importantes proyectos económicos en beneficio del país. Es inversión social, ya que la empresa*

constituye no sólo el principal generador de empleo y bienestar, sino también el mayor contribuyente fiscal del Estado. (...) En consecuencia, la inexistencia de limitación de responsabilidad pondría fin al mercado de valores, pues sería imposible conocer el valor real de una acción. En efecto, ya no sólo sería necesario tener conocimiento acerca de la información financiera de la compañía a la cual se pretende invertir (loable propósito que cumplen los estados financieros debidamente registrados), sino que también debería estudiarse las declaraciones tributarias, las constancias de ingresos, los recursos patrimoniales, los gastos familiares y aún los personales de cada uno de los socios. Misión que además de ser excesivamente onerosa y poco eficiente, en la práctica podría llegar a constituir una manifiesta violación a la garantía constitucional de la intimidad. Así las cosas, si las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país, no admite discusión alguna que el hecho de asistir al desaparecimiento de sus atributos pondría en riesgo la estabilidad y el orden económico como fines esenciales del Estado, previstos tanto en el preámbulo como en los artículos 1º, 25, 39, 150-8, 189-24, 333 y 334 de la Constitución Política.» (Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004).

2.1. Sin embargo, como el modelo asociativo puede ser empleado para abusar de los derechos propios, defraudar a terceros o a la ley, *verbi gratia*, con la interposición societaria, que ocurre cuando la asociación tiene el propósito de servir de intermediario para realizar actos prohibidos a una persona natural o cuando el ente moral es utilizado con el

propósito de eludir normas reguladoras del comercio, de la competencia desleal, tributaria, políticas, entre otras, comenzó a hablarse de la «*crisis de la personalidad jurídica*»².

La doctrina especializada enseña:

La sociedad anónima, que fue institución predilecta del dogmatismo positivista, que se pensara manifestación directa de la libertad de asociación y que se creyera que podía servir de modelo o de explicación al mismo Estado, está en un momento de crisis: en los distintos países se dictan nuevas leyes o se preparan reformas y la doctrina se muestra inquieta y dividida...

Con la pérdida de confianza en los dogmas del individualismo liberal, ha terminado también el creer en que la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad sin límites sean siempre beneficiosas para la libertad personal y la experiencia no permite dudar de que, sin la vigilancia constante del Estado, han sido y serán utilizadas para despojar y esclavizar a los económicamente débiles...

El interés práctico y general que ofrece la cuestión de la naturaleza jurídica de la sociedad anónima parece indudable y no menos evidente resulta su importancia desde el punto de vista de la justicia. Nada lo mostrará con mayor claridad que un ejemplo tomado de la jurisprudencia inglesa. Mister Salomon vendió su negocio a una compañía de responsabilidad limitada, con un capital nominal de 40.000 acciones de una libra cada una, estando formada la compañía (Salomon and Co) por el vendedor (Mr. Salomon), su mujer, una hija y cuatro hijos, cada uno de los que suscribió una acción. Después se emitieron nuevas acciones (20.000) en favor de Mr. Salomon y también obligaciones especialmente garantizadas. Llegan malos negocios, la Compañía se liquida y Mister Salomon reclama todo el activo de la Compañía como acreedor privilegiado, no dejando nada para los demás, los verdaderos acreedores. Ante esta situación el sentido de justicia se inclinará a considerar que el artificio de la sociedad no otorga inmunidad para realizar tal género de maniobras...³

² People's Pleasure Park Co., Inc., et al . v. Rohleder. June 11, 1908 [61 S. E. 794.]. (1908). The Virginia Law Register, 14(7), 548-549. <https://doi.org/10.2307/1102494>. En el mismo sentido: John Walkovszky, Respondent, v. William Carlton, Appellant, et al., Defendants. Court of appeals of New Yirk Argued september 26, 1966; decide november 29, 1966. Walkovszky v Carlton.pdf

³ Federico de Castro y Bravo, *La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*. En Anuario de derecho civil, Vol. 2, n.º 4, 1949.

Total, las banderas de la separación patrimonial y personificación jurídica de los entes morales no pueden alzarse como patente de corso, con el fin de autorizar la realización de actos contrarios a máximas que, integradas a los sistemas jurídicos modernos, llegaron a morigerar los alcances de la autonomía privada, tales como la buena fe, la prohibición de abuso del derecho y la ineficacia del fraude a la ley.

La Sala tiene doctrinado que:

Se trata la personificación jurídica societaria de un aporte del derecho canónico, que en la agitada actividad económica del Renacimiento se consolidó, pues, a la par de la reviviscencia de lo clásico, acudieron sus protagonistas a formas asociativas para congregar capitales, calidades y fortalezas diversas que cada socio podía entregar a la causa (conocimiento en un arte u oficio, experiencia en la navegación, capital, etcétera)...

Con todo, las indudables ventajas que ostenta esta separación más o menos absoluta de los patrimonios de los constituyentes y socios ulteriores frente al de la sociedad constituida, y cuyas bondades no hay para qué ponderarlas ahora, es lo cierto que el legislador ha establecido excepciones y por tanto, contempla una responsabilidad solidaria en casos específicos que alcanzan tanto a socios como a administradores...

*No obstante, con el propósito de defraudar al fisco, a empleados y a terceros, de esa personificación jurídica se abusó, fenómeno experimentado en las más diversas latitudes, y cuya consecuencia fue la reacción del legislador y la jurisprudencia de numerosos Estados, para prevenir, frenar y buscar indemnizar los perjuicios irrogados. Se echó mano de figuras ya decantadas como la del abuso del derecho, la simulación, la buena fe, y aún del postulado general del *neminem laedere*, entre nosotros consagrado en el artículo 2341 del Código Civil (SC2837, 25 jul. 2018, rad. n.º 2001-00115-01).*

2.2. Remárcase, como el dispositivo de separación patrimonial entre la sociedad y sus asociados o accionistas no puede convertirse en sucedáneo de fraudes, ya que el ente

empresarial despliega sus actividades erigido en el principio de la buena fe (art. 83 C.P., 1603 C.C. y 871 C. de Co.), no para disfrazar actividades fraudulentas, ni para propósito distinto para el que fue creado conforme a sus estatutos (art. 99 C. de Co.), entre otros eventos, en el ordenamiento jurídico floreció a título exceptivo a la regla general de la separación patrimonial y consecuente limitación de responsabilidades entre los socios y la entidad de capitales (art. 252 C. de Co.)⁴, la figura de la «*desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad*», también denominada levantamiento del velo corporativo, entre otros. Bien se ha dicho que la «*falta de lealtad respecto a un acto o una conducta debe ser sancionada con la desestimación*»⁵.

Consiste en el desconocimiento, por vía judicial, del sistema de separación patrimonial surgido con ocasión de la constitución regular del ente mercantil, para hacer responsable patrimonialmente a alguno o algunos de sus socios o accionistas, a los administradores o a quienes se beneficiaron de un determinado acto fraudulento, de las obligaciones derivadas de este, así como de cualquier daño causado a terceros.

⁴ Artículo 252. Imprudencia de acción de tercero contra socios por sus obligaciones sociales en sociedad anónima. En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos.

En las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo.

⁵ Carlos Ducci Claro, *Derecho Civil, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 398

Sobre tal instituto la Corte Constitucional doctrinó que *«las personas asociadas no pueden ser llamadas a responder por el beneficio o lucro que reporten de la explotación de una actividad lícita, pues el supuesto del cual depende la existencia de la responsabilidad es la comisión de un daño sobre los derechos de los demás. En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.»* (Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004).

Y en la misma providencia refirió que *«[e]stas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o ‘disregard of the legal entity’ o ‘piercing the corporate veil’ cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación. Al respecto, ha sostenido la doctrina: “El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o*

simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso”. (Corte Constitucional, sentencia C-865 de 2004).

2.3. Los casos prototipo de desestimación de la personalidad jurídica están vinculados a la utilización de la sociedad para transgredir una disposición legal, causar perjuicios o evadir obligaciones contractuales, por un comportamiento atribuible a los socios o a los administradores, tales como -aunque sin ánimo de exhaustividad-:

I) La instrumentalización de una filial por parte del controlador, con el fin de realizar propósitos que únicamente interesan a la última. Significa que el ente moral se vuelve un utensilio del socio con mayor poder económico o político, quien lo emplea para satisfacer sus necesidades individuales, sin consideración a su propia personificación.

Desde hace años se admite que *«hay evidencia de una tendencia general a desconocer la separación patrimonial de las compañías dentro de un grupo, para mirar en su lugar a la entidad económica de todo el grupo... Este sucede especialmente cuando una empresa matriz posee todas las acciones de las subsidiarias, de modo que puede controlar cada movimiento de las subsidiarias. Estas subsidiarias*

están atadas de pies y manos a la empresa matriz y deben hacer exactamente lo que la empresa matriz dice»⁶.

II) La administración de la sociedad en transgresión de las formalidades legales y estatutarias; huelga decirlo, la realización del objeto social en conculcación directa del ordenamiento que rige a la sociedad, siempre que este proceder se haga de forma dolosa o para satisfacer un interés que es propio de los asociados.

Famoso el caso *Hibernia Insurance Company v. St. Louis & New Orleans Trans. Co.*, en el que no fue permitido a los accionistas de una corporación transferir los activos a una nueva, sin pagar las deudas sociales de la anterior⁷.

III) Confusión de patrimonios y negocios entre la sociedad y todos o algunos de socios; esto es, una intercomunicación patrimonial y/u operacional que dificulta distinguir entre los bienes de los aportes de capital y los del ente moral, al punto de comportarse como unidad.

Así lo reconoce la jurisprudencia foránea:

*La ley permite la creación de una empresa con diversos propósitos y permitiendo que los propietarios escapen a la responsabilidad personal (ver, por ejemplo, *Bartle v. Home Owners Co-op.*, 309 N. Y. 103, 106) pero, obviamente, este privilegio no está exento de límites. En términos generales, los tribunales desestiman la forma corporativa o, para usar la terminología aceptada, “levantarán el velo corporativo”, siempre que sea necesario “para prevenir el*

⁶ Inglaterra, Court of Appeal, 2, 3 y 4 mar. 1976, *D.H.N. LTD. v. Tower Hamlets L.B.C.* (traducción propia).

⁷ Estados Unidos de América, Supreme Court, 31 en. 1887, caso 120 *Hibernia Ins. Co. v. St. Louis Transportation*.

fraude o lograr equidad". (*International Aircraft Trading Co. v. Manufacturers Trust Co.*, 297 N. Y. 285, 292.) Al determinar si la responsabilidad debe extenderse para alcanzar activos más allá de los que pertenecen a la sociedad, nos guiamos, como señaló el juez Cardozo, por las "reglas generales de agencia". (*Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 244 N. Y. 84, 95.) **En otras palabras, siempre que alguien use el control de la sociedad para promover su propio negocio en lugar de los negocios de la aquélla, será responsable por los actos de la corporación...** (*Rapid Tr. Subway Constr. Co. v. City of New York*, 259 N. Y. 472, 488.) Dicha responsabilidad, además, se extiende no solo a las transacciones comerciales de la corporación (ver, por ejemplo, *Natelson v. A. B. L. Holding Co.*, 260 N. Y. 233; *Quaid v. Ratkowsky*, 224 N. Y. 624; *Luckenbach S.S. Co. v. Grace & Co.*, 267 F. 676, 681, cert. den. 254 U. S. 644; *Weisser v. Mursam Shoe Corp.*, 127 F. 2d 344) sino también a sus actos negligentes. (Ver *Berkey v. Third Ave. Ry. Co.*, 244 N. Y. 84, supra; *Gerard v. Simpson*, 252 App. Div. 340, mot. for lv. to app. den. 276 N. Y. 687; *Mangan v. Terminal Transp. System*, 247 App. Div. 853 mot. for lv. to app. den. 272 N. Y. 676.)⁸.

IV) Fraude a socios o acreedores, como cuando la sociedad es usada para evadir el cumplimiento de obligaciones, responsabilidades, disimular bienes, burlar intereses del fisco, servir de testaferro, etc.

Esta situación se producirá, por ejemplo, «cuando dos personas se comprometen frente a una tercera a no realizar actos similares frente a otras personas; pero para evitar tal compromiso los dos primeros constituyen una sociedad a fin de que se realicen los actos que a los socios están impedidos a título personal»⁹.

V) Infracapitalización de la sociedad, que ocurre cuando la sociedad se crea sin el capital razonablemente requerido para desarrollar el objeto social propuesto.

⁸ Estados Unidos de América, Court of Appeals of New York, 29 nov. 1966, caso 414 John Walkovszky vs William Carlton (traducción propia).

⁹ Juan Trujillo Espinel, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y su desestimación*. En *Revista Jurídica On Line*, 2010, p. 112.

No en vano se tiene dicho que *«[l]a creación de una sociedad con responsabilidad limitada, como la sociedad anónima, se basa en la dotación por parte de los socios de capital suficiente y adecuado al objeto social, es decir, se debe mantener en la empresa un equilibrio razonable entre recursos propios y recursos ajenos, los socios absorben una cantidad de riesgo razonable, en relación con las actividades de la sociedad de que se trate»; por ende, «[s]i se quiere mantener, por los socios, una responsabilidad limitada, deberán dotar a la sociedad del capital suficiente»¹⁰.*

Para recapitular, en respuesta a la necesidad de evitar que las sociedades se utilicen de forma contraria a su razón de ser, como es desarrollar una actividad productiva, el ordenamiento patrio reguló distintas modalidades de desestimación de su personalidad jurídica, como facultad concedida a las autoridades judiciales para soslayar la separación patrimonial que es connatural a las sociedades de capital -y asimiladas- frente a sus socios, con el fin de hacer responsables a éstos de los actos de aquéllas, todo en aras de proteger a las personas defraudadas o afectadas.

2.4. Nuestro país ha avanzado en la senda antes descrita por medio de diversas normas que, de forma progresiva, han reconocido la viabilidad de desestimar la personalidad jurídica de las sociedades.

¹⁰ Vicente Rodolfo Walde Jáuregui, *La infracapitalización*. En *Vox Juris*, Vol. 29, n.º 1, 2015.

2.4.1. El primer antecedente legislativo expreso se encuentra en materia de empresas unipersonales, por medio de la ley 222 de 1995, contentiva de la reforma al régimen societario, que en el parágrafo del artículo 71 consagró que:

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.

Allí se previó, entonces, la responsabilidad solidaria del titular de la empresa unipersonal y de sus administradores en la obligación de pagar indemnización por los daños causados con actos defraudatorios realizados a través de la empresa, así como de cualquiera otra obligación derivada de estos.

Se trata de acción establecida a favor de toda persona que se haya visto perjudicada -legitimada por activa- y en contra del titular de las cuotas de capital así como de los administradores que realizaron, participaron o facilitaron cualquier fraude -quienes serán los sujetos pasivos-, dirigida únicamente a obtener la declaración de responsabilidad solidaria de dichos convocados con la empresa unipersonal en el pago de las obligaciones incumplidas por esta y de los daños causados, si los hubiere.

2.4.2. La misma compilación legal reguló en el parágrafo del artículo 148 que, tratándose de empresas sometidas a juicio concursal,

Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esta situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según sea el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.

Este arquetipo de levantamiento del velo corporativo hizo responsable de forma subsidiaria a la sociedad matriz o controlante por la insolvencia de su subordinada, causada con las decisiones de aquella para su beneficio o el que cualquiera otra subordinada.

Aunque tal dispositivo fue derogado expresamente por el artículo 126 de la ley 1116 de 2006, este nuevo ordenamiento reprodujo el instituto en su artículo 61, aunque ampliando la causa a actuaciones de la propia empresa subordinada en beneficio de la controlante o de otras subordinadas y sin que sea necesario acto fraudulento alguno.

Artículo 61. De los controlantes. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esta situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente.

Cual se desprende del aludido precepto legal, se trata de una acción vinculada al juicio concursal, en virtud de la que se pretende veredicto de condena en contra de la compañía matriz, controlante o de algunas de sus subordinadas -por ende legitimadas por pasiva-, al pago de las obligaciones insolutas de otra subordinada o controlada actualmente sometida a juicio de liquidación judicial -consecuencia jurídica-, porque las decisiones de aquellas, directa o indirectamente, generaron la situación de insolvencia o liquidación al dar prevalencia a los intereses de aquellas -situación fáctica-.

Y como la condena en contra de la matriz, controlada o subordinada enjuiciada opera de forma subsidiaria -de donde la legitimación por activa la ostentan los acreedores reconocidos en el proceso concursal-, es presupuesto adicional que habilite el fallo estimatorio acreditar que el patrimonio de la sociedad concursada es insuficiente para cubrir sus pasivos.

2.4.3. Enfocada en los procesos concursales, la ley 222 de 1995 reguló en su artículo 207 que los socios pagarían, en subsidio de la sociedad y en proporción de los derechos de cada uno en el ente moral, los créditos del pasivo externo que no alcanzaren a ser cubiertos con el patrimonio de la empresa en liquidación, previa acreditación de que los socios emplearon a la sociedad para defraudar a los acreedores, al señalar que:

Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.

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

La ley 1116 de 2006 igualmente derogó este mecanismo, pero lo reiteró en su numeral 8 del artículo 49, ampliando como sujetos pasivos a los administradores de la sociedad y a sus controlantes, al señalar que «[s]i el juez del concurso verifica previamente que el deudor no cumple con sus deberes legales, especialmente en cuanto a llevar la contabilidad regular de sus negocios, conforme a las leyes vigentes, podrá ordenar la disolución y liquidación del ente, en los términos del artículo 225 y siguientes del Código de Comercio, caso en el cual los acreedores podrán demandar la responsabilidad subsidiaria de los administradores, socios o controlantes.»

Al igual que la herramienta inmediatamente anterior, fue consagrado un remedio procesal a favor de los acreedores reconocidos en el juicio concursal -legitimación por activa- y en contra de los administradores, socios o controlantes de la entidad mercantil sometida a liquidación -legitimación por pasiva-, para que estos sean condenados al pago de las acreencias insolutas de forma subsidiaria, bastando el incumplimiento de los deberes legales de dichos accionados, como el de llevar la contabilidad regular de la entidad, es

decir, sin que sea necesario acto defraudatorio alguno, en tanto sólo es requerido el desacato a sus obligaciones profesionales.

De la misma forma, es menester que el patrimonio de la sociedad concursada sea insuficiente para cubrir sus pasivos.

2.4.4. Este nuevo Régimen de Insolvencia Empresarial, instituido con la Ley 1116 de 2006, previó una nueva modalidad de desestimación de la personalidad jurídica, al concebir, respecto de las empresas en proceso de liquidación, la obligación de sus socios, administradores, revisores fiscales y empleados que cometieron conductas culposas o dolosas generadoras de la disminución de la prenda común de los acreedores, de pagar el pasivo externo faltante:

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

No estarán sujetos a dicha responsabilidad los socios que no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten. En los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, será presumida la culpa del interviniente.

Igualmente, serán tenidas por no escritas las cláusulas contractuales que tiendan a absolver a los socios, administradores, revisores fiscales, y empleados de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos.

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

La demanda deberá proponerse por cualquier acreedor de la deudora y será tramitada por el proceso abreviado regulado en el Código de Procedimiento Civil, ante el juez del concurso, según sea el caso en uso de facultades jurisdiccionales y en trámite independiente al de la insolvencia, el cual no será suspendido. La responsabilidad aquí establecida será exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.

Para esta Corte, del canon normativo inmediatamente anterior se desprenden como presupuestos axiológicos de la acción: I) el adelantamiento de un juicio de liquidación judicial de una entidad de índole mercantil; II) la existencia de conductas dolosas o culposas de sus socios, administradores, revisores fiscales o empleados; III) que estas conductas hubieren generado la disminución de la prenda general de los acreedores reconocidos en tal trámite; IV) y que los activos de la sociedad se muestren insuficientes para saldar el pasivo externo.

Por contera, sujeto activo de esta pretensión será cualquier acreedor externo reconocido en el juicio concursal, al paso que sujetos pasivos pueden ser los socios del ente moral, los administradores, revisores fiscales o empleados; y la responsabilidad de marras seguirá siendo subsidiaria, como es la prevista en los artículos 49 numeral 8 y 61 de la aludida compilación legal, por lo cual necesario es demostrar el estado de merma del patrimonio objeto de distribución para el buen suceso del *petitum*.

2.4.5. La ley 1258 de 2008, por medio de la cual fue creada la sociedad por acciones simplificada, ideó que cuando el ente sea utilizado «*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.» (Art. 42).

El avance de esta regulación resulta innegable, en razón a que, aun cuando acotado al nuevo tipo societario, no supeditó el levantamiento del velo corporativo al proceso liquidatorio de la sociedad, ni lo previó como solución subsidiaria tras la imposibilidad de cubrimiento de sus pasivos externos, sino que lo concibió respecto de cualquiera de sus operaciones, lo extendió para obtener el pago de perjuicios e hizo solidariamente responsables de dichos desembolsos a los accionistas y administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos colusorios.

En efecto, no se limitó el ordenamiento a regular el levantamiento del velo corporativo para cuando la compañía es creada con fines ilusorios, en razón a que también extendió su campo de acción para aquellos eventos en los cuales, a pesar de que la empresa nació con fines legítimos, es empleada en un negocio jurídico torticero.

En este orden, se vislumbran como requisitos de este mecanismo de defensa judicial: I) La utilización de la sociedad para ejecutar negocios jurídicos defraudatorios; II) y, que este acto genere perjuicios para cualquier tercero, concepto que involucra, en su sentido más amplio, a todo afectado, incluido el propio Estado.

Y como consecuencia de dicha concurrencia la condena irá dirigida en contra de los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos anómalos, representada en el pago solidario de las obligaciones contraídas por la sociedad, así como los perjuicios causados, evidenciándose que estarán legitimados para incoar la petición esos terceros que vieron menoscabados sus derechos.

2.4.6. Igualmente, esta Corte por vía jurisprudencial en pretérita oportunidad sentó, fundada en principios como la buena fe, la prohibición que pesa sobre toda persona de evitar el abuso de sus prerrogativas y aquella máxima según la cual toda consecuencia de un acto fraudulento es así mismo falaz, la posibilidad de develar el velo corporativo para castigar actos perversos o malignos de los asociados, ejecutados mediante la creación o el uso de un ente moral.

Así lo refirió la Sala al indicar que:

Con todo, máximas como la buena fe, la prohibición del abuso del derecho y fraus omnia corrumpit (el fraude todo lo corrompe), que integran el basamento del derecho privado nacional, permiten que, en demérito de la personalidad jurídica de las sociedades, se castiguen los comportamientos maliciosos, torticeros o fraudulentos de los asociados, en tanto el débito resarcitorio nace de manera individual y sin que puedan excusarse los responsables en la existencia de un ente que fue creado o utilizado para estos fines...

Mas, aun cuando pareciera redundante, resultaba garantista y seguro establecer de manera tipificada y autónoma un instituto, ya de viejo cuño en otros países, que permitiese levantar el velo corporativo, esto es, de descorrer, descubrir, allanar, desestimar la personalidad interpuesta y en fin, considerar inoponible la personalidad jurídica con el solo propósito de atribuir responsabilidades específicas a los socios, buscar la ineficacia del

negocio jurídico por razón de su simulación, nulidad, inoponibilidad, abuso, fraude, entre otras consecuencias... (CSJ SC 2476 de 2019, rad. 2014-01635).

2.4.7. Debido a la necesidad de ampliar tal regulación a los demás tipos societarios, la ley 1564 de 2012, a través de la cual se expidió el Código General del Proceso y se dictaron otras disposiciones, consagró en el literal d) del numeral 5 de su artículo 24 que la Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a: *«[l]a declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicios de terceros, (sic) **[L]os accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.** Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.»* (Resaltado impropio).

Según se desprende de este canon, se trató de la reproducción del otrora precepto plasmado respecto de la sociedad por acciones simplificadas, amplificado en su campo de acción para extender esa prerrogativa en contra de cualquier entidad vigilada por la Superintendencia de Sociedades, acompañada de la consecuente pretensión indemnizatoria que puede ser solicitada de forma independiente, como también lo puede ser la nulidad, o deprecadas en conjunto.

A pesar de que tal disposición está contenida en una compilación legal de indudable connotación procesal, como es el Código General del Proceso, el carácter sustancial del aparte intermedio del literal de marras resulta innegable, en la medida en que a una situación específica -como es el uso de la sociedad sometida a supervisión de la Superintendencia de Sociedades para cometer actos contrarios a la ley o en perjuicio de terceros- atribuyó una consecuencia jurídica determinada, esto es el levantamiento del velo corporativo para hacer extensiva la responsabilidad -de forma solidaria- por las obligaciones de allí derivadas, con respecto a los accionistas y administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos.

Lo anterior, por cuanto tiene sentado la doctrina de esta Corporación que tienen tal connotación aquellas normas que a una situación fáctica específica dan una consecuencia también concreta, esto es, declaran, crean, modifican o extinguen la relación jurídica que media entre los intervinientes, al decir *«que por normas de derecho sustancial debe entenderse las que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas, es decir, las que se ocupan de regular una situación de hecho, respecto de la cual deba seguirse una consecuencia jurídica...»* (CSJ AC de 18 nov. 2010, rad. 2002-00007).

3. Caso concreto.

3.1. Según se desprende de la precedente y breve reconstrucción normativa en materia mercantil, la

declaración de nulidad de las órdenes de compra números 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011, así como la consecuente desestimación de la personalidad jurídica de los convocados, deprecadas con base en el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, resulta aplicable a partir de la entrada en vigencia de tal ordenamiento adjetivo, el cual fue expedido a través de la Ley 1564 de 12 de julio de 2012, publicada en el Diario Oficial 48489, pues por mandato del numeral 1 de su artículo 627, *«[l]os artículos 24, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.»*

Traduce esto que el instituto de la desestimación de la personalidad jurídica societaria invocado por la demandante y consagrado en el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, entró a regir a partir del 12 de julio de 2012.

Recuérdase, porque viene al caso, que la regla general en materia de aplicabilidad de la ley en el tiempo es su irretroactividad, por mandato del artículo 58 de la Carta Política, a cuyo tenor *«la propiedad y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles [...] no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores...»*; en concordancia con el canon 29 de la misma obra, según el cual *«[n]adie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio»* (inc. 2, C.P.).

Por consecuencia, la Corte colige la inaplicabilidad del mandato legal invocado en el *sub-examine*, por ser posterior y no gobernar la controversia, al margen de lo deprecado por la demandante con insistencia en las instancias del juicio así como en sede extraordinaria, habida cuenta que los hechos genitores de la contienda ocurrieron en el año 2011, como abrevia del relato factual plasmado en el libelo.

En efecto, The Shopping Metal Inc. pidió la nulidad de las órdenes de compra números 500105 y 500106 de 22 de agosto de 2011, porque desde el 17 de junio de ese mismo año la junta directiva de Aluminio Reynolds Santodomingo había decidido, según Acta 525, solicitar la liquidación judicial de tal empresa, lo cual concretó al radicar esta demanda ante la Superintendencia de Sociedades el 10 de octubre de 2011 -15 días después de recibido el aluminio- y ese libelo fue admitido el 4 de noviembre siguiente, fecha en que la misma junta directiva ratificó en asamblea extraordinaria la decisión de 17 de junio.

Así las cosas, diáfano surge que los hechos juzgados a petición de The Shopping Metal son anteriores al surgimiento de la consecuencia implorada, temporalidad que impedía e impide la prosperidad de las pretensiones de la promotora.

En otros términos, la censura bajo estudio carece de la trascendencia necesaria para que esta Corporación acceda al recurso extraordinario, pues aún de concluir que el tribunal cometió los errores probatorios alegados, la Corte situada en

sede de instancia no podría acceder a las peticiones de la accionante, tema sobre el cual ha expresado que:

A tono con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, tiene establecido la jurisprudencia vernácula de la Corte que dicho medio de impugnación, no obstante habilitarse frente a aquellas sentencias que, como resultado de errores en la apreciación probatoria, resultan infringiendo la ley sustancial, no constituye una instancia más en la que pueda intentarse una aproximación al litigio, de suerte que, tratándose de la causal primera y cuando se acusa al fallador de haber incurrido en ese tipo de yerros, será necesario que el recurrente demuestre, si de error de hecho se trata, no sólo que la equivocación es manifiesta, abultada o evidente, es decir, que “puede detectarse a simple golpe de vista, tanto que para descubrirlo no se exigen mayores esfuerzos o razonamientos, bastando el cotejo de las conclusiones de hecho a que llega el sentenciador y lo que las pruebas muestren” (cas. civ. de 2001; exp. 6347), sino que también es trascendente, “esto es, influyente o determinante de la decisión ilegal o contraria a derecho; lo cual, descarta, entonces, según lo tienen entendido jurisprudencia y doctrina, aquellos errores inocuos o que no influyen de manera determinante en lo dispositivo de la sentencia, porque su reconocimiento ningún efecto práctico produciría” (cas. civ. de octubre 20 de 2000; exp: 5509), por lo menos frente al cometido de la Corte de proveer a la realización del derecho objetivo que, en esa hipótesis, no se vería lesionado. (CSJ S-158 de 2001, rad. n.º 5993, resaltado impropio).

En suma, aun cuando el tribunal de segunda instancia hubiera cometido los errores en la valoración probatoria a él endilgados a través del presente mecanismo extraordinario de la casación, lo cierto es que la nulidad deprecada con sus consecuentes condenas estaba conminada al fracaso, en razón a que el ordenamiento jurídico sustancial que prevé tal efecto, según la demanda de casación y sobre el cual fue erigido el *petitum*, resulta inaplicable al caso de autos, por surtir efectos temporales con posterioridad a la ocurrencia de los hechos auscultados.

3.2. Aunque los precedentes razonamientos bastan para desestimar el reproche de que se trata, en adición la Sala observa que el embate carece de claridad en la medida en que, según se anotó en esta providencia, las diversas regulaciones adoptadas en nuestra legislación mercantil para instituir el levantamiento del velo corporativo poseen marcadas diferencias, en materia de legitimación activa y pasiva, requisitos axiológicos, temporalidad, entre otros aspectos.

Sin embargo, el reproche casacional amalgama la nulidad y la desestimación de la personalidad jurídica deprecadas con base en el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso, con la vulneración del artículo 83 de la Constitución Política -que consagra el principio de la buena fe-, así como respecto del precepto 61 de la ley 1116 de 1996 -que prevé la responsabilidad de los controlantes en la incursión de una entidad en situación de insolvencia o liquidación judicial-.

Es decir, el cargo yuxtapone diversas modalidades levantamiento del velo corporativo, cual si se tratara de una totalizadora, sin siquiera explicar por qué sería viable esa unión, o si se trata de la aplicación de una sanción legal o, por el contrario, es consecuencia indemnizatoria fruto del daño o del abuso del derecho. Tampoco argumenta si en esta oportunidad está acudiendo a la aplicación de principios generales del derecho tras al desconocimiento de reglas de legalidad, máxime cuando a lo largo del litigio la demandante invocó la desestimación de la personalidad jurídica erigida en

el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso y el canon 29 de la ley 222 de 1995, al punto que en la sustentación de la apelación radicada contra el fallo de primera instancia reiteró que era aquel precepto el pilar fundamental de sus súplicas.

En otros términos, el embate casacional está ayuno de claridad para intentar el empleo de la supuesta sanción de nulidad solicitada con base en otra regla o principio de derecho diversa a la invocada en las instancias del litigio.

Por ende, el cuestionamiento resulta obscuro, aspecto sobre el cual ha sido enfática la Corte en señalar que:

... las acusaciones imprecisas o las ayunas de claridad –v.gr. las totalmente desenfocadas, las alambicadas, farragosas o las etéreas-; los reproches que, por situarse en la periferia o, en el mejor de los casos, en el umbral del raciocinio judicial pertinente, no permean la almendra de la providencia que emana del fallador; o las glosas que, por generales, vagas o panorámicas, no descienden cabal y puntualmente a la médula de la decisión del Tribunal o al análisis de la prueba respectiva, no están en consonancia con las reglas que, de marras, estereotipan la casación... (CSJ SC003, 5 feb. 2001, reiterada en AC6986, 27 nov. 2015, rad. n.º 2009-00218-01).

Lo considerado traduce que el reproche no es de recibo, al estar vedado para la Corte suplir esta falencia en virtud del principio dispositivo que rige este mecanismo extraordinario de defensa.

Destácase, sobre estos aspectos, que los errores de hecho y de derecho en la estimación del acervo probatorio, con virtualidad de ocasionar el quiebre de una sentencia de

instancia por vía del recurso de casación, exigen que esas falencias llevaran al juzgador a obtener conclusiones probatorias manifiestamente equivocadas; y que como consecuencia vulneró, como mínimo, una norma sustancial que haya sido, o debido ser, base esencial de la providencia recurrida, presupuesto éste que en el *sub lite* aparece incumplido, en tanto que el literal d) del numeral 5 del artículo 24 del Código General del Proceso es atemporal al caso y la supuesta conculcación de otros preceptos sustanciales no fue desarrollada de manera clara.

Es insuficiente invocar de forma general la violación de la ley sustancial, como quiera que igualmente sea de rigor para quien recurre señalar específicamente la norma de ese tipo infringida por el juzgador *ad quem*, argumentar cómo fue -o debió ser- base esencial de la sentencia, explicar cómo se transgredió ese precepto y la relevancia de su vulneración en la parte resolutive del fallo atacado.

Por supuesto que tratándose las causales primera y segunda de casación, que aluden a la violación de la ley sustancial, la disposición invocada será la que determine el reconocimiento o no del derecho en disputa, de modo que sin la singularización de la norma presuntamente vulnerada en los términos indicados a espacio es imposible la confrontación entre aquellas y la sentencia impugnada, falencia que bastaría para desestimar el cargo en razón a que:

(...) deja incompleto el ataque, al decir de la Sala, '(...) en la medida en que se privaría a la Corte, de un elemento necesario para hacer la confrontación con la sentencia acusada, no pudiéndose, ex officio, suplir las deficiencias u omisiones en que incurra el casacionista en la formulación de los cargos, merced al arraigado carácter dispositivo que estereotipa al recurso de casación'.

Desde luego, no cualquier precepto califica como sustancial, sino únicamente, cual lo tiene decantado esta Corporación, si declara, crea, modifica o extingue una relación jurídica concreta, esto es, cuando regula una situación de hecho, seguida de una consecuencia jurídica. Carecen de esa connotación, por lo tanto, las normas que definen fenómenos jurídicos o describen sus elementos, pues al ser tales, en línea de principio, no atribuyen derechos subjetivos; tampoco, por lo mismo, las que regulan determinada actividad procesal o probatoria. (CSJ AC481 de 2016, rad. n.º 2007-00070).

4. Total, la decisión del tribunal, cuestionada por esta vía extraordinaria, no vulneró el ordenamiento sustancial invocado en el único cargo de la demanda de casación, por lo que este reproche es impróspero.

5. De todo lo analizado emerge la frustración de la impugnación extraordinaria, la imposición de costas a su proponente, según lo previsto en el inciso final del artículo 349 del Código General del Proceso, y el señalamiento de agencias en derecho como lo dispone el precepto 365 numeral 1º *ibídem*, para lo cual se tendrá en cuenta que Michael Gil Gómez y Alúmina S.A. replicaron la demanda de casación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero: NO CASAR la sentencia proferida el 25 de junio de 2019 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso verbal que promovió The Shopping Metal Inc. contra Aluminio Nacional S.A. «Alúmina S.A.», Empresa Metalmecánica de Aluminio S.A. «Emma y Cía. S.A.», Aluminio Reynolds Santodomingo S.A. en liquidación judicial «Reynolds S.A.» y Michael Gil Gómez.

Segundo: Condenar en costas a la recurrente en casación y a favor de Michael Gil Gómez y Alúmina S.A. Practíquese su liquidación en los términos del canon 366 *ibídem*, incluyendo por concepto de agencias en derecho en casación la suma de \$6'000.000 que fija el magistrado ponente.

Tercero: Reconocer personería a Tamayo Jaramillo y Asociados S.A.S. como apoderada judicial de Michael Gil Gómez y Alúmina S.A.

En firme esta providencia, vuelva el proceso al despacho de origen.

Notifíquese,

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidente de la Sala

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por Magistrado(a)(s):

Hilda Gonzalez Neira

Martha Patricia Guzmán Álvarez

Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Luis Alonso Rico Puerta

Octavio Augusto Tejeiro Duque

Francisco Ternera Barrios

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 5D7168EDC504E97A20EE49A0E482ADB5AF17D6F28F61D2FF9902C0B8EFBC9CCB

Documento generado en 2022-06-08