

Bogotá D.C., 2 de Septiembre de 2015

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de constituir una Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) para hacer fraude a la ley o perjudicar a terceros?

What are the legal consequences that arise when a Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) is constituted to do fraud or to harm third parties?

Edith Alba Cecilia Pinchao Chalaca⁴⁵

Abstract

The **Sociedades por Acciones Simplificadas**, commonly known as **SAS**, offer to their stockholders a kind of company with multiple economic and juridical benefits. Nevertheless, this has caused that some of these **SAS** have been created with the aim to do fraud or to harm third parties, i.e. they are constituted with illicit purposes. As a result, the limited responsibility of partners becomes unlimited and shared; removing corporate image from juridical person, a legal phenomenon named *disregard of legal entity*.

Keywords: **Sociedad por Acciones Simplificada**, disregard of legal entity, fraud, harm to third parties.

Resumen

Las **Sociedades por Acciones Simplificada**, denominadas comúnmente **SAS**, ofrecen a los accionistas un modelo societario con muchos beneficios económicos y jurídicos. No obstante, esto ha causado que algunas de las sociedades que se constituyen como **SAS** lo hagan con el ánimo de efectuar fraude a la ley u ocasionar perjuicios a terceros, es decir, se configuran con fines ilícitos. Como consecuencia, la responsabilidad limitada de los asociados pasa a ser ilimitada y solidaria, fenómeno denominado *desestimación de la personalidad jurídica*.

Palabras clave: Sociedad por Acciones Simplificada, desestimación de la personalidad jurídica, fraude a la ley, perjuicio a terceros.

45 Estudiante de Derecho en Universidad Nacional de Colombia. E-mail: ecpinchaoc@unal.edu.co

I. Introducción

Con la nueva figura jurídica de las Sociedades por Acciones Simplificada (SAS), establecida mediante la Ley 1258 de 2008 revoluciona el derecho societario nacional en Colombia, creándose constantemente empresas bajo este tipo societario. Esto sucede debido a que las SAS tienen enormes ventajas jurídicas y económicas, puesto que presentan normas flexibles para la regulación de su constitución y funcionamiento.

No obstante, la maleabilidad que poseen las SAS ha ocasionado que en ciertas circunstancias se utilice su establecimiento para defraudar la ley o causar perjuicios a terceros. Ante dicha contingencia, se derivan consecuencias jurídicas particulares que son reguladas por la ley dando plena seguridad jurídica. De este modo, cuando ciertas empresas se forman bajo este tipo societario con fines ilícitos, la Ley 1258 de 2008 ha manifestado que hay lugar a *desestimar la personalidad jurídica* y a modificar la responsabilidad limitada de los socios, trasladándola hacia una responsabilidad solidaria e ilimitada con el resultado de indemnización de perjuicios a quien ha sufrido el daño.

De esta forma, para terceros que resulten afectados de los actos fraudulentos de la constitución de alguna SAS, la ley ha precisado que ante dicho inconveniente, la parte afectada puede acudir a la Superintendencia de Sociedades o a los jueces civiles para dar solución a tal dificultad. Así también ha de destacarse que ante múltiples conflictos que se presenta en las SAS, entre uno de ellos el carácter ilícito de constitución de este tipo societario, la forma de solucionarlos puede ser ante el Derecho de Arbitraje o ante la Superintendencia de Sociedades.

El método que se utiliza para el desarrollo de este estudio referente a las consecuencias jurídicas que se derivan de la constitución de las Sociedades por Acciones Simplificada, cuando la finalidad es defraudar a la ley o causar perjuicio a terceros, es a través de un análisis legal, jurisprudencial y doctrinal, ello con el objetivo de alcanzar una mayor comprensión mediante una justificación seria.

Este escrito está desarrollado de la siguiente manera, cuenta con un problema o pregunta de investigación y su respectiva hipótesis fundamentada en este artículo. Se encuentra dividido en tres partes, en primer lugar, se desarrolla de forma corta y concisa derecho comparado respecto a las SAS. En segundo lugar, se realiza una contextualización sobre las Sociedades por Acciones Simplificada. En tercer lugar, se abarca el tema de investigación referente a las consecuencias jurídicas que se derivan de la constitución de las SAS cuando hay fin ilícito, defraudando a la ley o a terceros. Y finalmente, de forma breve y sucinta se presentan conclusiones concretas de este estudio.

II. Derecho comparado

La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) es un modelo europeo, de forma aún más precisa es un modelo societario francés que surge en 1994 y que en su momento solo hacían parte de ella personas jurídicas, puesto que sus criterios eran bastante estrictos para su constitución. Este tipo societario es adoptado en Francia como un subtipo de la sociedad anónima, cuyo destino es flexibilizar y modernizar el derecho societario continental (López Guzmán & Morgestein Sánchez, 2011). Después de 1999 este tipo societario se hace más flexible, permitiendo la conformación de sociedades por personas naturales. También Alemania expide

una regulación semejante para las sociedades por acciones cerradas que no cotizan en el mercado de valores. Posteriormente en España se implanta esta figura mediante la expedición de la Ley 7 de 2003, la cual sería denominada “Sociedad de Nueva Empresa” como una modalidad semejante a las limitadas, con un objeto social amplio, un régimen flexible en lo que concierne a su constitución, dirección empresarial y el manejo contable y financiero de la sociedad (López Guzmán & Morgestein Sánchez, 2011).

A nivel latinoamericano, Brasil acoge este tipo de sociedad mediante la Ley 10303 de 2001. Luego en el año 2007, Chile adopta este modelo societario mediante Ley 20190 con el objetivo de fomentar la industria del capital de riesgo y modernización del mercado de capitales (González Benjumea, 2012). En el año 2008, Colombia adopta este tipo societario mediante la Ley 1258 de 2008, cabe aclarar que ya se contaba con antecedentes que dieron origen a las SAS, como fueron las denominadas “Empresas Unipersonales”.

III. Contextualización de la sociedad por acciones simplificada

Contextualizando un poco, la Sociedad por Acciones Simplificada es una sociedad de capitales de naturaleza comercial, independiente de las actividades dadas en su objeto social. Este tipo societario constituye en la actualidad una herramienta que permite garantizar que el funcionamiento de las empresas sea más flexible y más dinámico en una economía globalizada.

Es bueno resaltar que Colombia antes del año 2000 ya tenía acercamientos con la Sociedad por Acciones Simplificada, esto se aprecia de forma clara en la Ley 222 de 1995, que en el capítulo VIII, artículo 71 y siguientes se observa la creación de la Empresa Unipersonal, permitiendo disposiciones que acoge la Ley 1258 de 2008.

La legislación colombiana adopta dentro del ordenamiento jurídico el régimen societario de la Sociedad por Acciones Simplificada, mediante la ley 1258 de 2008. De las SAS es preciso indicar que surge esta disposición en ánimo de encontrar variantes progresivas al régimen societario de las Sociedades Anónimas. Para abordar este tema del régimen societario de las SAS es preciso remitirnos al maestro Francisco Reyes Villamizar, quien preparó el proyecto y le dio vida a este modelo societario.

La doctrina señala que entre las ventajas en el establecimiento de las SAS se encuentra la instauración de normas flexibles para su constitución y para el desarrollo de su objeto. En este tipo societario tanto en la constitución como en el funcionamiento se encuentran ventajas económicas y jurídicas que se señalan a continuación en conformidad con la Ley 1258 de 2008, entre las cuales se resalta:

- a. Creación mediante documento privado, excepto cuando hay aportes en inmuebles dado que deberá hacerse mediante escritura pública (Art.5).
- b. Su duración es indefinida y su objeto social indeterminado (Art. 5, num. 4 y 5).
- c. Su constitución no está ajustada a un monto determinado de capital social, ni a un número específico de trabajadores y no hay un cubrimiento mínimo para conformar los montos de capital suscrito y capital pagado. Se debe tener en cuenta que se les otorga hasta dos años para que paguen el capital suscrito (Art. 9).
- d. Los accionistas no responden por las deudas laborales y fiscales de la sociedad, no obstante, hay excepciones que será el motivo de este estudio, pues ante la constitución

con fines ilícitos la obligación será solidaria e ilimitada. La ley 1258 de 2008 sanciona esta conducta, indicando la desestimación de la personalidad jurídica (Art.42)

- e. En este tipo social no será obligatoria la existencia de la junta directiva, es suficiente con el representante legal (Art. 25)
- f. No hay obligatoriedad de contar con revisor fiscal dentro de la estructura funcional de las SAS (Art. 28)

Las SAS sin duda alguna, es un régimen flexible que hace posible cualquier negocio o actividad comercial. En primer lugar, porque no es necesario que se constituya por escritura pública (Ley 1258 de 2008, Art. 5), a diferencia de los demás tipos societarios que es obligatorio hacerlo de acuerdo con el art. 110 del Código de Comercio. En segundo lugar, porque este tipo de sociedad otorga a los constituyentes amplia libertad y autonomía en lo que se refiere a la organización de la sociedad (Ley 1258 de 2008, Art. 17). Esto se hace atendiendo a los principios constitucionales, legales y doctrinales que regulan la libre empresa.

IV. Consecuencias jurídicas generadas al constituir Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) en fraude a la ley o en perjuicio a terceros

Cabe señalar que la responsabilidad de los socios en la Sociedad por Acciones Simplificada, está limitada al monto del capital aportado. Lo que quiere decir que los accionistas no tienen responsabilidad por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

No obstante, existe una excepción a esta regla y es cuando se lleva a cabo por decreto del juez o árbitro, el levantamiento del velo corporativo o *desestimación de la personalidad jurídica* a razón de una constitución social ilícita que se haya realizado con el ánimo de hacer fraude a la ley u ocasionar perjuicios a terceros; aquí los socios responden solidaria e ilimitadamente con su patrimonio.

La configuración de las SAS con fines ilícitos se debe a su carácter maleable, justificado en la facilidad en su proceso constitutivo y funcional, a razón de la prevalencia de la voluntad de los accionistas constituyentes sobre las disposiciones legales en el ordenamiento jurídico, es decir, prevalecen las normas dispositivas sobre las normas imperativas (González Benjumea, 2012).

En este sentido, las características que presenta las SAS como: la limitación de la responsabilidad, el carácter amplio respecto a su objeto social, el término de duración indefinido, entre otras características, hacen que para algunos sujetos sea entendida como propensa para perjudicar a terceros o para defraudar a la ley alcanzando sus intereses de forma ilegal.

En un principio, tal y como lo manifiesta Oscar Humberto González, este tipo societario es un icono muy atractivo. Dado que la ley 1258 de 2008 contempla en su artículo 1, como ya había sido mencionado antes, que los socios constituyentes *“solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes, salvo en lo previsto en el artículo 4246 el o los accionistas no serán*

46 Artículo 42. (LEY 1228 DE 2008) DESESTIMACION DE LA PERSONALIDAD JURIDICA. *“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 participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios ocasionados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de*

responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”

De este modo, como ya se había mencionado anteriormente, cuando se constituyen Sociedades por Acciones simplificada con ánimo fraudulento, las consecuencias jurídicas que se derivan de tales actos, es que hay *desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad* y se traslada la responsabilidad limitada de los aportes de los socios a una responsabilidad solidaria e ilimitada (Iliarte U, 2011). Esto se hace con ocasión de que no haya riesgo para terceros, ya sea proveedores, acreedores, empleados etc.

A. Aspecto legal

Debido a esta problemática ilegal al conformar una SAS, el legislador mediante la ley 1258 de 2008 advirtió y anticipó que ante este tipo de circunstancias, la consecuencia jurídica que se deriva es *desestimación de la personalidad jurídica o levantamiento del velo corporativo* o “*disregard of legal entity*” (González Benjumea, 2012).

En conformidad con nuestro ordenamiento jurídico se contemplan instrumentos que cumplen con la función del levantamiento corporativo y con la función de la indemnización de daños ocasionados a terceros por fraude a raíz de la constitución de una actividad de carácter ilícito. Esta normatividad se consagra:

- A. En el artículo 49 numeral 8 de la Ley 1116 de 2006.
 - a. En el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006.
 - b. En el artículo 82 de la Ley 1116 de 2006.
 - c. En el artículo 83 de la Ley 1116 de 2006.
 - d. En el artículo 31 de la Ley 222 de 1995.
 - e. En el artículo 71 de la Ley 222 de 1995.
 - f. En el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, se establece la responsabilidad subsidiaria.
 - g. En el artículo 207 de la Ley 222 de 1995 se contempla la responsabilidad por actos fraudulentos.
 - h. En los artículos 58 y 83 de la Constitución Política y en el artículo 2351 del Código Civil, se contempla el deber constitucional de no hacer daño al otro.
 - i. En el artículo 830 del Código Civil, se consagra la responsabilidad por abuso del derecho.

Para efectos prácticos de este análisis, estas normas hacen alusión a la responsabilidad civil cuando se causa perjuicio a terceros, así pues cuando la prenda general de los acreedores es desmejorada con ocasión de conductas dolosas y culposas de los socios, administradores, revisores fiscales y empleados, estos serán responsables civilmente con la respectiva indemnización de daños.

Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario”

No obstante, se exceptúan aquellos socios que no tengan conocimiento de la acción u omisión o no hayan estado de acuerdo con efectuar dicho acto. Así también cuando hay incumplimiento o extralimitación de funciones, violación a estatutos, se presume la culpa del interviniente.

Es así que la limitación del riesgo de las sociedades de capital no puede ser catalogado como un derecho absoluto, porque puede ser utilizado de forma indiscriminada por los asociados, dado que a partir de su uso se defraudan intereses legítimos de terceros. No obstante, se puede acudir a herramientas legales con las que cuenta el ordenamiento jurídico con ocasión del levantamiento del velo corporativo, esto con finalidad de obtener reparación en el daño que acontece (López Guzmán & Morgestein Sánchez, 2011).

B. Aspecto jurisprudencial

La jurisprudencia, de acuerdo a la sentencia C-865 de 2004 ha indicado que cuando se vulnera el principio de la buena fe contractual y se haga uso de la sociedad sin un propósito constitucional válido, sino con una intención de defraudar los intereses de terceros, entonces el ordenamiento jurídico puede llegar a hacerlos responsables a los asociados, cabe aclarar aquí, que es con un fundamento diferente de las relaciones que surgen del contrato social.

Ante dicho incidente, se ha aplicado la teoría del levantamiento del velo corporativo a nivel nacional. En este sentido, el Consejo de Estado, sección tercera, hace referencia a la modalidad anglosajona conocida como *–deputización–*, lo cual va encaminado a desconocer la separación de socios o accionistas de la sociedad cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas.

Este fenómeno ha tenido ocurrencia permanente, por lo cual ha sido objeto de análisis por la máxima autoridad de lo Contencioso Administrativo, cuando se ha utilizado la sociedad de personas con el propósito de desconocer inhabilidades e incapacidades para las personas naturales en lo relacionado a la contratación estatal (López Guzmán & Morgestein Sánchez, 2011).

Todo ello ocasionado sin perjuicio de la responsabilidad del Estado, como se establece en el artículo 90 de la Constitución Política por omisiones en que pueden incurrir los órganos de la inspección, vigilancia y control de entes societarios.

C. Aspecto doctrinal

De acuerdo con Fabián López Guzmán, este autor manifiesta que la formación de sociedades cuyo fin es defraudar a la ley o causar perjuicios a terceros, es una actuación maliciosa, desleal o deshonesto por parte de los accionistas que genera un daño a terceros, es aquí precisamente donde se debe desconocer la limitación de dicha responsabilidad y exigir la reparación del daño ocasionado.

Todas estas herramientas legales son denominadas según la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo, cuyo propósito es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados respecto a los aportes que hicieron. Este proceso de la *desestimación de la personalidad jurídica* de la sociedad surge con la percepción de la mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación.

También cuando la sociedad se forma para burlar el ordenamiento jurídico o cuando aun después de haberse constituido en conformidad con la ley se desvía de su finalidad o cuando la persona jurídica es utilizada para actos o propósitos ilícitos.

En estos casos se configura un ejercicio anormal del derecho al que corresponde hacerle correctivos para que no persista tal abuso (López Guzmán & Morgestein Sánchez, 2011).

El doctrinante Oscar Humberto Gonzáles Benjumea, siguiendo al profesor Pablo Andrés Córdoba Acosta, ha manifestado que el levantamiento del velo corporativo conlleva a una sanción rigurosa, que merece desconocer total o parcialmente la personalidad jurídica societaria.

Por tanto, se hace necesaria la competencia de la Superintendencia de Sociedades para la declaratoria de nulidad de los actos celebrados por la persona jurídica, a través del procedimiento verbal sumario.

También se intenta una acción indemnizatoria a terceros por los perjuicios que se originaron por los actos fraudulentos, siendo competencia ya sea de la Superintendencia de Sociedades o de los Jueces Civiles de Circuito, esto es a través del procedimiento verbal sumario como ya se había susodicho (Gonzáles Benjumea, 2012, pág. 86).

Cabe resaltar que, ante la constitución fraudulenta de la Sociedad por Acciones Simplificada ha habido un desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal bastante amplio con vigilancia y control de órganos especializados para ello, pero esto no lo hace exento al ordenamiento jurídico, ni a terceros de dificultades de este tipo.

V. Conclusiones

- ✓ La Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) es una figura jurídica reciente en el derecho societario colombiano, creada mediante la Ley 1228 de 2008 y ha sido objeto de inversiones empresariales por las ventajas económicas y jurídicas que presenta en su constitución y funcionamiento.
- ✓ Las SAS pese a su flexibilidad y dinamismo algunas veces han sido constituidas con objeto ilícito, es decir, con el ánimo de hacer fraude a la ley u ocasionar perjuicios a terceros, no obstante, esto no ha sido razón para que dichas dificultades persistan en el ordenamiento jurídico. Es así, que la Ley 1258 de 2008 reglamenta este tema con la sanción de la *desestimación de la personalidad jurídica* y de la transformación de la responsabilidad limitada de los socios a una responsabilidad solidaria e ilimitada de los mismos.
- ✓ Además vale la pena destacar que en el nuevo régimen, los conflictos societarios se pueden resolver mediante recurso de Arbitraje Comercial o acudiendo a la Superintendencia de Sociedades, para que se lleve a cabo un proceso verbal sumario que resuelva las controversias entre los socios. Esto también aplica para eventos fraudulentos que ocasionan daños a terceros con lugar a indemnización, dado que hay amplia normatividad que da plena seguridad jurídica, en este caso también se puede acudir a jueces civiles del circuito.

- ✓ No obstante, el hecho de que haya un desarrollo amplio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina respecto a la constitución y funcionamiento de las SAS, ello no exime de los actos fraudulentos con que ciertas empresas se forman defraudando a la ley y a terceros.

Bibliografía

Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

González Benjumea, O. H. (2012). *Sociedad por Acciones Simplificada: Innovaciones legislativas, doctrinales y derecho jurisprudencial*. Medellín: Editorial UNAULA.

Iliarte U, L. A. (2011). *Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá: Editorial Kimpres Ltda.

Ley 1228 de 2008 (Sociedad por Acciones Simplificada)

López Guzmán, F., & Morgestein Sánchez, W. I. (2011). La sociedad por acciones simplificadas SAS: modelo estratégico empresarial para la estructura de Franquicias. En F. López Guzmán, *Derecho comercial en la era de la globalización* (págs. 1-50). Bogotá: Ediciones doctrina y ley Ltda.

República de Colombia. (1991). Constitución Política.

Reyes Villamizar, F. (2013). *SAS, la Sociedad por Acciones Simplificada*. Bogotá: Editorial Legis