

Exp. Exp. 11001-31-99-002-2018-00066-02

TEMA: DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURIDICA DE LAS SOCIEDADES SAS / LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES Y LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE SUS SOCIOS / ACCIONES SUSTANCIALES DERIVADAS DEL USO FRAUDULENTO DEL BENEFICIO DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS SOCIOS DE LAS SAS / LA INOPONIBILIDAD FRENTE A TERCEROS DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS POR SUS ACTOS FRAUDULENTO /LA NULIDAD DE LOS ACTOS DEFRAUDATORIOS.

EXTRACTO DEL FALLO

Acción de desestimación de personalidad jurídica y nulidad o revocación de ciertos actos por la conducta de los demandados al ejecutar una serie de actos para insolventar a una sociedad deudora de los demandantes y traspasar sus activos a otras sociedades, constituidas para tal propósito.

El Tribunal abordó las acciones derivadas del uso fraudulento de la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios en una Sociedad por Acciones Simplificadas considerando que el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 consagra 2 acciones diferenciadas. La primera, la extensión de la responsabilidad patrimonial a los accionistas y administradores que hayan realizado actos defraudatorios contra terceros, o que hubieren participado en los mismos, o los hubieren facilitado. Y la segunda, la nulidad o revocación de esos actos utilizados para defraudar, concluyendo que el elemento común de ambas acciones es la conducta antijurídica y dolosa de los socios o administradores para defraudar a terceros, sin que por ello sea posible confundirlas en una sola figura, pues cada una conlleva supuestos de hecho distintos que conllevan a consecuencias jurídicas diferentes.

En cuanto a la primera, resulta de la inoponibilidad de la limitación de responsabilidad de los socios por sus actos fraudulentos, situación en la cual la personalidad jurídica de la S.A.S. permanece y lo que se desconoce es la responsabilidad limitada de los accionistas. Su configuración requiere de la demostración de: i) la comisión de actos fraudulentos, los cuales llevan implícito, naturalmente, el dolo o mala fe del sujeto agente en su condición de autor, partícipe o facilitador; ii) la calidad de socio o administrador de quien comete tales actos; iii) que el fraude se haya cometido en nombre de la sociedad, es decir, valiéndose de ella como mero instrumento que se usa para esconder la voluntad fraudulenta de la persona natural que comete la trampa; iv) que el fraude produzca un daño jurídicamente relevante al tercero demandante, sin que la mera infracción de la ley legitime a quien no sufrió un menoscabo personal, real y cierto.

Por su parte, la revocación de los actos o negocios jurídicos mediante los cuales el deudor se

insolventó, presupone: i) La existencia de un crédito a favor del demandante y a cargo del demandado; ii) Que el acto o negocio jurídico mediante el cual el deudor transfirió los bienes que conformaban la prenda del acreedor haya producido un perjuicio al acreedor demandante, consistente en la insolvencia del deudor; iii) Que exista mala fe, dolo o intención fraudulenta del deudor en la celebración del negocio jurídico. Si el negocio jurídico es oneroso, la mala fe debe probarse tanto en el otorgante como en el adquirente; si es gratuito, basta demostrar la mala fe del deudor.

De lo anterior se colige que ambas acciones, como disimiles y excluyentes que son, no pueden iniciarse en una misma demanda, a menos que se acumulen como principales y subsidiarias (numeral 2o del artículo 88 del Código General del Proceso), y sólo en el caso en que la revocación de los actos fraudulentos no alcance su cometido, será procedente la acción de indemnización de perjuicios en contra del socio defraudador. Ello por cuanto la acción de inoponibilidad de la limitación de responsabilidad de los socios defraudadores es residual y subsidiaria porque si la sociedad deudora tiene bienes para responder por sus obligaciones, entonces no es procedente declarar la responsabilidad personal del socio o administrador, aquello que sucede cuando se logra la anulación de los actos fraudulentos y retornar sus efectos patrimoniales a la sociedad insolvente.

COPIA DEL TEXTO DEL FALLO

República de Colombia



Tribunal Superior
Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil

Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Discutido en Sesiones de Sala Virtual realizadas el 17 de junio, 31 de julio y 14 de agosto de 2020, siendo aprobado en la última de ellas.

Ref.: Exp. 11001-31-99-002-2018-00066-01

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia dictada el 16 de agosto de 2019, por la Superintendencia de Sociedades, en

N.E.S.V. Exp. 2018-00066-01

el proceso verbal de desestimación de la personalidad jurídica promovido por Jeffrey William Merriman contra Perú Mix S.A.S., Perú Mix Group S.A.S., Fast Causal Group S.A.S., Juan Luis Vera Acayturri, Ana María Palacio García y Julián Roberto Muñoz García.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

El actor pidió declarar la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades PERÚ MIX S.A.S., PERÚ MIX GROUP S.A.S. y FAST CASUAL GROUP S.A.S., como también reconocer que sus propietarios Juan Luis Vera Acayturri y Ana María Palacio García son responsables de la obligación que con él adquirió la primera sociedad en mención, toda vez que tramaron una serie de actos fraudulentos para insolventar a la deudora y traspasar sus activos a las otras prenombradas sociedades, constituidas para tal propósito.

Solicitó, también, declarar la nulidad de los actos calificados como defraudatorios, a saber:

- a) La transferencia de los establecimientos de comercio Perú Mix Laureles y PMX Poblado, efectuada por Perú Mix S.A.S. a favor de Ana María Palacio.
- b) La transferencia de la marca Perú Mix, realizada por Perú Mix S.A.S. a favor de Ana María Palacio y, la que ésta a su vez hiciera a Perú Mix Group S.A.S.
- c) La constitución de las sociedades Perú Mix Group S.A.S. y FASR Casual Group S.A.S., las cuales se usaron para distraer los bienes que conformaban el patrimonio de Perú Mix S.A.S. y dejar a los acreedores de ésta sin garantía de pago de su crédito.

Consecuencialmente, reclamó declarar que Ana María Palacio García y Juan Luis Vera Acayturri deben responder directamente por el crédito existente a favor del demandante, por ser los artífices de las maniobras defraudatorias, como también por

los perjuicios irrogados con el incumplimiento y con tal conducta; así mismo, declarar solidariamente responsable a Julián Roberto Muñoz García, quien como accionista y presentante legal de Perú Mix S.A.S. facilitó el desarrollo de dicho ardid.

Por último, pretendió se condene a los demandados a pagarle la suma de \$62'000.000 más intereses moratorios y la cláusula penal de \$15'000.000 pactada en el contrato de inversión suscrito entre Perú Mix S.A.S. y el demandante, así como los honorarios de abogado acordados en el aludido convenio.

Sustentó tales súplicas en la situación fáctica que se sintetiza, así:

1. En mayo de 2013, Ana María Palacio García, Julián Roberto Muñoz García y Yulieth Marcela Gil Gil constituyeron la sociedad Perú Mix S.A.S., con el objeto de administrar una cadena de restaurantes denominada Perú Mix, en la ciudad de Medellín.

2. El 6 de mayo de 2013, Jeffrey William Merriman y Perú Mix S.A.S., representada legalmente por Julián Roberto Muñoz García, celebraron un contrato de cuentas en participación, con el fin de abrir un nuevo establecimiento de comercio que se denominaría “Perú Mix Laureles”. El valor de la inversión fue de USD 16.500, a cambio de dividendos mensuales sobre las ganancias del establecimiento de comercio, los cuales sería pagados un año después de firmado el contrato.

3. El inversionista cumplió con su obligación en la fecha estipulada en el aludido negocio, pero Perú Mix S.A.S. nunca le pagó las utilidades correspondientes.

4. Las partes suscribieron un documento de “resciliación” del contrato de cuentas en participación, en el cual declararon que éste quedaría sin ningún efecto jurídico una vez se cumplieran las obligaciones allí pactadas a cargo de la deudora, es decir \$72'000.000 pagaderos el 31 de octubre de 2015.

5. La sociedad sólo pagó al inversionista \$10'000.000, por lo que el 29 de febrero de 2016 las partes suscribieron un “*acta de actualización de la resciliación del contrato de joint venture*”, mediante la cual Perú Mix S.A.S. se obligó a pagar a Jeffrey Merriman la

suma adeudada (\$62'000.000), en cinco cuotas mensuales, a partir de la fecha de este último acuerdo.

6. El 20 de abril de 2016 las partes suscribieron un “*otrosí a la resciliación del contrato de joint venture*”, en el que volvieron a modificar la fecha de cancelación de las cuotas, desde el mes siguiente hasta el 20 de septiembre de 2016.

7. En el referido otrosí también se pactó que Jeffrey Merryman es el propietario del 75% del valor de los bienes muebles que se encuentran en el establecimiento de comercio Perú Mix Laureles, de propiedad de Perú Mix S.A.S.

8. También convinieron una cláusula penal, equivalente al 25% de la deuda.

9. Perú Mix S.A.S. nunca cubrió la obligación a Merryman, por lo que éste inició el cobro ejecutivo, creyendo que contaba con la garantía para el pago de su crédito con los establecimientos de comercio Perú Mix Poblado y Perú Mix Laureles, la marca Perú Mix y los muebles del establecimiento Perú Mix Laureles, dado que todos ellos formaban parte del patrimonio de la deudora.

10. El actor no pudo hacer efectivo el pago coactivo del crédito, porque los socios de Perú Mix S.A.S. desaparecieron todo el patrimonio de ésta, el cual era prenda general de los acreedores; a pesar de lo cual los establecimientos de comercio siguieron operando de la misma manera y reportando ganancias.

11. En contra de Perú Mix S.A.S. cursaban veinte demandas ejecutivas, doce de las cuales fueron iniciadas por inversionistas a quienes nunca se les pagó su inversión en la sociedad.

12. El 29 de julio de 2016, Perú Mix S.A.S. transfirió los establecimientos de comercio Perú Mix Laureles y Perú Mix Poblado (ahora PMX Poblado) a Ana María Palacio García, quien solo se inscribió como comerciante en la Cámara de Comercio de Medellín el 1 de agosto de 2016, esto es, el mismo día en que se registró la aludida transferencia en el registro mercantil.

13. Los socios no sólo transfirieron fraudulentamente los bienes de la sociedad Perú Mix S.A.S. sino que, además, vendieron bienes ajenos porque el 75% de los muebles de Perú Mix Laureles eran de propiedad del demandante.

14. De igual modo, el 20 de abril de 2017 transfirieron a Ana María Palacio García la marca Perú Mix, a la que asignaron un valor de \$220.000.000.

15. el 16 de enero de 2017 los demandados inscribieron en el registro mercantil la constitución de otra sociedad (GP10 S.A.S.), que figura como administradora del establecimiento PMX Poblado.

16. La sociedad GP10 S.A.S. tiene el mismo domicilio social que Perú Mix S.A.S.

17. El 24 de octubre de 2016 se constituyó otra sociedad, denominada Perú Mix Cocina Casual S.A.S., cuyos socios son Juan Luis Vera, Juan Gonzalo Velásquez y Jorge Gómez. Ella es propietaria del establecimiento Perú Mix Mercado del Río.

18. Además de Perú Mix Cocina Casual S.A.S. y GP10 S.A.S., Ana María Palacio y Juan Luis Vera constituyeron las sociedades M7 Group S.A.S., Perú Mix Group S.A.S. y Fast Casual Group S.A.S., todas con el mismo domicilio, los mismos socios, la misma actividad económica y administrando los mismos restaurantes.

19. Juan Luis Vera y Ana María Palacio tejieron un complejo entramado de sociedades por acciones simplificadas para distraer los activos de Perú Mix S.A.S. a sus socios, transfiriéndolos luego a otras sociedades con el mismo nombre, objeto, establecimientos de comercio y marca; inclusive, idéntica página WEB, operaciones ejecutadas como maniobras para defraudar a sus acreedores.

2. Falta de concurrencia de los demandados.

El auto de 26 de septiembre de 2018 tuvo por no contestada la demanda (folio 290, C.2). Los demandados tampoco asistieron a la audiencia programada para rendir interrogatorio, ni aportaron las pruebas decretadas por el a quo (folio 340, C.2).

3. La sentencia recurrida.

Resolvió: a) Desestimar la personalidad jurídica de Perú Mix S.A.S.; b) Declaró a Ana María Palacio García y a Julián Roberto Muñoz García solidariamente responsables por los perjuicios causados al demandante, por el uso fraudulento de Perú Mix S.A.S., los cuales tasó en la suma de \$77.000.000 más sus respectivos intereses moratorios, generados desde el 20 de septiembre de 2016 hasta su pago; c) Declaró la nulidad absoluta de los contratos de compraventa de los establecimientos de comercio Perú Mix Poblado y Perú Mix Laureles a Ana María Palacio García; como también de la venta de la marca Perú Mix a la aludida demandada y de ésta a Perú Mix Group S.A.S.; d) Negó las demás pretensiones.

Como apoyo de esas declaraciones y condenas, esgrimió:

1. La falta de contestación de la demanda y la inasistencia de los convocados a la declaración de parte apareja las consecuencias adversas previstas en los artículos 97 y 372 del C.G.P.; de ahí, tuvo por ciertos los hechos de ese escrito susceptibles de confesión (hechos 5º, 6º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 14º, 16º, 18º, 20º, 23º y 28º del escrito introductor), así como aquellos sobre los cuales versaban las preguntas asertivas contenidas en el interrogatorio escrito, aportado para la práctica de esa prueba. Igualmente, dedujo en su contra un indicio grave en contra por la renuencia a aportar los documentos requeridos por ese Despacho. [Folio 806, reverso]

2. Respecto de la desestimación de la personalidad jurídica, explicó que es una figura consagrada por la ley (artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y literal d) del numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso), para hacerle frente al abuso de la utilización de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad; agregó, si la

sociedad se utiliza para defraudar la ley o terceros, su responsabilidad se hará extensiva a los accionistas o administradores que hubieran abusado de la figura societaria con fines defraudatorios o para evadir el cumplimiento de un precepto legal.

Recalcó que la carga de la prueba de los actos defraudatorios corresponde a la parte demandante, lo cual puede demostrarse por indicios tales como i) la pérdida de capacidad patrimonial de la sociedad para pagar sus obligaciones, ii) el traslado a otras sociedades de bienes necesarios para el desarrollo del objeto social, iii) la identidad de clientes en ambas sociedades, iv) la identidad de trabajadores en ambas sociedades, v) la identidad de accionistas en ambas sociedades, vi) la coincidencia de los lugares de operación de ambas sociedades, vii) la extracción irregular de activos por parte de los socios controlantes, viii) la enajenación de activos a título gratuito o por valores irrisorios, y ix) la malversación de fondos relacionada con los actos fraudulentos.

Consideró, en el caso concreto, que el material probativo acreditaba que los demandados actuaron irregularmente porque aprovecharon el levantamiento de las medidas cautelares practicadas en la ejecución adelantada contra Perú Mix S.A.S. para desmejorar la prenda general de los acreedores, al punto de dejar a esa sociedad sin activos, al enajenar a Ana María Palacio García los establecimientos de comercio Perú Mix Laureles, Perú Mix Poblado y la marca Perú Mix. Así mismo, advirtió que aquél acreditaba que esas transferencias se hicieron sin ninguna contraprestación económica, pues Perú Mix S.A.S. no recibió nada a cambio; además, revelaba que las compañías Perú Mix Group S.A.S. y Fast Casual Group S.A.S. tienen idéntico objeto social y fueron constituidas por los mismos accionistas. Finalmente, quedó en evidencia la parálisis del objeto social de Perú Mix S.A.S.

Así mismo, encontró demostrada la mala fe de Ana María Palacio García y de Julián Roberto Muñoz García, pues, en su calidad de accionista y representante legal, respectivamente, tenían conocimiento de las deudas contraídas por Perú Mix S.A.S., tal como lo corrobora la documental en que consta que contra la sociedad Perú Mix cursaban 20 procesos judiciales, 16 de los cuales eran ejecutivos.

Igualmente, estimó probada la mala fe de Juan Luis Vera Acayturri, ya que fue quien realizó las negociaciones con el demandante en el contrato de cuentas en participación; de manera que al comprar la marca Perú Mix, en representación de Perú Mix Group S.A.S., tenía pleno conocimiento de las deudas contraídas por Perú Mix S.A.S. y de sus activos; sin embargo, la responsabilidad debatida es extensiva a aquel, por no ostentar la calidad de accionista ni representante legal de Perú Mix S.A.S.

Estimó, también, que la desestimación de la personalidad jurídica de Perú Mix Group y Fast Casual Group S.A.S. no procedía en virtud de que esas sociedades “no fueron sujetos pasivos de la obligación insoluta a favor del señor Merrima” y, por ende, no era factible extender la responsabilidad por el cumplimiento de obligaciones de Perú Mix S.A.S. a accionistas y administradores de otras sociedades; tampoco accedió a declarar la nulidad de los actos de constitución de esas sociedades, dado que no se probó que su conformación tuvo como propósito exclusivo “defraudar los intereses de terceros”. Por último, concluyó que lo demostrado fue que los actos defraudatorios fueron las transferencias malintencionadas de los activos de Perú Mix S.A.S., más no la constitución de las nuevas sociedades. [Folio 811]

4. La alzada propuesta.

El demandante apeló ese fallo, y fundó su inconformidad en la negativa de desestimar la personería jurídica de Perú Mix Group y de Fast Group S.A.S., como también de extender la responsabilidad a Juan Luis Vera Acayturri. En síntesis, sustentó esos reparos así:

a) El acervo probatorio (confesión) revela que el señor Vera Acayturri fue el gestor principal del fraude, dado que es el verdadero dueño de los establecimientos de comercio y de la marca Perú Mix, además realizó la negociación con el demandante y es accionista de la sociedad Perú Mix Group S.A.S.

b) Perú Mix Group S.A.S. fue constituida con el fin exclusivo de defraudar acreedores y terceros, entre éstos al accionante, por cuanto fue conformada luego de perder Perú

Mix S.A.S. su capacidad patrimonial para responder por sus obligaciones, a través de la transferencia de sus activos a una de sus accionistas que pasó a ser socia de la primera sociedad mencionada, la cual lleva el mismo nombre, objeto social, clientes, establecimientos, redes sociales, sitio web.

c) Procedía desestimar la personalidad jurídica de las demás sociedades convocadas, por cuanto “a pese a no ser accionistas de Perú Mix S.A.S.”, sus “accionistas son los socios reales, con interés real en la sociedad original”, amén de haber creado establecimientos que tenían que haberse registrado a nombre de la sociedad Perú Mix S.A.S., ya que ese negocio era explotado por ella.

d) La no desestimación de la personalidad jurídica de las otras sociedades impide la extensión de los efectos de la sentencia a los activos de las mismas, especialmente, del negocio por ellas desarrollado, los cuales deben radicarse en cabeza de Perú Mix S.A.S.

e) Aunque el interrogatorio escrito presentado no contenía una pregunta respecto a que las sociedades Perú Mix Group S.A.S. y Fast Casual Group S.A.S. fueron instrumentales y determinantes del fraude a la ley y terceros cometidos por las personas naturales demandadas, las demás pruebas así lo acreditan.

CONSIDERACIONES

Están colmados los presupuestos procesales y no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado y, por consiguiente, procede emitir un fallo de mérito, precisando que la competencia de esta instancia está delimitada por los puntuales reparos formulados por el apelante y, por contera, a ellos se contraerá la resolución de la alzada (artículo 328 C.G.P.).

1. La personalidad jurídica de las sociedades comerciales y la limitación de responsabilidad patrimonial de sus socios.

La sociedad comercial es, por definición, un ente colectivo distinto a la persona de los socios individualmente considerados. De ahí que, una vez se ha constituido legalmente, su *personalidad jurídica* es el rasgo esencial que la distingue o caracteriza (inciso 2º del artículo 98 del Código de Comercio).

La personalidad jurídica es una situación que inviste a su portador de los efectos del ordenamiento jurídico, es decir, que le otorga derechos y le impone obligaciones. Es, en últimas, la facultad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones. (Francisco Ferrara, Teoría de las personas jurídicas. Madrid: Reus, 1929. p. 319)

Lejos de ser el producto de la fantasía de los juristas o una “ficción”, como se creyó en el pasado, la personalidad jurídica es el reconocimiento de una realidad que en la actualidad no se discute. Los entes morales (llamados así por contraposición a los individuos corpóreos o naturales) hacen presencia y se manifiestan en todos los ámbitos de la sociedad, penetran en todas partes, influyen activamente en la economía y producen efectos sobre toda la población. Luego, no son la creación de la ley de una personalidad nueva sino una fórmula para reconocer la existencia jurídica de un fenómeno que surge en la sociedad y en la economía y que, por tanto, no puede ser ignorado por el derecho.

Aunque una de las características principales de los entes morales es que tienen un patrimonio separado y se presentan ante el comercio como una unidad económica distinta de los socios que la conforman, ello no significa que la personalidad jurídica se circunscribe o limita a las relaciones patrimoniales, porque también concede otros atributos como el nombre, el domicilio, la nacionalidad, derechos públicos e, inclusive, en el ordenamiento patrio se les ha revestido de ciertos derechos susceptibles de tutela constitucional.

El patrimonio social es un atributo que permite responder con preferencia a los acreedores de la sociedad antes que a los socios, según la regla general contenida en el artículo 2488 del Código Civil, en virtud de la cual el patrimonio del deudor se constituye en prenda general de los acreedores. De ahí que, en caso de insolvencia, el

patrimonio social conforma una masa activa y pasiva independiente de la de los socios¹.

La limitación de la responsabilidad patrimonial es una forma de evitar que la desgracia de los negocios, que por su naturaleza son siempre riesgosos y dependen de las contingencias del azar, conlleve a la ruina de los integrantes de la sociedad.

Dependiendo del tipo de sociedad comercial, los socios responderán solidaria e ilimitadamente, solidaria y limitadamente hasta el monto de su aporte, responderán solo en los casos taxativamente expresados en la ley, o no responderán de ninguna manera. Pero aún en las sociedades colectivas y en comandita, la responsabilidad patrimonial de los socios colectivos o gestores es subsidiaria a la del ente social, es decir que sólo responden con su patrimonio cuando los activos de la sociedad se han agotado.

En las sociedades anónimas simplificadas (SAS), cuya personería jurídica surge una vez inscrito el documento² de constitución en el registro mercantil³ (Art.2º, Ley 1258 de 2008⁴), el riesgo de los accionistas está limitado al monto del capital aportado (Art.1º ibídem). *«Esa consecuencia económica -explica Francisco Reyes Villamizar- surge, inequívocamente, de la personificación jurídica que la ley le atribuye a la SAS después de su constitución regular. El beneficio de la separación patrimonial, además, les permite a los accionistas la transferencia de activos, el manejo separado de estos mismos y la posibilidad de enajenar las participaciones de capital (acciones)».* (La sociedad por acciones simplificada. Bogotá: Legis, 2010. P. 100)

¹ Ese patrimonio genera naturalmente en los entes jurídicos la limitación de la responsabilidad con dos efectos principales: el primero, consiste en que los bienes de la persona moral no se confundan con los de las personas que lo conforman; y, el segundo, las obligaciones o deudas que recaigan sobre esta última no pueden exigirse a aquellas.

² El contrato o el acto unilateral deberá constar en documento privado, autenticado ante notario por cada uno de los firmantes, a menos que los socios aporten bienes para cuya transferencia se requiera escritura pública (Art.5º, Ley 1258 de 2008).

³ Ese registro tiene un carácter constitutivo, pues la personalidad jurídica surge con la aludida inscripción. Mientras ese registro no se lleve a cabo se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho si fueren varios los asociados. Si lo constituyó una sola persona, ésta responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa (Art.7º, Ibídem), sin surgir en todo caso la personería jurídica ante la falta de inscripción.

⁴ **“La sociedad por acciones simplificada, una vez inscrita en el registro mercantil, formará una persona jurídica distinta de sus accionistas”** (negrillas fuera de texto).

La limitación de responsabilidad de los accionistas de la SAS es plena, según lo dispone el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor «*el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad*».

La única excepción que consagra la norma a la limitación plena de responsabilidad patrimonial de los accionistas de la SAS es la prevista en el artículo 42 *ibidem*, referido a las acciones con las que cuentan los terceros que resultan perjudicados por los actos fraudulentos de los socios.

En conclusión, en línea de principio, en ese tipo de sociedad los socios no responden por las obligaciones sociales y, por tanto, el levantamiento del velo corporativo⁵ sólo acontece de manera excepcional en la hipótesis autorizada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, precepto que dispone la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad por acciones simplificadas cuando dicha empresa se utilice en perjuicio de terceros o en fraude a la ley; empero, a esa figura, en cualquier sociedad que la admita⁶, incluyendo la SAS, según la jurisprudencia constitucional⁷, debe acudir de manera excepcional y restringida⁸.

Cabe anotar, además, que el levantamiento del velo corporativo⁹ está fundado en la buena fe negocial y el no fraude a la ley, encontrando respaldo en la Carta Política

⁵ “La desestimación de la personalidad jurídica”, también denominada “levantamiento del velo corporativo” o “desdormimiento del velo corporativo”, entre otras acepciones, es una figura que tiene por objeto el desconocimiento de la protección que brinda la limitación de la responsabilidad societaria. Ello con el propósito de sancionar a los socios por exceder el campo lícito de actuación que justifica que el Estado conceda personalidad a entes diferentes a los seres humanos, al aprovecharse de la separación patrimonial y eludir así el rigor de las normas imperativas o causar perjuicios a terceros. Una vez permeado el velo societario, los socios-administradores entrarán a responder de manera solidaria e ilimitada por los daños que se haya podido ocasionar a terceros. En todo caso, esa figura está enderezada a frenar el abuso del derecho y el fraude a la ley.

⁶ **Ley 222 de 1995: Art.71**, Parágrafo único (sociedad unipersonal); **148** (concordato o liquidación producida por causa de las actuaciones de la sociedad matriz o controlante); **207** (responsabilidad de los administradores); **Ley 142 de 1994, Art.37** (desestimación de la personalidad interpuesta en empresas públicas, comisiones de regulación y otras); **Ley 190 de 1995, Art.44** (las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta); **Ley 356 de 1997** y **Ley 1258 de 2008, Art.42**.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C865 de 7 de septiembre de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁸ Sin embargo, la Corte Constitucional también ha estimado que, con base en normas de tipo general y abierto, es posible predicar el levantamiento del velo corporativo, aunque en dichos preceptos no se disponga expresamente tal facultad (Arts.58, 83 y 95 Carta Política, Art.2341 del C.C. y Art. 830 del C. Cio.)

⁹La figura del levantamiento del velo societario surgió en los Estados Unidos *como Disregard of legal entity*.

que impone dos límites al derecho de asociación: (1) la prohibición de su uso abusivo y (ii) la protección de derechos ajenos.

2. Acciones sustanciales derivadas del uso fraudulento del beneficio de limitación de responsabilidad patrimonial de los socios de la SAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley de la SAS,

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

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

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».

La disposición transcrita consagra, con evidente falta de técnica legislativa, dos acciones que logran distinguirse del examen detenido de su tenor literal.

i) La extensión de responsabilidad patrimonial a los accionistas y administradores que hayan realizado actos defraudatorios contra terceros, o que hubieren participado en los mismos, o los hubieren facilitado; y

ii) La nulidad de los actos defraudatorios.

El Código General del Proceso, en el literal d) del numeral 5° del artículo 24, extendió tales acciones a todos los tipos de sociedades sometidas a “la supervisión de la Superintendencia de Sociedades”, en términos que no son el mejor ejemplo de claridad conceptual ni de adecuación gramatical, veamos:

«La 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 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. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios».

El elemento común determinante en ambas acciones es la conducta antijurídica y dolosa de los socios o administradores para defraudar a terceros. Por cuanto cada acción tiene unos supuestos de hecho distintos que conllevan a consecuencias jurídicas diferentes, no es posible confundirlas en una sola figura; de ahí que resulte necesario el siguiente análisis.

2.1. La inoponibilidad frente a terceros de la limitación de responsabilidad de los socios por sus actos fraudulentos.

La primera consecuencia legal que sufren los socios o administradores por los actos fraudulentos que cometen contra los intereses o derechos de terceros consiste en que deben responder personalmente con su patrimonio por los daños que llegaren a causar con tales fraudes. Es decir, que no podrán escudarse en el beneficio de separación patrimonial y limitación de responsabilidad del que normalmente gozarían.

Este efecto jurídico se ha denominado, de manera ambigua, “descorrimento del velo societario”, “levantamiento del velo corporativo” o “desestimación de la personalidad jurídica”.

En realidad, cuando se demuestra la intención fraudulenta que se escondía tras los actos cometidos a nombre de la sociedad para lesionar los derechos e intereses de terceros, lo único que se “desvela” es el aprovechamiento doloso de la figura societaria, la mera utilización instrumental del ente moral para realizar actos contrarios a su objeto social y a la finalidad para la cual fue conformado.

Pero es inapropiado e injustificado aludir al “levantamiento del velo societario” o a la “desestimación de la personalidad jurídica”, porque jamás se produce una confusión del patrimonio social con los patrimonios de sus socios o representantes defraudadores, ni mucho menos se desconoce, desestima o extingue la personalidad jurídica de la sociedad.

De hecho, la aplicación de la figura que se examina nunca genera consecuencias adversas en contra del ente moral, ni se afecta su patrimonio, ni se disminuye o compromete alguno de sus atributos; toda vez que las sanciones se imponen, exclusivamente, a las personas naturales que cometieron el fraude.

En estrictez, la personalidad jurídica de la S.A.S. permanece y lo que se desconoce es la responsabilidad limitada de los accionistas. De esa forma, la característica de la separación patrimonial propia de la sociedad se ignora frente a los accionistas que la utilizaron en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, mientras que la persona jurídica continúa normalmente el desarrollo de sus operaciones. Es decir, la omisión del ente social tiene por objeto hacer directamente responsable a quien (es) fraudulentamente se sirvieron de ella, esto es, perseguir a quien causó el daño.

Tampoco son justificados los temores respecto de una posible afectación a la seguridad jurídica o el aumento del riesgo que corren los inversionistas, toda vez que - se reitera- ni la sociedad comercial ni los socios que ajustan su comportamiento a la legalidad son destinatarios de algún tipo de sanción o reproche jurídico. Por el contrario, la extensión de la responsabilidad patrimonial personal a los agentes defraudadores es una forma de proteger los intereses de la sociedad y de sus socios regulares.

De ahí la importancia del entendimiento acertado de la figura, de su desmitificación, y de la necesidad de evitar el uso de metáforas (como la del velo) y de apelativos que lejos de aportar claridad y precisión conceptual, contribuyen a su confusión.

Los supuestos de hecho que deben quedar demostrados en el proceso son, entonces:
i) la comisión de actos fraudulentos, los cuales llevan implícito, naturalmente, el dolo o

mala fe del sujeto agente en su condición de autor, participe o facilitador; *ii*) la calidad de socio o administrador de quien comete tales actos; *iii*) que el fraude se haya cometido en nombre de la sociedad, es decir, valiéndose de ella como mero instrumento que se usa para esconder la voluntad fraudulenta de la persona natural que comete la trampa; *iv*) que el fraude produzca un daño jurídicamente relevante al tercero demandante, o sea que “la mera infracción de la ley” no legitima por activa a quien no demuestra que sufrió un menoscabo personal, real y cierto.

Se trata, indudablemente, de un caso especial de responsabilidad personal por la comisión de un delito civil, que adopta rasgos particulares dentro del régimen de las sociedades mercantiles; lo que hacen de ésta una acción autónoma y diferenciada.

Una vez demostrados esos supuestos de hecho procede la declaración de la consecuencia jurídica que corresponde a este tipo de acción, esto es la inoponibilidad frente a terceros de la limitación de responsabilidad de los socios defraudadores; o lo que es lo mismo, que respondan solidariamente con su patrimonio personal hasta el monto de los perjuicios que ocasionan a terceros con su conducta fraudulenta.

No está de más precisar que la ley no cualifica los actos fraudulentos que originan la extensión de la responsabilidad a los socios, por lo que puede ser invocada cualquier conducta activa u omisiva con esas características; como, por ejemplo, la desaparición u ocultamiento de los activos sociales que son prenda general de los acreedores, lo que sería solo una de las muchas especies de fraude.

2.2. La nulidad de los actos defraudatorios.

El pilar fundamental sobre el cual se erigen las relaciones sociales, económicas y jurídicas es la confianza. Sin ella es imposible que los sistemas u organizaciones sociales cumplan adecuadamente su propósito o función. De ahí que la confianza, buena fe, o *fides* sea exigible en todas las relaciones o transacciones que tienen trascendencia para el derecho, en todos los institutos jurídicos y en todos los ámbitos que permean el ordenamiento.

No obstante, la omnipresencia de la buena fe en los diversos contextos jurídicos no hace de ese postulado esencial un principio ambiguo, vago, general o abstracto; porque la buena fe asume un significado concreto dependiendo de la función que desempeña en cada ámbito del derecho.

Así, por ejemplo, la buena fe a la que alude el artículo 83 de la Constitución Política se refiere, exclusivamente, a las actuaciones de los particulares frente a la administración pública, y de ésta frente a aquéllos en todas las gestiones que se adelantan ante las autoridades de la República. Es decir, que se concreta a la presunción de buena fe en el ámbito del derecho administrativo, sobre la cual se sustenta la doctrina de los actos propios.

Otro significado muy distinto se encuentra en el artículo 768 del Código Civil, alusivo al régimen de los bienes, su dominio, posesión y goce, al expresar la norma que *“la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio”*. Se trata, indudablemente, de una buena fe subjetiva entendida como conciencia de adquirir el dominio de la cosa por medios legales.

Por su parte, la buena fe prevista en el artículo 1603 del Código Civil cumple una función interpretativa en virtud de la cual los contratos obligan *“no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*. Este significado de buena fe es objetivo y contiene un criterio de interpretación de las cláusulas contractuales que imponen deberes de conducta cuando el contenido de la obligación no se deduce de su tenor literal sino *“de su naturaleza”*.

Existe, además, en el régimen de las obligaciones y los contratos, otro concepto de buena fe entendida como conciencia de probidad o licitud, es decir contrario a la mala fe, al dolo o al fraude en la celebración de los actos y negocios jurídicos. La ausencia de esta buena fe subjetiva en una de las partes vicia el consentimiento cuando esa mala fe o dolo fue decisiva en la celebración del convenio. La mala fe también puede

dar lugar a indemnización de perjuicios contra la persona o personas que fraguaron el dolo (artículo 1515 del Código Civil).

Lo anterior permite vislumbrar la gran confusión que se esconde en el literal d) del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso, pues en éste se consagra la “*nulidad de actos defraudatorios*” que da lugar a responsabilidad solidaria “*por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados*”, lo cual entraña una evidente contradicción porque si el acto es declarado nulo entonces no puede generar ningún tipo de obligación y sólo produce los efectos contemplados en el artículo 1746 del Código Civil, esto es la restitución de las cosas “*al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*”, teniendo en cuenta las consecuencias para el poseedor de mala fe que consagran los artículos 963 y siguientes *ejusdem* al momento de las restituciones mutuas.

Por ello, el artículo 1515 dispuso, con la sabiduría decantada por la tradición civilista, que la nulidad por el dolo que vicia el consentimiento sólo procede cuando la mala fe es obra de una de las partes contratantes y esa intención fraudulenta o torticera fue necesaria para obtener el consentimiento del otro estipulante.

En los demás casos, el dolo no produce nulidad sino, simplemente, indemnización de perjuicios contra quienes lo fraguaron o de él se aprovecharon. En tal hipótesis, la acción correspondiente no es de nulidad sino de responsabilidad por daños derivados de un ilícito civil, que toma aspectos del régimen común de los delitos y las culpas, pero se rige por los postulados particulares que hacen de ésta una acción con mayor grado de especificidad.

Como puede deducirse con facilidad, la acción de indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y en el literal d) del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso, es la misma acción que de manera ambigua se ha denominado de “*desestimación de la personería jurídica*”, pues comparte los mismos supuestos de hecho y produce las mismas consecuencias jurídicas, esto es la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada del socio o

administrador que se escudó en la separación patrimonial de la sociedad para cometer fraude en perjuicio de terceros.

3. Una modalidad especial de fraude es el que da origen a la acción pauliana o revocatoria, consagrada en el artículo 2491 del Código Civil, la cual faculta al acreedor para solicitar la anulación de los contratos que el deudor realiza con el propósito de insolventarse y no cumplir su obligación.

La experiencia dicta que cuando una persona no quiere pagar sus deudas, una de las conductas que despliega es transferir los bienes que conforman su patrimonio para que el acreedor no pueda embargarlos. Se trata, por tanto, de negocios jurídicos que esconden la real intención de sacar los bienes del patrimonio del deudor, mediante venta, permuta, donación o cualquier otro acto; lo que los diferencia de la simulación, en la que no existe esa verdadera intención.

Cuando la acción revocatoria prospera, los bienes enajenados por el deudor malintencionado o tramposo regresan a su patrimonio como prenda general que garantiza el pago a los acreedores.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado:

«Obvio que legítimo derecho asiste al acreedor de velar porque su crédito sea pagado; por lo que estará siempre atento a que el deudor tenga con qué hacerlo. Y sin pretender reanudar controversias que se antojan hoy superadas en torno al fundamento, contenido y alcance del modo como ejercerá ese poder de vigilancia, el caso es que tendrá puesta la mirada en el patrimonio del deudor, su única prenda general de garantía desde cuando, en una evidente humanización del Derecho, el sujeto obligado dejó de responder con su propia persona. Ciertamente no podrá exigir, ni entender que a ello se compromete un deudor, una administración exitosa o próspera de sus negocios; tampoco podrá restringir su libertad contractual para obrar conforme a sus designios. Pero, eso sí, le cabrá interés en que esa administración sea cuando menos diligente y leal. De modo de pensar que cuando así no se conduce el deudor, dispone el acreedor de herramientas varias para proteger su crédito y evitar que se hunda en lo ilusorio. Así, cuando lo que sucede es que su deudor, el mismo que tiene el deber jurídico y moral de satisfacer el crédito, en la celebración de sus negocios produce o agrava desviadamente su insolvencia, de tal suerte que haga imposible o más gravoso el cobro del acreedor (fraus creditorum), tiene éste la potestad de pedir que se deshagan negocios tales, precisamente

porque experimenta que su acción de cobro ha sido debilitada. Dispone en tal caso el acreedor de la denominada acción pauliana. Su deudor, acá por acción, y no por pasividad u omisión como acontece en otros campos, verbi gratia, el de la acción subrogatoria, es merecedor de reproche, y lugar hay entonces para que el acreedor intente remediar la situación, trayendo de nuevo al patrimonio insuficiente de aquél lo que sagazmente había sacado.» (Sala Civil, sentencia del 21 de junio de 2005, expediente 7804)

De las anteriores explicaciones se deduce que los requisitos que debe cumplir el acreedor para que prospere la revocación de los actos o negocios jurídicos mediante los cuales el deudor se insolventó, son:

i) La existencia de un crédito a favor del demandante y a cargo del demandado;

ii) Que el acto o negocio jurídico mediante el cual el deudor transfirió los bienes que conformaban la prenda del acreedor haya producido un perjuicio al acreedor demandante, consistente en la insolvencia del deudor. Es decir que, por regla general, nada impide al deudor disponer de sus bienes, y sólo cuando se demuestra la intención dolosa de insolventarse es procedente la revocación del acto jurídico.

iii) Que exista mala fe, dolo o intención fraudulenta del deudor en la celebración del negocio jurídico. Si el negocio jurídico es oneroso, la mala fe debe probarse tanto en el otorgante como en el adquirente; si es gratuito, basta demostrar la mala fe del deudor.

La Corte Suprema de Justicia ha definido los elementos estructurantes de la acción pauliana en los siguientes términos:

- Que el demandante sea titular de un crédito preexistente al acto cuestionado, a cargo del deudor demandado.

- Que el negocio impugnado, que ha de ser real, cause perjuicio a sus acreedores (eventos damni), en cuanto haya determinado o agravado la insolvencia del deudor.

- Que éste, por ser conocedor del mal estado de sus negocios, actúe con la intención de defraudarlos; pero si el acto se realizó a título oneroso, es menester que el tercero contratante tenga conocimiento del mal momento del

deudor (consilium fraudis). (Sala Civil, sentencia del 24 de julio de 2002, expediente 5887).

Una característica fundamental de la acción pauliana es que su procedencia está supeditada a la insolvencia del deudor, pues si éste tiene bienes de fortuna con los cuales responder por sus deudas, entonces el acreedor deberá perseguir tales activos sin que sea necesario anular los negocios jurídicos celebrados por el deudor, pues ningún perjuicio se le ocasionaría al primero.

4. De todo lo anterior se desprende que el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y el literal *d*) del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso consagran, de manera general, consagran dos tipos de acciones sustanciales en contra de los socios y administradores que realizan actos fraudulentos que perjudican a terceros.

Una modalidad específica de esos actos fraudulentos consiste en insolventar a la sociedad deudora con el propósito de no pagar a sus acreedores, caso en el cual éstos tendrán la opción de demandar la nulidad de tales actos (acción pauliana), o bien la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo del patrimonio personal del socio o administrador que realizó el acto malintencionado, lo que apareja la inoponibilidad frente a los terceros defraudados de la limitación de responsabilidad patrimonial que va implícita en su condición de sujeto diferente de la persona social.

Desde un punto de vista procesal, en estricto, no es posible acumular ambas pretensiones en la misma demanda porque son excluyentes entre sí, a menos que se propongan como principales y subsidiarias (numeral 2° del artículo 88 del Código General del Proceso).

En efecto, la institución jurídica tradicional, natural e idónea para garantizar el pago al acreedor defraudado es la acción pauliana o revocatoria en contra de la sociedad, pues con ella se logra el retorno al ente moral de los bienes que conformaban la prenda general de sus acreedores. Con esta acción se alcanza el propósito del acreedor de perseguir coactivamente los bienes de su deudor y obtener de esa manera el pago de la acreencia, lo que descarta la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios en contra del socio defraudador por la sencilla razón de

que el retorno de los bienes al patrimonio de la sociedad deudora comporta el cese del perjuicio.

Sólo en caso de que la revocación de los actos fraudulentos no alcance su cometido, como por ejemplo cuando los bienes enajenados se han extinguido o se encuentran en el dominio de terceros adquirentes de buena fe, será procedente la acción de indemnización de perjuicios en contra del socio defraudador.

Ello es así porque el ejercicio de los derechos y acciones no puede dar lugar a su uso abusivo, de manera que no es admisible ejercitar contra el deudor una pluralidad de acciones que se dirigen al mismo propósito, desbordan la obligación a su cargo y le imponen una responsabilidad más gravosa de la que se deduce de su conducta, por muy dolosa que ésta haya sido. La sanción de la que se hace merecedora la persona que comete un acto fraudulento no puede sobrepasar los límites de la proporcionalidad, la racionalidad y la justicia que va implícita en los institutos civiles.

La concurrencia de ambas acciones es, además, contradictoria y excluyente en el plano sustancial porque –como ya se explicó– la revocatoria de los actos fraudulentos normalmente apareja la cesación del perjuicio que se ocasionó al acreedor, es decir que desaparece uno de los elementos estructurales de la acción indemnizatoria en contra del socio defraudador. Además, si los actos fraudulentos desaparecen del mundo jurídico en virtud de la declaratoria de nulidad, entonces ninguna obligación podría emanar de los mismos y no podrían seguir generando consecuencias en contra de las personas naturales que los celebraron, pues lo que procede en tal caso es el restablecimiento de la situación al estado en que se hallaba si no se hubiera celebrado el acto o contrato anulado.

Por lo demás, si lo que se demanda es la indemnización de perjuicios del socio o administrador que cometió el fraude, entonces lo que se busca es que los bienes que conforman su patrimonio personal sirvan para pagar la indemnización de los daños que sufrió el acreedor. Pero ningún sentido tendría que, por un lado, se lo condene a responder con su patrimonio personal y, por el otro, se disminuya ese mismo patrimonio con la devolución a la sociedad de los bienes que son prenda del acreedor, como se hizo en el fallo que se examina.

Todas esas medidas son innecesarias y sólo conducen a que se ponga en riesgo el pago de la deuda por las ambigüedades que genera la indebida acumulación de pretensiones. Nótese que, en el caso que se analiza, los bienes que conforman la garantía del acreedor son dos establecimientos de comercio y la marca Perú Mix, cuyo valor supera con creces el crédito del demandante, pues solo la marca fue valorada en \$220.000.000; mientras que la deuda de la sociedad Perú Mix S.A.S. a favor del demandante asciende a \$77.000.000 más intereses moratorios. Ahora bien, con la declaratoria de nulidad de los actos de transferencia, en línea de principio, esos bienes debían de retornar al patrimonio de Perú Mix S.A.S., con lo que desaparecería el perjuicio que se causó al acreedor. Pero, al mismo tiempo, el demandante pretende que esos bienes permanezcan en el patrimonio personal de los socios demandados que actualmente los tienen en su poder, para que de esa manera se haga efectivo el pago de la indemnización a título personal, lo que entraña una evidente contradicción.

En resumen: la sentencia no podía producir declaraciones contradictorias en el sentido de que los bienes retornaran al patrimonio de Perú Mix S.A.S. y, al mismo tiempo, permanezcan en el patrimonio personal de los socios defraudadores como garantía del pago de la indemnización a título personal.

Recuérdese que la demanda se inscribió en el registro mercantil, de suerte que los mencionados bienes están garantizando el pago de la condena por indemnización de perjuicios a cargo de los socios defraudadores; lo que excluye la posibilidad de que, al mismo tiempo, retornen al patrimonio de Perú Mix S.A.S., sobre todo cuando tal medida es innecesaria si, al fin de cuentas, cumplirá el mismo propósito de servir de prenda para el pago de la acreencia a favor del demandante. Las órdenes impartidas a la Cámara de Comercio de Medellín son, por lo tanto, ambiguas.

Sin embargo, por cuanto tales asuntos no fueron materia de la apelación y fue la parte demandante quien dio lugar a la confusión con la indebida acumulación de sus pretensiones, no serán objeto de pronunciamiento en la parte declarativa de esta sentencia. Ello por cuanto, iterase, la competencia de esta instancia está limitada por los concretos y puntales reparos formulados por el apelante al fallo opugnado, según lo prescrito por el artículo 328 del C.G.P.

Como si fuera poco, el apelante pretende que se “*desestime la personalidad jurídica de Perú Mix Group y de Fast Group S.A.S.*” y se condene a Juan Luis Vera Acayturri por haber propiciado el fraude.

Frente a la primera petición, basta reiterar que el efecto de esa acción es declarar la responsabilidad personal de los demandados defraudadores, es decir que no pueden escudarse en la diferenciación de patrimonios que normalmente va implícita en su condición de socios. Mas, esa consecuencia jurídica ya se logró cuando en el numeral segundo del fallo de primera instancia se declaró la responsabilidad solidaria de Ana María Palacio García y Julián Roberto Muñoz García, la cual no es materia de discusión en esta instancia.

De manera que carece de todo sentido y utilidad hacer una nueva declaración que conduciría al mismo resultado que ya se obtuvo con el fallo de primera instancia, esto es condenar solidariamente a los socios defraudadores a que paguen con su propio peculio el perjuicio que causaron al demandante; sobre todo cuando no quedó demostrado que *Perú Mix Group y Fast Group S.A.S.* se constituyeron o utilizaron para defraudar sus intereses. Memórese que los actos fraudulentos consistieron en extraer de Perú Mix S.A.S. los bienes que conformaban la prenda del acreedor y, en tal virtud, se ordenó su revocación, con lo que se restableció la situación que garantiza el pago de la deuda y desapareció el daño ocasionado al demandante. Además, la acción de inoponibilidad de la limitación de responsabilidad de los socios defraudadores es residual y subsidiaria porque si la sociedad deudora tiene bienes para responder por sus obligaciones, entonces no es procedente declarar la responsabilidad personal del socio o administrador.

Con relación a la solicitud de condena a Juan Luis Vera, es suficiente dejar en evidencia que no tiene la calidad de socio o administrador de Perú Mix S.A.S., por lo que no se cumple uno de los requisitos para la prosperidad de las acciones consagradas en el artículo 42 de la Ley de la SAS; y, en todo caso, con la anulación de los actos fraudulentos el acreedor recuperó su prenda y cesaron los perjuicios que sufrió. Luego, faltaría el elemento estructural del daño real, actual y cierto, sin el cual la acción indemnizatoria se torna improcedente.

5. Por las razones que se han dejado expresadas, se confirmará la decisión apelada, sin que haya lugar a la imposición de condena en costas de esta instancia.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la providencia impugnada.

SEGUNDO. No hay lugar a condena en costas de la segunda instancia.

TERCERO. DEVOLVER el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
-Con aclaración de voto-

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

ORIGINAL FIRMADO