

Segunda parte

Discursos de ascenso e ingreso como Miembros de la Academia Colombiana de Jurisprudencia



Revista de la Academia
Colombiana de Jurisprudencia
enero-junio, 2024

RESPUESTA A LA INTERVENCIÓN DE LA ACADÉMICA CONSUELO ACUÑA TRASLAVIÑA EN SU ASCENSO A MIEMBRO DE NÚMERO

Juan Rafael Bravo Arteaga*
Académico honorario

Señoras y señores:

El acto académico que nos congrega en esta tarde tiene por objeto el ascenso de la doctora Consuelo Acuña Traslaviña, de la calidad de Académica correspondiente a la calidad de Académica de número.

La doctora Consuelo Acuña es egresada de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. En el curso de sus estudios, se distinguió como una alumna especialmente brillante y como una destacada dirigente estudiantil. Ha sido presidenta del Colegio de Abogados Rosaristas y es profesora titular de Derecho Comercial y de Derecho Societario en la Universidad del Rosario. Ha sido la fundadora de la

* Doctor en Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Profesor emérito desde 1996, y profesor honorario desde 2005 de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Ha sido director de Impuestos Nacionales (1960 a 1963), presidente del Instituto Colombiano de Derecho Tributario (1965, 1972, 1984, 1995 y 2013), gerente de Impuestos de Arthur Andersen & Co. (1963 a 1967), consiliario del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (1965 a 1968 y 1979 a 1986), conjuer del Consejo de Estado (2006 a 2013), miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y presidente de la misma (1983 a 1987, 2002 y 2003), Miembro honorario y medalla al mérito “Camilo Torres Tenorio” (2013) del Colegio de Abogados Rosaristas. Contacto: jrbravo@bravoabogados.co

prestigiosa oficina de abogados, “Acuña, Acuña y Bermúdez”, de muy destacada importancia en el campo del Derecho Comercial.

Para la Academia Colombiana de Jurisprudencia es de inestimable valor contar con las luces intelectuales y la fuerza moral de la, desde hoy, Académica de número, doctora Consuelo Acuña Traslaviña.

El tema escogido por la doctora Consuelo Acuña para su posesión es: “El levantamiento del velo corporativo como sanción por el abuso del derecho y el fraude a través de sociedades”.

Comienza la doctora Acuña por destacar la importancia de las sociedades civiles y comerciales en la civilización moderna. Al respecto, afirma que las compañías “son uno de los ejes principales de la globalización, del intercambio de bienes y servicios, del desarrollo de las economías a gran escala y del progreso económico de los países”.

Lo dicho por el Código de Comercio en su artículo 96, en el sentido de que “la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”, constituye una norma con un profundo significado jurídico.

Recuerda el tratadista Luis Recaséns Siches en su libro *Filosofía del Derecho* que

... la palabra *persona* significa originalmente y en sentido propio la *máscara*, la careta, que para amplificar su voz usaban los actores en el teatro y que el Derecho la empleó metafóricamente para denotar al sujeto de las relaciones jurídicas.¹ (Énfasis agregado)

Desde el punto de vista de la *Filosofía del Derecho*, Kelsen dice que la personería jurídica de los entes colectivos constituye una atribución del Derecho a la “conducta recíproca de varios individuos en vista de un cierto fin”.²

Estos antecedentes doctrinarios explican el porqué de la expresión utilizada por varios tratadistas de Derecho Comercial: “levantamiento del velo corporativo”, para expresar el proceso para aplicar la sanción jurídica a las conductas fraudulentas de los administradores y socios de las sociedades

¹ Luis RECASÉNS SICHES, *Filosofía del Derecho* (México: Editorial Porrúa S.A. 1959), 270.

² *Ibidem*, 269.

civiles o comerciales, ya que, al descorrer la cortina de la personería jurídica atribuida a los entes colectivos, aparece la responsabilidad de los socios y administradores sociales que han actuado a nombre y por cuenta de la sociedad.

En la legislación colombiana es muy importante el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, acerca de las sociedades por acciones simplificadas, el cual estableció la figura de la “desestimación de la personalidad jurídica”, utilizando una expresión proveniente del derecho anglosajón que es: *disregard of legal entity*. El mencionado artículo dice:

Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude de la ley, o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos fraudulentos, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

Es preciso destacar los siguientes elementos integrantes de la norma transcrita:

1. La figura se denomina “desestimación de la personalidad jurídica”, que corresponde a la expresión anglosajona: *Disregard of legal entity*, en lugar de la expresión metafórica utilizada por varios tratadistas: “levantamiento del velo corporativo”.
2. Es aplicable en los casos de operaciones realizadas por las “sociedades por acciones simplificada” (SAS).
3. Los actos que dan origen a la aplicación de la norma consisten en las utilizations de la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.
4. Las consecuencias legales son: la responsabilidad solidaria con las obligaciones sociales surgidas de tales actos y la obligación de indemnizar los perjuicios causados.

Es preciso tener en cuenta, que la norma legal que se estudia se refiere a “las sociedades por acciones simplificadas”, por lo cual surge obviamente la pregunta de si puede ser aplicada, por analogía, en el caso de otras sociedades.

La analogía en la interpretación de la ley está prevista en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, que dice: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes...”.

Al comentar esta disposición, el tratadista colombiano de Derecho Civil, doctor Arturo Valencia Zea, dice lo siguiente:

Analogía, Noción y eventos en que es improcedente. Mediante la analogía se trata de elaborar una norma jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa, pues, una extensión de la ley a otros casos de los expresamente previstos.

[...] 1. En nuestro derecho positivo, la analogía está autorizada por el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 para subsanar las lagunas o defectos de la ley por la ley misma, es decir, que el caso imprevisto debe guardar semejanza con otro u otros casos regulador por la ley.

[...] 3. Es ilegítimo el empleo de la analogía cuando el caso concreto regulado por la ley constituye una excepción a una regla general, porque entonces es la regla general la que se aplica y no la excepción. Y porque sobre este particular se debe aceptar el principio tradicional de que las excepciones son de interpretación restrictiva.

[...] 4. Se estima como ilegítimo el empleo de la analogía cuando se trata de sanciones. Nuestro orden jurídico ha aceptado como regla fundamental el postulado de que sin texto legal claro y preciso no puede existir sanción. Este postulado tiene vigencia no solo en el derecho penal (*nulla poena sine lege*), sino también en el derecho civil. Todo se reduce a saber qué debe entenderse por sanción en derecho civil. En general es sanción civil todo perjuicio que haya de sufrir uno de los contratantes.

Conforme a esta doctrina, la norma en referencia no sería aplicable en el caso de que la sociedad que se utilice en fraude a la ley o en perjuicio de terceros sea una sociedad distinta de la sociedad por acciones simplificada, ya que, en primer lugar, la utilización de las sociedades para defraudar la norma legal o para perjudicar a terceros es lo excepcional, no lo normal, y porque la norma de que se trata es sancionatoria, ya que, como consecuencia de su aplicación se derivan: la solidaridad en el cumplimiento del contrato defraudatorio, y la obligación de reparar los perjuicios causados. Se trata de una sanción civil, pero sanción en todo caso.

En tales circunstancias surge la inquietud de si existirían otras normas legales de posible aplicación en un caso como el que se estudia.

Para responder a tal pregunta, es preciso analizar las siguientes disposiciones, de posible aplicación, a las cuales se refiere el discurso de la doctora Acuña en diversos párrafos de su trabajo, a saber: el artículo 2341 del CC, el artículo 105 del CCo, el artículo 794 del ET y el artículo 49, inciso 2º, de la Ley 1116 de 2006.

El artículo 2341 del CC obliga al pago de la indemnización a todo aquel que ha “inferido daño a otro”. No se trata, por consiguiente, de la “desestimación de la personería jurídica”, sino de la responsabilidad ante terceros que han sufrido daños en su persona o en sus bienes por la actuación del sujeto obligado a indemnizar.

Por su parte, el artículo 105 del CCo se ocupa de la responsabilidad de los asociados y de los administradores en el caso de la nulidad del contrato de sociedad por ilicitud del objeto o de la causa de tal contrato. Por lo tanto, no hace referencia a desestimación de la personería jurídica configurada legalmente, sino a la no configuración legal de la personería jurídica, que normalmente nace del contrato de sociedad, por la nulidad del contrato, por la existencia de causa u objeto ilícito

En cuanto al artículo 794 del Estatuto Tributario, se observa que, aunque comienza diciendo que “en todos los casos” los socios responderán por los “impuestos, actualizaciones e intereses” de las sociedades respectivas, termina excluyendo de la aplicación de tal disposición a los miembros de varias entidades y especialmente “a los accionistas de sociedades anónimas y asimiladas a anónimas”. Tal disposición resulta en verdad contradictoria, ya que no es verdad que la responsabilidad de los socios por los impuestos de la sociedad se aplique “en todos los casos” y, además, porque no se aplica en los casos más importantes en la práctica, como sería el de los “accionistas de sociedades anónimas y asimiladas”.

El inciso 2º del artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 establece que, en el régimen judicial de insolvencia, cuando se establece que la sociedad no lleva contabilidad de sus negocios en forma legal, el juez puede decretar la disolución y liquidación de la sociedad, caso en el cual los administradores, socios y contratistas responden subsidiariamente por las obligaciones

sociales. En este caso, la responsabilidad de las personas mencionadas depende del auto de disolución y liquidación de la sociedad, sin que se mencione la “desestimación de la personería jurídica”, propiamente.

De lo expuesto se concluye que la “desestimación de la personería jurídica”, como dice la ley sobre sociedades por acciones simplificadas (SAS), o “el levantamiento del velo corporativo”, como lo dicen metafóricamente los tratadistas, en el momento actual de la legislación colombiana, solo es aplicable en el caso de las sociedades mencionadas, las SAS, y también para efectos tributarios, a las sociedades que no sean anónimas o asimiladas.

En esta forma resulta muy apropiada, en mi concepto, la proposición de la doctora Consuelo Acuña, en el sentido de la conveniencia de la expedición de “un cuerpo normativo unificado, concentrado, robusto y que fije reglas claras para la aplicación del desconocimiento del velo corporativo”.

Al concluir el análisis, que ha hecho la doctora Consuelo Acuña Traslaviña, en su discurso de posesión como académica de número de nuestra institución, solamente me resta poner de presente, una vez más, la complacencia de todos los ilustres académicos de la entidad, por el merecido ascenso de la Dra. Acuña, que hoy nos reúne.

Muchas gracias

Bogotá, octubre 12 de 2023