

**EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO EN COLOMBIA: ESTUDIO DE DERECHO
COMPARADO**

BRENDA PAZOS BARBOZA

Tesis para optar al título de Magistra en Derecho

Director

ALBERTO ZULETA LONDOÑO

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2005

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

PARTE I MARCO TEORICO DE DERECHO COMPARADO

I HISTORIA DEL DERECHO COMPARADO

II CONCEPTO DE DERECHO COMPARADO

III DIFERENTES CORRIENTES EN EL DERECHO COMPARADO

IV OBJETIVOS Y FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO

V RIESGOS Y DIFICULTADES DEL DERECHO COMPARADO

VI EL MÉTODO COMPARATIVO

VII TRANSPLANTES LEGALES DE INSTITUCIONES

VIII DEBATES SOBRE LOS TRANSPLANTES

IX CRÍTICA A LOS TRANSPLANTES

X PAUTAS PARA LLEVAR A CABO UN TRANSPLANTE EXITOSO

XI CONCLUSIONES DEL MARCO TEORICO

PARTE II ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD DE LLEVAR A CABO UN TRANSPLANTE DEL DERECHO SOCIETARIO DE ESTADOS UNIDOS AL DERECHO COLOMBIANO

XII *PIERCING THE CORPORATE VEIL* EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

XIII PROBLEMA SOCIAL DETECTADO

XIV LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO COLOMBIANO

XV ANÁLISIS FUNCIONALISTA DE OTRAS FIGURAS DEL DERECHO COLOMBIANO POR MEDIO DE LAS CUALES SE PODRÍA CONSEGUIR LEVANTAR EL VELO CORPORATIVO

XVI PROPUESTA DE REFORMA DEL DERECHO

CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

Desde la primera mitad del siglo veinte, ha surgido un creciente interés por los estudios jurídicos comparativos, dada la importancia que ha adquirido el derecho comparado en el movimiento de unificación del derecho privado. Además, se ha dado un cambio de actitud hacia el valor de los estudios de derecho extranjero dado que se han puesto en evidencia los peligros del aislacionismo jurídico, el cual suele tener como consecuencia una desventaja para el sistema jurídico autárquico porque en ocasiones no permite adaptar las leyes existentes a los constantes cambios del mundo económico y social. En síntesis, los juristas han empezado a aceptar el hecho de que los derechos extranjeros son dignos de estudio por las lecciones que de ellos se derivan¹.

A lo largo del presente trabajo pretendemos hacer derecho comparado aplicado persiguiendo una finalidad práctica: la reforma del derecho.² Desde este punto de vista, hablar de derecho comparado no es hablar de la existencia de un conjunto de normas jurídicas, principios y doctrinas en las que se plasma una determinada área del conocimiento jurídico. Se refiere a la existencia de una metodología de investigación que permite a los operadores jurídicos sobrepasar las fronteras de su propio sistema jurídico para conocer nuevas concepciones y formas de resolver los problemas sociales. Esta es la concepción que va a imperar a lo largo del presente trabajo.

Al estudiar el tema de los transplantes, es interesante concebir el derecho y la doctrina jurídica como un mercado cultural interconectado, en el cual, existe oferta y demanda.³ Colombia es un importador neto de doctrina jurídica. Estas importaciones (transplantes) han servido de manera muy importante en la solución de problemas jurídicos. No obstante, para muchos juristas sigue vigente la concepción del Derecho como una disciplina nacional, impermeable a estudios comparativos o internacionales.

El problema objeto de la presente investigación, es el de determinar y analizar la influencia de una institución del derecho societario estadounidense en el derecho societario colombiano. Se pretende enfocar la investigación en la institución del levantamiento del velo corporativo (*piercing the corporate veil*). El

¹ Gutteridge, H.C. El Derecho Comparado. Artes gráficas Rafael Salva. Barcelona 1954. pg 39

² La metáfora del mercado de doctrina jurídica es de Ugo Mattei, Comparative Law and economics, Stanford University Press, 2000.

objetivo específico es encontrar una respuesta a preguntas como: ¿la institución en cuestión se ha transplantado con las mismas características o se ha hecho un “injerto” ¿Ha sido infructuoso o exitoso este transplante?

Parte del objetivo de la presente investigación es el de comprender el régimen jurídico del levantamiento del velo corporativo en Estados Unidos. Luego se busca analizar qué elementos de ese régimen podrían transplantarse exitosamente con miras a resolver una serie de problemas que nuestro derecho no parece resolver satisfactoriamente. En últimas se busca hacer un análisis que pueda contribuir al mejoramiento de nuestro derecho societario teniendo en cuenta que mediante el examen y comparación de sistemas jurídicos se obtienen elementos muy valiosos para el progreso jurídico.

El tema es importante por varias razones. Primero, por el interés que puede tener insertar el derecho privado colombiano en debates más amplios de globalización del derecho y viabilidad y conveniencia o no de los transplantes jurídicos. Segundo, es importante que el derecho comparado rete todas las áreas del derecho, para que, a través del análisis concienzudo de la situación actual en una determinada área, su evaluación y su crítica, se logren propuestas que promuevan el avance en la resolución óptima de problemas sociales.

PARTE I
MARCO TEORICO DE DERECHO COMPARADO

I
HISTORIA DEL DERECHO COMPARADO

Siempre ha existido interés por el estudio de los derechos de otros países y los juristas han recurrido con frecuencia a métodos comparativos. Según la tradición, a la redacción de leyes de Solón y de las Doce Tablas las precedieron investigaciones propias de derecho comparado. La comparación de las costumbres permitió a los antiguos juristas franceses la formulación de los principios de un derecho común consuetudinario, o en el caso de Alemania, de un derecho privado alemán. En Inglaterra se compararon el *common law* y el derecho canónico. No obstante, no se empleó la expresión derecho comparado, ni se estudió de manera organizada el tema, hasta una fecha relativamente reciente. A partir de la segunda mitad del siglo XIX y en ciertos casos a partir del siglo XX, se comienza a afirmar la utilidad de los estudios del derecho comparado. De manera que, aunque la comparación entre los diferentes ordenamientos jurídicos haya sido practicada por los juristas desde la antigüedad, la reflexión sistemática sobre ella y el intento de individualizar un campo de estudio del derecho comparado son recientes. Sus comienzos pueden remontarse a los últimos años del siglo XIX.

En Francia, con la codificación napoleónica, se afianzó la creencia de que el derecho natural había alcanzado su formulación definitiva plasmada en los códigos, y los juristas sólo tenían que acudir a la exégesis para hallar en los códigos la solución a todos sus problemas. La doctrina se inspiraba en la célebre frase de Beugnet: “No enseñe el derecho civil; sólo conozco el Código de Napoleón”. Se creía que los demás pueblos debían simplemente copiar ese modelo. Desde esta visión del derecho, no quedaba lugar para el derecho comparado.⁴

No obstante, diversos Estados promulgaron, a mediados del siglo XIX, códigos que se apartan del modelo napoleónico. Así, el derecho comparado aparece bajo el título de legislación comparada. El estudio del derecho extranjero se usa entonces para proporcionar sugerencias para el perfeccionamiento de las leyes francesas. Así, se crea en Francia en 1869 la Sociedad de legislación Comparada. En 1876 se crea en el seno del Ministerio de Justicia francés, una Oficina de Legislación Extranjera, a fin de informar a los magistrados sobre los sistemas jurídicos extranjeros. Teniendo en cuenta que la legislación comparada busca perfeccionar

⁴ David, Rene. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Ediciones Aguilar. 1969. Madrid. pg 4

los códigos y leyes franceses, es de esperarse que el interés de la comparación se limite a los sistemas jurídicos de cuyo estudio puede esperarse tal resultado: los derechos que se basan en una tradición romanista.⁵

Con el tiempo, la comparación de sistemas jurídicos que hasta entonces se había realizado circunstancialmente, se presenta como una necesidad. En Alemania, por ejemplo, Ihering proclamó que constituía para los juristas el método del porvenir.⁶ Para autores como David, el éxito del derecho comparado hay que atribuirlo a la necesidad que han experimentado los juristas, tras una etapa de corte nacionalista, de restituir la ciencia jurídica a su anterior universalismo. Se entiende por universalismo la fe en la posibilidad de encontrar una serie de conceptos legales básicos, normas e instituciones jurídicas que serían comunes a todos los sistemas jurídicos del mundo.

En 1900 se celebró en París un Congreso Internacional sobre derecho comparado que buscaba analizar la utilidad que para el derecho implica el rompimiento con la forma localista como la ciencia jurídica se desarrollaba. Se buscaba una propuesta que permitiera lanzarse a “dominar el mundo y conquistar todo lo que hay en él”.⁷ El derecho comparado era un campo del conocimiento, ya explorado bajo la forma de un ejercicio académico, que buscaba aprovecharse de la comparación entre distintos sistemas jurídicos para encontrar soluciones a problemas sociales. La contribución esencial del encuentro de París de 1900 fue la de formular bases teóricas y prácticas para el derecho comparado.⁸

En este momento histórico, se tenía como principal fin del derecho comparado la unificación normativa. Lo anterior por cuanto se pensaba, de la mano de una gran fe en la capacidad productiva del hombre, que eventualmente las fronteras nacionales se romperían y se pondría en evidencia que la humanidad comparte un destino, unas preocupaciones y unas necesidades comunes.⁹ Así, el derecho comparado debía crear las condiciones para que fuera posible la creación de un Derecho universal que resolviera las diferencias accidentales entre “gentes en etapas económicas y culturales similares”¹⁰ En síntesis Lambert y Saleilles, los protagonistas del Congreso Internacional de París, tenían como objetivo que por medio del derecho

⁵ David, Rene. Op. Cit. Pg 5

⁶ Ibídem. pg 4

⁷ Cfr. Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Introduction to Comparative Law. En López Medina, Juan Camilo. Derecho Comparado y televisión: anotaciones sobre el valor cultural del derecho. Inédito. pg 5

⁸ Cfr. López Medina, Juan Camilo. Derecho Comparado y televisión: anotaciones sobre el valor cultural del derecho. pg 5

⁹ Cfr. Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Introduction to Comparative Law. En López Medina, Juan Camilo. Derecho Comparado y televisión: anotaciones sobre el valor cultural del derecho. pg 3

¹⁰ Cfr. Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Introduction to Comparative Law. En López Medina, Juan Camilo. Derecho Comparado y televisión: anotaciones sobre el valor cultural del derecho. pg 5

comparado se llegara eventualmente a un “*droit commun de l’ humanité*”. La misión de los diferentes legisladores nacionales consistiría en promulgar dicho derecho común en la esfera de su competencia.¹¹

El ideal universalista que prevalece entre los asistentes al Congreso de 1900 recibe un nuevo impulso como consecuencia de la primera guerra mundial. En 1917, las naciones aliadas emprenden trabajos para lograr la unificación legislativa. La creación de la Sociedad de Naciones implica que, por primera vez en la historia, existe una organización mundial en la que se depositan las mayores esperanzas.

Pronto esas ilusiones forjadas debieron abandonarse, pues los tiempos aún no estaban maduros para lograr una unificación internacional del derecho y ese era el propósito que inspiraba los estudios de derecho comparado en esa época. Se consideró que sólo puede aspirarse a lograr una serie de resultados concretos entre países ligados por una tradición jurídica común. Este nuevo enfoque altera los problemas del derecho comparado, pues se hace evidente que los comparatistas no deben preocuparse exclusivamente por el perfeccionamiento de las leyes o por lograr la unificación jurídica, pues el derecho comparado tiene otros objetivos y funciones que estudiaremos más adelante. Otro cambio esencial que se da en esta época es que los juristas del continente europeo comienzan a tener en cuenta tanto el Derecho inglés como el norteamericano.

En la primera mitad del siglo XX, dada la dificultad de lograr la anhelada unidad entre sistemas jurídicos, la utilidad del derecho comparado radicó entonces, ya no en la aspiración de la unificación legal¹², sino en la aspiración de una armonización legal¹³ que permitiera establecer con claridad principios generales del derecho comunes a los diferentes sistemas jurídicos, para promover asuntos como el comercio internacional.¹⁴

Muy pronto se constató que las funciones del derecho comparado tales como permitir la unificación y la armonización legal, adolecían de un grave defecto y es que hacían que el derecho comparado solo fuera posible en países con características políticas, morales o sociales similares. El gran problema consistía en que esta forma de ver el derecho comparado menospreciaba la posibilidad de llevar a cabo ejercicios

¹¹ David, Rene. Op. Cit. pg 5.

¹² Entendemos por unificación legal el proceso por el cual dos sistemas jurídicos resultan con una misma norma jurídica. Es la aplicación en el ámbito de un ordenamiento de una norma creada en el ámbito de un ordenamiento diferente.

¹³ Entendemos por armonización legal el proceso por el cual dos sistemas jurídicos resultan con normas jurídica compatibles entre sí, aunque no idénticas.

¹⁴ López Medina, Juan Camilo. Derecho Comparado y televisión: anotaciones sobre el valor cultural del derecho. pg 5

comparatistas entre tradiciones jurídicas que no compartían una misma historia social o política ni compartían una estructura del sistema jurídico, pero habían tenido que encontrar soluciones a problemas similares.¹⁵ Fue así como nació el funcionalismo en el derecho comparado, corriente que estudiaremos en detalle mas adelante.

¹⁵ Ibidem. pg 6

II

CONCEPTO DE DERECHO COMPARADO

Como lo dijimos anteriormente, la expresión “derecho comparado” es relativamente reciente, no tiene más de ciento cincuenta años, y desde que es empleada, los autores no se han puesto de acuerdo sobre su contenido. El Congreso Internacional de Paris de 1900 y el Congreso Internacional de la Haya en 1937 se consagraron a la tarea de delimitar y decidir qué se entiende por derecho comparado. Ambos Congresos pusieron de presente las divergencias de opinión que separan a los juristas, pero avanzaron poco en la solución del problema. La pregunta sobre qué es el derecho comparado se formula frecuentemente, y el rango de respuestas es sorprendentemente amplio.

Los diversos cambios de orientación que el derecho comparado ha experimentado en el curso de su historia, explican la multiplicidad de concepciones. Los diferentes conceptos de derecho comparado se dan en función de esas orientaciones y de los fines perseguidos por los comparatistas. Vemos cómo los autores del siglo XIX intentaban, con la comparación, integrar al derecho un marco universal de evolución¹⁶, es decir, encontrar las leyes de la evolución del derecho.¹⁷ Los conceptos del derecho comparado de los autores de esta época reflejan estas visiones. Desde 1934 se da una corriente que busca, con el método comparativo, descubrir las leyes generales de la evolución de la humanidad.¹⁸

Otra corriente establece que el derecho comparado es el estudio de las reglas jurídicas en vigor en los países civilizados y analiza de qué forma solucionan problemas que son equivalentes en cada país. A este concepto subyace la idea de que el objetivo del método comparativo es resaltar las diferencias existentes entre las distintas reglamentaciones del mismo problema jurídico.¹⁹ A partir de la entreguerra, la opinión que ve en el derecho comparado un método se hace cada vez más dominante.²⁰

No existe una concepción que, al alzarse sobre los aspectos parciales, abarque todo el conjunto. El defecto de estos conceptos reside en que no conciben el derecho comparado en su naturaleza sino en sus funciones y sólo se concibe desde la función que cada comparatista considera la más importante. Se hace evidente la necesidad de encontrar un concepto que englobe todas las funciones en una fórmula amplia. En nuestro

¹⁶ Esta posición la sostienen autores como Gans.

¹⁷ Esta posición la sostienen autores como Post y Kohler.

¹⁸ Constantinesco, Leontin Jean. Tratado de Derecho Comparado. Volumen I. Biblioteca Tecnos. 1981. Madrid. pg 258

¹⁹ Esta posición la sostienen autores como Bryce y Salmond.

criterio el defecto de estas concepciones reside en que no se hizo un análisis suficientemente exhaustivo de si el derecho comparado se podía aplicar a funciones distintas de las que cada autor concibió. A continuación se presentarán las más importantes corrientes que existen en el debate sobre la naturaleza del derecho comparado.

Una de las tesis acerca del concepto de derecho comparado, afirma que el derecho comparado constituye tanto un método como una disciplina autónoma, una ciencia.²¹ Estos autores conciben la ciencia como una forma de explicar y entender un conjunto de conocimientos destacados en un ámbito propio y delimitado, ordenándolos y clasificándolos.²² Para los partidarios de esta tesis, la “Ciencia del Derecho Comparado” puede fundarse tratando de agrupar, ordenar y clasificar los conocimientos relevantes destacados por medio del método comparativo en un todo autónomo, coherente, y con objeto y ámbito propios. Afirman que el derecho comparado es una ciencia en cuanto, con el empleo del método comparativo, da a conocer las relaciones de los órdenes jurídicos y, a partir de ahí, descubre una parte de su verdadera naturaleza. Para lo anterior tiene que pasar de ser un aglomerado de conocimientos aislados, a ser una ciencia.

A continuación citaremos un argumento de Jean Constantinesco, que ilustra muy bien esta posición, al describir el papel del derecho comparado en cuanto disciplina autónoma:

“Cualquier disciplina autónoma significa elevación. Esta se realiza partiendo de los hechos, hacia la idea; de la profusión incoherente de observaciones, hacia la unidad de las reglas; de la yuxtaposición caótica de los conocimientos, hacia la jerarquía de categorías lógicamente establecidas. El primer deber de cualquier ciencia es, en suma, el de reducir, enmarcar y ordenar multiplicidad desordenada de observaciones y hechos, pertenecientes a determinado ámbito, en categorías estables y objetivamente creadas. Su segundo deber es el de explicar lo que parece inexplicable, es decir, la profusión de los hechos por la unidad de las reglas y categorías. Eso me parece ser el papel de la ciencia de los Derechos comparados en cuanto disciplina autónoma: empeñarse en ordenar y clasificar en un todo coherente la multitud caótica de los microresultados que le suministra la microcomparación; pero sólo podrá hacerlo sobre la base de los criterios científicos fundamentales que le son suministrados por la teoría de los elementos determinantes.”²³

²¹ La teoría sobre el Derecho Comparado como ciencia tiene muy pocos seguidores.(Watson, Alan. Legal Transplants. An Approach to Comparative law. The University of Georgia Press. Second Edition. 1993. Op. Cit. pg 2).

²² Ibidem. Pg 311

²³ Constantinesco, Leontin Jean. Op. Cit. Pg 328

Esta corriente nos parece interesante, pero no compartimos las ideas que sustenta, por cuanto consideramos que, aunque se lleven a cabo esfuerzos de sistematización y clasificación de los resultados de la microcomparación, no puede hablarse de una ciencia del derecho comparado debido a que, como expusimos anteriormente, esta ciencia carecería de ámbito propio.²⁴

La segunda corriente empieza por afirmar que el problema de saber si el derecho comparado es un simple método o una disciplina autónoma ha resultado estéril y no tiene ninguna importancia práctica.²⁵ Se afirma que no es una controversia que merezca prolongarse. Esta corriente, elude el problema en lugar de resolverlo. No es cierto que el dilema no tenga importancia. Las diferencias entre un método y una disciplina autónoma son grandes y radican en sus condiciones de existencia, su ámbito de aplicación, sus objetivos, sus funciones y su naturaleza. El problema es ante todo teórico pero tiene consecuencias prácticas innegables. La forma de concebir y de aplicar el método comparativo depende también en gran medida de saber si se trata de un simple método o de un método al servicio de una disciplina autónoma.

La tercera corriente es la que sostiene que el derecho comparado no es el simple estudio de un sistema jurídico extranjero o de parte de un sistema extranjero. El derecho comparado es, desde esta corriente, el estudio de la relación, principalmente histórica, de un sistema jurídico y sus reglas con otro. Hacer derecho comparado no es llevar a cabo una descripción de varios sistemas legales o de familias jurídicas. La descripción carece del necesario contenido intelectual. Desde esta visión, el derecho comparado no puede ser simplemente una cuestión de establecer comparaciones.

Es decir, los comparatistas estudian las similitudes y diferencias entre sistemas jurídicos en el contexto de una relación histórica. Este estudio tiene dos momentos: En primer lugar el derecho comparado es historia legal que estudia las relaciones entre los sistemas buscando la naturaleza de esas relaciones y las causas para las similitudes y diferencias. En segundo lugar el Derecho Comparado estudia la naturaleza del derecho y especialmente la naturaleza del desarrollo del Derecho, es decir, estudia la manera como el derecho evoluciona.

²⁴ Recordemos que antes se expuso que el Derecho Comparado, en cuanto disciplina teórica, no tiene ámbito propio. Así, por ejemplo, utilizar el método comparativo para esclarecer la historia de las instituciones, no es hacer Derecho Comparado, sino historia comparada de las instituciones. Utilizarlo para establecer las leyes del progreso de la sociedad es hacer filosofía del derecho o sociología, pero no Derecho Comparado.

²⁵ Esta posición la sostienen autores como Zweigert, De Zola, Gutteridge, David.

Si, según esta corriente, el derecho comparado es el estudio de la relación entre los sistemas de derecho, de ello se sigue que donde no hay esa relación no puede haber derecho comparado y cualquier comparación entre reglas en ese caso será arbitraria. Es entonces importante establecer la naturaleza de las distintas relaciones que puede tener un sistema jurídico con otro. La relación principal es la histórica: donde un sistema o una de sus normas proviene de otro sistema o donde un sistema ejerce influencia sobre otro.²⁶ Un segundo tipo de relación es lo que Pringsheim ha llamado relación interna. Esta se basa en unas similitudes innegables entre pueblos o en su desarrollo.

La cuarta corriente, a la cual nos adherimos, afirma que el derecho comparado es sólo un método, un medio para alcanzar los objetivos perseguidos, nunca una ciencia²⁷. Desde antes de la segunda guerra mundial, la mayoría de los comparatistas parecen aceptar progresivamente esta idea. Algunos autores afirman que el objetivo del derecho comparado es el de comparar normas jurídicas pertenecientes a los distintos órdenes jurídicos, con el fin de hacer resaltar la equivalencia o diferencia de las soluciones. El derecho comparado, según esta corriente, no pretende deducir de las normas jurídicas que compara, un sistema objetivo de nociones y reglas jurídicas valederas y aplicables. Consideramos que el derecho comparado representa un método, pero no es una ciencia, ya que no cumple con las condiciones que esta debe cumplir y que se expondrán mas adelante.

Nuestra posición es que el debate sobre el concepto de derecho comparado está planteado de una manera que lo hace poco útil.²⁸ La discusión sobre qué entender por derecho comparado surge porque el derecho comparado no es una rama de la ciencia jurídica como lo son ramas como el derecho civil, penal, tributario, etc. El estudio de estas disciplinas jurídicas se desarrolla con referencia a un determinado ordenamiento jurídico. La expresión derecho comparado evoca una analogía entre diversas ramas del derecho positivo. Por lo tanto, el término derecho comparado es peculiar. No hay una rama del Derecho, un cuerpo normativo, que sea derecho comparado. Es decir, el derecho comparado no existe en tanto sistema de normas dentro de un ordenamiento jurídico. Los abogados alemanes se han dado cuenta de lo vacío de la expresión derecho comparado y han preferido usar el término *Rechtsvergleichung* el cual connota un proceso de comparación y está libre de denotar un cuerpo de reglas que forman una rama separada del derecho.

²⁶ Watson, Alan. Legal Transplants. An Approach to Comparative law. Op. Cit. pg 7

²⁷ En este contexto, una ciencia autónoma constituye un cuerpo de conocimientos ordenados, con un ámbito propio, un objeto determinado y reconocido, un método propio.

²⁸ Esta idea fue discutida de manera profunda en mi clase de Derecho Comparado (Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 2001. Dr. Diego Eduardo López Medina) y a partir de estas discusiones extraje esa conclusión.

En el mismo sentido de nuestro argumento, Gutteridge afirma: “Una gran parte del ambiente de escepticismo y recelo de que es objeto el derecho comparado y que ha sido un obstáculo al desarrollo de los estudios jurídico comparativos se disiparía si todo el mundo aceptase que la expresión derecho comparado indica, tan sólo, un método de estudio e investigación y no una rama o división especial del Derecho. Si por “derecho” entendemos un conjunto de reglas, es evidente que no puede existir un derecho “comparado”.²⁹

El derecho comparado se distingue de cualquier disciplina jurídica por el hecho de asumir como objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos, y de asumir como objetivo, no sólo el conocimiento de cada uno de los ordenamientos, sino la confrontación entre estos y el consiguiente análisis de las diferencias y de las analogías de estructura. En ese sentido, se trata de “la comparación de los derechos diferentes, el método comparativo aplicado al terreno de las ciencias jurídicas.”³⁰ De manera que el derecho comparado consiste en la comparación científica de diferentes sistemas jurídicos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos³¹

Pensamos que el derecho comparado es un método o técnica de comparación aplicado en el campo de las ciencias jurídicas.³² Por ende, para evitar la improductiva discusión sobre cual sería un concepto estático del Derecho Comparado, es preciso entender que cuando se habla de derecho comparado, se hace referencia al método comparativo. El método comparativo es una herramienta que puede usarse para muchas cosas, luego no es plausible pretender que sólo tenga una aplicación posible. David afirma: “Lo que no es legítimo en modo alguno es pretender acaparar la expresión derecho comparado y no autorizar la comparación de los derechos más que en provecho de una sola de las aplicaciones posibles del método comparativo en la esfera jurídica. Ahora bien, esto es precisamente lo que se ha intentado hacer, y lo que constituye el fondo de las discusiones referentes al concepto y el objeto del Derecho comparado.”³³

Hay dos críticas a las que se exponen los autores cuando se esfuerzan por encontrar un concepto de derecho comparado y delimitar su esfera de acción. Unos, como vimos, intentan acaparar el derecho comparado, y lo limitan a una de las tantas posibles aplicaciones del método comparativo. Otros distinguen del derecho comparado todo lo que es propio de otra ciencia. Así, utilizar el método comparativo para esclarecer la

²⁹Gutteridge define el Derecho Comparado como el estudio, por el método comparativo, de los preceptos o de las reglas de Derecho de dos varios sistemas, sobre una materia dada. (Cfr. Fernández de Córdova, Pedro. Estudios de Derecho Comparado. Universidad de Cuenca. Pudelevo Editores S.A. 1997. Quito. pg 37.)

³⁰ Ibidem. pg 5.

³¹ De Zola Cañizares, Felipe. Iniciación al Derecho Comparado. Instituto de derecho Comparado. 1954. Barcelona. pg 98

³² Mas adelante analizaremos en qué consiste ese método o técnica.

³³ David, Rene. Op. Cit. Pg 6

historia de las instituciones, no es hacer derecho comparado, sino historia comparada de las instituciones. Utilizarlo para establecer las leyes del progreso de la sociedad es hacer filosofía del derecho o sociología, pero no derecho comparado. Emplear el método comparativo para mejorar el derecho de su propio país es hacer política legislativa. Al intentar distinguir el derecho comparado de aquello que es propio de otra ciencia, se reduce hasta tal punto el campo del derecho comparado, que acaba por desaparecer. Por esta razón, David argumenta que el derecho comparado, en cuanto disciplina teórica, no tiene ámbito propio. David afirma que lo anterior nos lleva a una clara conclusión: el derecho comparado no existe. Lo que existe es la posibilidad de emplear el método comparativo en las ciencias jurídicas.³⁴ Así, el problema de la existencia de una ciencia autónoma se juzga en función de un ámbito de investigación que le pertenece en exclusiva y que es distinto de los ámbitos de actividad de las demás ciencias.³⁵

³⁴ Ibidem. Pg 8

³⁵ Constantinesco, Leontin Jean. Op. Cit. Pg 283.

III

DIFERENTES ESCUELAS DE DERECHO COMPARADO

Existen diferentes formas de hacer derecho comparado, que obedecen a diferentes enfoques. Se describirán las principales escuelas dando prevalencia al funcionalismo, puesto que el funcionalismo es la escuela cuyo enfoque nos parece más apropiado y plausible en el estudio de derecho comparado, y por ende será el enfoque que imperará a lo largo este escrito.³⁶

a) Análisis económico del derecho

En general, el movimiento de “Análisis Económico del Derecho” considera que las ciencias sociales en general y la economía en particular deben ser utilizadas para dar luces sobre la comprensión del derecho. Una comparación para ser completa debe cotejar todos los sistemas legales a nivel operacional, lo cual requiere las técnicas de la economía. Se propone utilizar mas la estadística y hacer una comparación funcionalista que tenga en cuenta el derecho en acción y no el derecho en los libros.³⁷ Por ejemplo, en su libro “Law and Legal theory in England and America”, Richard Posner dedica gran parte de su trabajo a analizar datos matemáticos. Utiliza estadísticas sobre los costos de litigar, sobre el tamaño de los sistemas jurídicos, estadísticas comparadas del crimen, estadísticas comparadas de accidentes, etc.³⁸ En síntesis, desde este enfoque la tarea del comparatista consiste en conseguir los datos estadísticos, encontrar las relaciones funcionales, y llevar a cabo un análisis económico que revelará las características fundamentales del sistema jurídico extranjero, para luego compararlo con otro sistema jurídico.³⁹

El análisis económico del derecho comparado propone estudiar los diferentes sistemas jurídicos para encontrar las soluciones más eficientes a los problemas globales. Es decir, lo que este movimiento propone es encontrar la forma en la que los sistemas puedan escoger la solución más eficiente del universo de soluciones ofrecidas por los diferentes sistemas. Desde este enfoque se busca construir un modelo para una institución legal eficiente y luego comparar ese modelo con las alternativas que ofrecen los distintos sistemas

³⁶ El interés por la escuela del funcionalismo, y la comprensión de su utilidad, las debo a mi clase de Derecho Comparado (Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 2001. Dr. Diego Eduardo López Medina) donde se estudió y analizó detenidamente ésta escuela.

³⁷ Ewald, William. Posner's Economic approach to Comparative Law. 33 Texas International Law Journal.381. 1998. pg 5

³⁸ Ibidem. pg 4

³⁹ Ibidem. pg 7

jurídicos.⁴⁰ Los investigadores del análisis económico del derecho comparado han estudiado con detenimiento la posibilidad de conseguir la unificación del Derecho en Europa por medio de trasplantes legales.⁴¹ De hecho Europa está viviendo un “momento comparativo” en el que el derecho comparado ha tomado gran importancia en ciertos procesos de unificación y armonización del derecho dentro del marco de la de la Unión Europea.

El análisis económico del derecho comparado no usa un sistema cerrado de fuentes jurídicas de donde se toman las instituciones a ser transplantadas. En esta corriente se introduce el concepto de *legal formant* en lugar de trasplante legal. *Legal formant* es un concepto más amplio que indica que al transplantar se deben buscar soluciones no únicamente en las fuentes tradicionales del derecho, sino de la doctrina, etc. Lo importante es encontrar en cualquiera de esas fuentes soluciones a los problemas jurídicos planteados.⁴²

b) El enfoque del núcleo común

Ugo Mattei sugiere el enfoque del núcleo común como una manera alternativa en la que el análisis económico del derecho comparado puede contribuir a la unificación del derecho. En términos generales, el enfoque parte del entendimiento del derecho como un fenómeno cultural y lingüístico, por lo cual, las diferencias en cultura y lenguaje implican también diferencias en el sistema jurídico. Mattei considera que es posible que diferentes conceptos de diferentes sistemas jurídicos tengan significados similares. El enfoque del núcleo común, consiste en identificar conceptos legales que pueden tener diferentes nombres o requisitos formales en distintos sistemas legales, pero en la práctica resuelven los casos similares de forma similar. El argumento de Mattei se basa en que la economía puede contribuir al estudio del derecho comparado al determinar ese núcleo común. Desde esta perspectiva, lo importante no son los términos legales, sino los efectos que las normas jurídicas tienen en el comportamiento humano. El análisis económico del derecho comparado estudia estos efectos de las normas jurídicas, encontrando que normas con diferentes conceptos, pueden llevar a resultados similares.

Visscher y Kerkmeester hacen algunas críticas al enfoque del núcleo común de Mattei. Afirman que, como vimos, es una característica de este enfoque la de ver el análisis económico del derecho como una ciencia

⁴⁰ Orucu, Esin. Critical Comparative Law. En “www.ejcl.org”

⁴¹ Entendemos por trasplante legal el movimiento de una norma o un régimen jurídico de un país a otro.

⁴² Visscher, Louis y Kerkmeester, Heico: Learned Hand in Europe: a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence. En <http://www.bepress.com/gwp>. P. 6

empírica que se interesa en los efectos de las normas jurídicas. Los autores afirman que ésta concepción no es acorde con la manera como el análisis económico del derecho comparado funciona en la práctica.

c) Funcionalismo

El funcionalismo nació cuando se pensó que la manera más adecuada de formular los problemas de derecho comparado, que tuviera en cuenta distintas tradiciones legales, era formular el problema social que se intenta resolver, o la materia que se pretende estudiar, para analizar el tratamiento que diferentes sistemas jurídicos le dan a esos problemas. Así surgió la idea según la cual la contribución del derecho comparado al conocimiento jurídico no depende necesariamente de la construcción de una genealogía que designe familias legales y tradiciones jurídicas emparentadas, sino de la identificación de problemas que pueden ser resueltos acudiendo a la experiencia de países que hay an tenido que lidiar con ellos.⁴³

El funcionalismo tiene características que difieren sustancialmente de los otros enfoques del derecho comparado. La importancia del derecho no depende únicamente de la existencia de una estructura que lo distinga de otras formas de control social, sino de su capacidad de resolver los problemas sociales.⁴⁴ En segundo lugar, el papel fundamental del derecho comparado no depende de la existencia de coincidencias culturales entre naciones unidas por un pasado común, sino de la resolución de problemas y necesidades comunes.⁴⁵ En tercer lugar, la utilidad de los ejercicios de derecho comparado depende de la habilidad para plantear el problema que se aspira resolver y la sensibilidad para lograr detectar como se aborda el problema en los distintos países, lo cual supone un conocimiento cultural profundo de cada sistema jurídico.⁴⁶ En cuarto lugar, es preciso ser concientes de los problemas causados al analizar los sistemas de derecho extranjero desde nuestros propios conceptos y por eso se debe asumir una posición externa, neutral en la investigación comparativa, un *tertium comparationis*.

Para la definición del problema jurídico que tratará de resolverse y cuya solución se busca a través de la comparación, sólo se pueden comparar las reglas que tienen la misma función y resuelven los mismos

⁴³ Visscher, Louis y Kerkmeester, Heico. Op. Cit. pg 16

⁴⁴ Considero que al análisis funcionalista subyace la idea de que las normas no son sino soluciones a los problemas sociales.

⁴⁵ Es por esta idea que no compartimos la posición de Watson expuesta anteriormente, según la cual para hacer Derecho Comparado es preciso que haya una relación histórica o de otra índole, entre los países cuyos sistemas jurídicos son objeto de comparación.

⁴⁶ Visscher, Louis y Kerkmeester, Heico. pg 6

problemas o conflictos de intereses. El investigador debe dejar a un lado sus preconceptos jurídicos y liberarse de su contexto cultural con el fin de descubrir conceptos funcionales con los cuales describir los problemas jurídicos.⁴⁷

La función es el punto de partida y la base para el derecho comparado porque los diferentes sistemas jurídicos sólo pueden compararse si solucionan iguales o análogos problemas fácticos. El principio metodológico básico es entonces aquel de la funcionalidad. Es lógico que para poder comparar, deben tenerse elementos que sean comparables. En Derecho, lo comparable es aquello que cumple la misma función. Lo anterior se basa en la idea de que los sistemas legales de muchas sociedades enfrentan problemas similares, y resuelven estos problemas con medios muy distintos.

Autores como Rabel le dan una gran preponderancia a los conceptos de función y contexto. Este autor afirma que no es posible comparar normas jurídicas, instituciones o sistemas sin saber cómo funcionan, y no es posible saber su funcionamiento sin conocer su contexto cultural, económico y jurídico. Afirma que es poco útil comparar instituciones y reglas en el papel, cómo aparecen en los libros. El comparatista debe estudiar el derecho en acción, las instituciones operantes.

Ahora procederemos a analizar más detalladamente las pautas metodológicas del funcionalismo. En primer lugar, el estudio del derecho extranjero es un paso indispensable para el análisis comparativo. El comparatista debe conocer las características esenciales de los sistemas a comparar. En segundo lugar, el comparatista debe conocer su propio sistema legal. Además, la necesidad de ver el propio sistema legal en contexto significa que el derecho comparado por naturaleza es un campo interdisciplinario, que depende en gran medida de la investigación empírica y el conocimiento práctico. Las normas jurídicas no pueden ser realmente comprendidas, por lo menos en tanto se entienden como instrumento de control social, sin conocer sus fuentes, sus objetivos políticos, sociales y económicos, el contexto en el que operan, la forma de operar del sistema judicial. Para lograr hacer realmente derecho comparado se debe llevar a cabo un trabajo interdisciplinario y de grupo.⁴⁸

La pregunta objeto de estudio de cualquier comparatista debe formularse en términos puramente funcionales. Es decir, el problema debe formularse sin referencia a los conceptos del sistema legal del comparatista. Por

⁴⁷ Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Cfr. Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Introduction to Comparative Law. Third edition. Oxford. 1998. pg 10

⁴⁸ Glendon, Mary Ann, Wallace, Michael, Carozza, Paolo. Op. Cit. pg 11

ejemplo, en lugar de preguntarse cuales son los requisitos formales para la existencia y validez del contrato de compraventa en el derecho extranjero, podemos reformular la pregunta así: ¿Cómo protege el derecho extranjero a las partes de un contrato, de quedar obligados por un contrato celebrado en broma o sin la intención de celebrarlo?⁴⁹

Se propone que abordemos el problema, no preguntándonos, por ejemplo, en qué casos el derecho extranjero admite la cláusula resolutoria, la restitución de un enriquecimiento sin causa o la restitución de un objeto. Se debe preguntar cómo el derecho extranjero satisface las necesidades para las cuales el sistema jurídico del investigador previó la cláusula resolutoria, la restitución de un enriquecimiento sin causa, y la restitución de un objeto. La formulación apropiada de los problemas sociales representa, en efecto, un aspecto clave, decisivo, tanto en el método funcional como en el método comparativo en general.⁵⁰

En suma, las normas e instituciones jurídicas deben liberarse de las categorías conceptuales de sus sistemas de manera que puedan verse en términos de los objetivos sociales que sirven. En ocasiones esto significará que una institución debe fragmentarse, como por ejemplo, cuando se indaga la manera cómo los sistemas jurídicos que no tienen la institución de la fiducia, afrontan los problemas que la fiducia resuelve. En otras ocasiones, varias instituciones deben estudiarse simultáneamente porque solo con su operación conjunta se logra saciar una determinada necesidad.⁵¹

Como afirman Zweigert y Kotz, “el enfoque funcionalista del derecho comparado se concentra en el problema de la vida real que con frecuencia merodea invisible tras los conceptos de los sistemas nacionales”.⁵² Con un análisis funcionalista en ocasiones se descubre que detrás de diferencias formales hay similitudes esenciales. También se descubre que detrás de normas jurídicas aparentemente idénticas se dan efectos sustancialmente diferentes en diferentes contextos.⁵³

Dentro de los preceptos metodológicos del funcionalismo, es considerado como sospechoso el que un investigador llegue a la conclusión de que no tiene nada para reportar sobre el problema específico. Cuando se crea que no hay nada que reportar, es posible que el investigador esté mirando el problema con los ojos de su propio sistema. Esta idea presupone que los problemas sociales que el derecho resuelve en los distintos

⁴⁹ *Ibidem* pg 34

⁵⁰ H.A Schwarz. Liebermann von Wahlendorff. *Droit compare. Theorie Generale et Principes*. Paris. 1978. pg 190.

⁵¹ Glendon, Mary Ann, Wallace, Michael, Carozza, Paolo. *Op. Cit.* pg 12.

⁵² Zweigert y Kotz. *Op. Cit.* Pg 40

⁵³ Glendon, Mary Ann, Wallace, Michael, Carozza, Paolo. *Op. Cit.* pg 12.

países, en últimas, son bastante similares, y es sospechoso que se llegue a la respuesta de que no hay una solución para ese problema en un determinado sistema. Esa respuesta parece indicar que no se ha planteado la pregunta en términos funcionales. Debe pues volver a acercarse al problema, esta vez replanteándose la pregunta y dejando de lado la carga dogmática de su propio sistema jurídico. Si una vez hecho este ejercicio, definitivamente no hay nada que reportar, es preciso analizar qué hace que ese sistema no haya sentido la necesidad de adoptar una solución jurídica para determinado tema.⁵⁴

De manera que, según los funcionalistas, metodológicamente hay que partir de la premisa de que los distintos sistemas jurídicos de las sociedades se enfrentan esencialmente a los mismos problemas, y resuelven éstos con medios muy distintos, pero con frecuencia llegando a los mismos resultados. Es decir, la similitud de los problemas lleva a una similitud en las soluciones, independientemente de los medios jurídicos por los cuales se llegue a las mismas. Este presupuesto metodológico sirve para evaluar las conclusiones de la investigación: si el comparatista encuentra que los sistemas que compara llegan a soluciones muy distintas o diametralmente opuestas, debe revisar su investigación y asegurarse de que los términos en que se planteó los problemas fueron funcionales y de que su investigación fue lo suficientemente exhaustiva.

En nuestra opinión, la ventaja del funcionalismo es que aumenta el nivel de abstracción del análisis, y obliga al investigador a encontrar nuevas categorías analíticas. Comparar implica encontrar un concepto más elevado, una abstracción más general que permite ver el problema con otro enfoque. El análisis comparativo funcionalista obliga al analista a usar el método inductivo para articular categorías generales que le permitan comparar instituciones que cumplen funciones similares.⁵⁵

El funcionalismo también nos indica qué áreas del sistema legal extranjero deben investigarse para hallar una respuesta a la pregunta objeto de investigación. Lo principal es evitar las limitaciones en cuanto a las fuentes del Derecho. Es decir, el comparatista debe tomar como fuente del derecho lo que los agentes jurídicos del país bajo estudio tomarían como fuente del derecho.⁵⁶ El derecho comparado debe ir más allá del enfoque de la doctrina tradicional que ve el derecho como un conjunto de reglas. Debe ver el discurso legal, la conciencia jurídica de los operadores, es decir, la manera como los abogados trabajan con el derecho y razonan sobre el derecho.⁵⁷ Al comparar sistemas jurídicos el comparatista debe tener en cuenta la historia, el

⁵⁴ Ibidem. pg 35

⁵⁵ Reitz, John. How to do comparative Law. The American Journal of Comparative Law. Volumen 46. pg 625

⁵⁶ Ibidem. pg 36

⁵⁷ Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark. Legal Cultures, legal Paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law: British Institute of International and Comparative law. 1998 pg 496

modo de pensar, las instituciones, las fuentes y la ideología de cada sistema. A lo anterior subyace la idea de que el derecho y su comprensión incluyen mucho más que la lectura de leyes y jurisprudencia. El derecho no puede entenderse a menos que se sitúe en un contexto histórico, socioeconómico e ideológico.⁵⁸

Por último, es preciso anotar que existe otra clasificación de las formas de hacer derecho comparado que divide el derecho comparado en descriptivo y aplicado. El funcionalismo es análogo al derecho comparado aplicado por cuanto su principal objetivo no es describir con el único propósito de encontrar diferencias y semejanzas, sino comparar para lograr resolver problemas funcionalmente equivalentes.

El derecho comparado descriptivo se diferencia del derecho comparado aplicado por el hecho de circunscribirse a un análisis de las divergencias y similitudes entre los derechos de dos o más países y por no perseguir solución de ninguna clase, sea de índole práctica o abstracta.⁵⁹ El derecho comparado aplicado no consiste en una mera descripción de las diferencias existentes entre los conceptos, normas o instituciones del derecho examinado, sino que profundiza más con un objetivo definido, es decir, para resolver algún problema de orden abstracto o práctico. Por ejemplo, en su versión aplicada, el derecho comparado tiene como uno de sus objetivos proveer las bases para la decisión de políticas públicas. En este caso el derecho comparado nos enseña cómo resolver un problema específico de la manera mas apropiada teniendo en cuenta las circunstancias económicas y sociales de un país.

Con frecuencia se cae en el error de pensar que hacer derecho comparado descriptivo equivale a ejecutar un derecho comparado basado en la comparación a múltiple columna de reglas vigentes en distintas jurisdicciones. Lo anterior es confundir el derecho comparado con la legislación comparada. La principal crítica a la legislación comparada es que obstaculiza una cabal comprensión del sistema jurídico extranjero, ya que conocer sus normas no equivale en absoluto a una verdadera comprensión de éste. Recordemos como el pilar del funcionalismo es que, para entender el derecho extranjero, antes que sus normas, hay que entender los contextos culturales en que estas nacen y se desenvuelven, así como las demás fuentes que contribuyen a identificar una decisión definitiva al problema.⁶⁰

Las comparaciones de doble columna suelen ser muy peligrosas porque tienden a estar alejadas del funcionalismo y del derecho en acción, y pueden llevar al comparatista a conclusiones incompletas y por lo

⁵⁸ Ibidem. Pg 497

⁵⁹ Ibidem. pg 19

⁶⁰ Lopez Medina, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. Editorial Legis. Bogotá. 2004. Pg 75

tanto erradas sobre el régimen jurídico de los sistemas a comparar. Consideramos que, como se planteó anteriormente, el valor de la comparación está dado por el objetivo perseguido por el comparatista, y las comparaciones de doble columna parecen tener un objetivo meramente descriptivo sin una aplicación que aporte de manera significativa al desarrollo o a la comprensión del derecho.

d) La teoría comparada del derecho⁶¹

Esta escuela, uno de cuyos principales exponentes es William Ewald, intenta ejercer un derecho comparado con un alto componente teórico. La escuela propende porque se haga un esfuerzo por entender las teorías del derecho de jurisdicciones foráneas, con el propósito de comprender mejor el derecho extranjero en general. Para la teoría comparada del derecho, el principal objeto de estudio del derecho comparado deben ser los principios filosóficos que subyacen a las reglas. La importancia de la tesis de Ewald al interior de esta escuela es tal, que se justifica una atención más detallada de sus principales argumentos.

De acuerdo con Ewald, el derecho comparado tal y como se ha concebido tradicionalmente, tiene una falla que consiste en que se contenta con describir las reglas e instituciones sustanciales y procesales de otros sistemas jurídicos, sin entender los presupuestos políticos, culturales, epistemológicos y morales que subyacen a estas normas e instituciones. Para sustentar esta posición Ewald, en su primer artículo sobre el tema, titulado “¿Qué se siente cuando se juzga a un ratón?”, describe prácticas medievales tales como la de endilgar responsabilidad penal a animales. Una aproximación tradicional al derecho comparado podría conformarse con la descripción de ese juicio. Para Ewald, el comparatista debe preguntarse qué presupuestos hacían sensato para esa comunidad juzgar y castigar un ratón. Básicamente la propuesta de Ewald consiste en abandonar una visión del derecho comparado basada en instituciones formales y en reglas. Nos invita a lograr previamente una comprensión de las teorías del derecho que informan la práctica de los distintos operadores jurídicos. Por ejemplo, antes de estudiar las reglas del derecho positivo alemán, todo comparatista serio debe tratar de entender las ideas abstractas que dominan los imaginarios de un iusprivatista alemán.⁶²

⁶¹ Hay varias acepciones para esta expresión. En el presente escrito entendemos la expresión desde Ewald, para quien se trata de una propuesta por mejorar las metodologías vigentes del Derecho Comparado.

⁶² Lopez, Diego. Teoría Impura del Derecho. Editorial Legis. Bogotá. 2004. pg 81.

Ewald nos advierte que cuando un comparatista se enfrenta con dos reglas de distintos sistemas jurídicos aparentemente idénticas, el hecho de tener en cuenta la ideología social, jurídica y política en la que se aplican esas normas, puede cambiar de manera importante su significado. “Existen para esas normas superficialmente convergentes, nuevas teorías subyacentes de práctica y argumentación judicial, además de modos de producción e ideologías sociales y políticas, que transforman dramáticamente el significado de reglas aparentemente idénticas.”⁶³

Para Ewald, el comparatista debe salirse de sus formas habituales de pensamiento y tratar de comprender la forma en que piensan los abogados del sistema jurídico bajo estudio. Así, la comprensión de un derecho extranjero no depende de la acumulación de información, sino de conseguir la habilidad de pensar como un abogado extranjero, entendiendo los problemas jurídicos desde su patrón de creencias. Es la comprensión de la teoría, y no del derecho positivo, la que realmente permite entender al abogado extranjero. Por ejemplo, para comprender a un abogado estadounidense, es mucho más productivo comprender si posee una cultura jurídica postrealista, formalista o iusnaturalista, antes que estudiar al detalle las cuestiones normativas de una determinada área del derecho. Así, no se trata del derecho en los libros que proponen los formalistas, ni del derecho en acción que proponen los realistas. Ewald insiste en la necesidad de comprender el derecho en la mente de los operadores jurídicos.⁶⁴

En síntesis, Ewald propone como metodología del derecho comparado la teoría comparada del derecho. Así, para entender un Derecho extranjero, lo fundamental es entender su teoría del Derecho, y no únicamente las normas del sistema. Esta concepción es clara en afirmaciones como la siguiente: “Por consiguiente considero en detalle el código civil alemán; explico cómo su redacción estuvo influenciada por las ideas de Kant, Savigny y Thibaut, Windscheid y Gierke; y argumento que, a no ser que uno entienda esas ideas anteriores, no se puede entender tópicos centrales en el derecho privado alemán actual”.⁶⁵

Otro punto de gran importancia en la teoría de Ewald es la crítica que hace al derecho comparado tradicional. El derecho comparado falla, ya por excesivo formalismo, ya por ser excesivamente contextualista. Del lado formalista, la crítica de Ewald asevera que un conocimiento de la ley no es suficiente para conocer un derecho extranjero. Ya hemos visto las limitaciones de este enfoque formalista del derecho comparado. Del

⁶³ Ewald, *Comparative Jurisprudence. What was it like to try a rat?*, 143 *Pennsylvania Law Review*. 1995. pg 2093. Citado en Lopez, Diego. *Teoría Impura del Derecho*. Editorial Legis. Bogotá. 2004. pg 81.

⁶⁴ Lopez, Diego. *Teoría Impura del Derecho*. Editorial Legis. Bogotá. 2004. pg 87.

⁶⁵ Ewald, *Comparative Jurisprudence. What was it like to try a rat?*, 143 *Pennsylvania Law Review*. 1995. pg 1897. Citado en Lopez, Diego. *Teoría Impura del Derecho*. Editorial Legis. Bogotá. 2004. pg 79.

lado contextualista,⁶⁶ Ewald se cuestiona qué tanta investigación contextual se requiere para poder hacer derecho comparado de manera exitosa. Lo fundamental del contexto que ha de tenerse en cuenta para hacer derecho comparado es la iusteoría que sirve de contexto al sistema normativo. No es necesario tener en cuenta contextos materiales demasiado amplios. De esta manera, Ewald invita al comparatista a aprender sobre la iusteoría dominante en la cultura jurídica bajo estudio, en lugar de proyectar su propia teoría del derecho.

e) La macrocomparación y la microcomparación

La macrocomparación es una forma de hacer derecho comparado que consiste en llevar a cabo la comparación de sistemas jurídicos a gran escala. Así, cuando se hace macrocomparación se comparan aspectos como el espíritu, el estilo de los sistemas legales y los métodos procesales que usan. En la macrocomparación, en lugar de concentrarse en problemas concretos y sus soluciones, se investiga sobre la identificación del sistema de fuentes jurídicas, procedimientos de resolución de conflictos, o los roles de los diferentes agentes del derecho. Por ejemplo, se pueden comparar las diferentes técnicas de legislación, estilos de codificación y métodos hermenéuticos y discutir la importancia de los precedentes judiciales, entre otros.⁶⁷ La macrocomparación tiene como objetivo identificar y clasificar los diferentes sistemas jurídicos o familias de derechos. En la actualidad, en el ámbito académico suelen reconocerse las siguientes seis grandes familias: la romanista, la de *common law*, la socialista, la hindú, la china y la islámica.

En la doctrina se han identificado algunos puntos en los que debe haber acuerdo para poder hablar de una cultura legal común. Una familia legal se forma por sistemas jurídicos que comparten idénticas o similares concepciones en estos puntos paradigmáticos⁶⁸:

1. Un concepto del derecho. ¿Qué es el derecho? ¿Cuál es su relación con otras normas sociales?
2. Una teoría de las fuentes jurídicas válidas. ¿Quién tiene el poder creador del derecho y bajo qué condiciones? ¿Cuál es la jerarquía de las fuentes jurídicas? ¿Cómo y quién resuelve problemas de

⁶⁶ Entendemos por contexto el medio material-sociológico en que se desenvuelve el derecho extranjero, incluyendo aspectos como la política, religión, cultura entre otros. (Cfr. Lopez, Diego. Teoría Impura del Derecho. Editorial Legis. Bogotá. 2004. pg 85)

⁶⁷ Cfr. Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Op. Cit. pg 4

⁶⁸ Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark. Op. Cit. pg 514

antinomias entre las distintas fuentes?¿Las decisiones y textos no jurídicos, tales como los religiosos, son fuentes del derecho?

3.Una teoría hermenéutica. ¿Hasta qué punto los operadores jurídicos, especialmente los jueces, tienen la libertad o el deber de interpretar el Derecho de una manera específica? ¿Qué métodos de interpretación pueden ser usados? ¿Hay alguna relación jerárquica entre los métodos de interpretación?

4. Una teoría de la argumentación jurídica. ¿Qué tipo de argumentos y de estrategias argumentativas son aceptables? ¿Sólo los argumentos jurídicos son aceptables, o también lo son los sociales, económicos, políticos, ideológicos y religiosos?

5. Una teoría de la legitimidad del derecho. ¿En qué radica la fuerza vinculante del derecho? ¿Qué ocurre si la norma jurídica entra en conflicto con normas sociales o religiosas? ¿Qué clase de legitimación le da fuerza vinculante a las normas jurídicas: una legitimación puramente formal o también una ideológica (fundada, por ejemplo, en valores morales o religiosos)? ¿Qué clase de legitimación le da al sistema jurídico su fuerza vinculante? ¿Se trata de una legitimación sociológica, histórica, axiológica?

6. Una ideología común en cuanto a valores y visiones del mundo. Una visión común del rol del derecho en la sociedad y del rol de los juristas. Una visión de qué problemas son jurídicos y cuales no lo son..

La otra parte de este enfoque del derecho comparado es la microcomparación, la cual consiste en comparar a menor escala. Es el estudio comparado de instituciones o problemas legales específicos. Es decir, estudia las reglas que se utilizan para resolver los distintos conflictos de intereses. La microcomparación se hace preguntas específicas tales como: ¿Qué factores son relevantes para determinar la custodia del menor en casos de divorcio? ¿Cuándo es el vendedor responsable por el daño que causa a un consumidor por los defectos del producto? La lista de posibles objetos de estudio es infinita por tratarse de problemas específicos.⁶⁹

La microcomparación en nuestro concepto puede hacerse entre sistemas jurídicos que pertenezcan a familias jurídicas distintas. Creemos que nada impide lo anterior, pues desde un análisis funcionalista del derecho comparado como lo es el nuestro, lo que hace comparables dos instituciones jurídicas o dos normas es la función que cumplen en su contexto y no la familia legal a la que pertenecen.

⁶⁹ Ibidem. pg 5

Algunos autores como Kaden, distinguen entre comparación formal y comparación dogmática, que equivalen a macro y microcomparación. La comparación formal es el estudio comparado de las fuentes del derecho; por ejemplo, el valor atribuido en diferentes sistemas a la ley, la jurisprudencia, la costumbre, etc. La comparación dogmática se refiere a las diversas soluciones que se han hallado en los distintos sistemas jurídicos a un mismo problema.⁷⁰

La distinción entre macro y microcomparación no es ni puede ser tajante. La microcomparación provee ejemplos y formas de verificación, mientras que el conocimiento de los sistemas jurídicos provee el contexto indispensable para el estudio de problemas particulares. Hay ciertos aspectos de la realidad jurídica que la microcomparación no puede revelar. Por su naturaleza analítica y su objeto limitado, la microcomparación se fija en el examen del fenómeno jurídico reducido a sus partículas elementales. Se puede considerar este trabajo como un examen jurídico microscópico tendiente a revelar la estructura y la función de las células jurídicas elementales. Es pasando de la microcomparación a la macrocomparación, que puede aprehenderse un espectro más general de la realidad jurídica, pues la macrocomparación es la única escala capaz de revelar las estructuras características del sistema jurídico.⁷¹

Una importante diferencia entre micro y macrocomparación es que en la microcomparación, el empleo del método comparativo puede responder a objetivos teóricos tales como ensanchar el ámbito de los conocimientos jurídicos, o prácticos, como política legislativa, unificación jurídica, entre otros. En la macrocomparación, el objetivo es usualmente teórico y científico.⁷²

Para aquellos autores cuya posición fue expuesta y que conciben el derecho comparado como ciencia, lo que separa la microcomparación de la macrocomparación es lo que diferencia el método comparativo de la ciencia de los derechos comparados. El primero es un método que lleva a resultados fragmentarios. La segunda es, según esta corriente, una disciplina que, al seleccionar, ordenar y clasificar los resultados parciales obtenidos del método comparativo, permite obtener nuevos conocimientos en ámbitos todavía no explorados.⁷³

⁷⁰ Gutteridge, H.C. Op. Cit. pg 18

⁷¹ Constantinesco, Leontin Jean. Op. Cit. Pg 313 Y 314

⁷² Recordemos que el objetivo de la macrocomparación es el de precisar las estructuras determinantes de los órdenes jurídicos, establecer las estructuras comunes a varios órdenes jurídicos, su parentesco tipológico y, por él, deducir las familias y los sistemas jurídicos.

⁷³ *Ibidem*. Pg 315

En síntesis, hay entre la micro y la macrocomparación una diferencia que atañe a los objetivos a los que se dirige la investigación comparativa. El objetivo de la macrocomparación es el de esclarecer grandes estructuras fundamentales y el perfil característico de los ordenamientos jurídicos, con el fin de clasificar las familias jurídicas.⁷⁴ El objetivo de la microcomparación es el de esclarecer una institución o una regla jurídica con objetivos que pueden ser muy variados. Dado que el objetivo de la investigación al que éste escrito le sirve de marco teórico es establecer hasta qué punto ha habido o puede llegar a haber en un futuro cercano, una influencia de determinadas instituciones del derecho norteamericano en el derecho de responsabilidad civil y societario colombiano y estudiar posibles propuestas de reforma a nuestro derecho a partir de los resultados de la investigación, el estudio que se hace en el presente trabajo es un estudio de microcomparación.

f) Derecho comparado intracultural y multicultural

Vimos como autores como Watson y Kamba consideran que el derecho Comparado sólo tiene sentido si se limita a una comparación intracultural, es decir, una comparación de sistemas legales dentro de la misma familia cultural, que comparte una concepción básica del derecho e incluso, condiciones socioeconómicas similares⁷⁵. Esta concepción es contraria al enfoque que sostendremos a lo largo del presente análisis. Creemos que la comparación multicultural, que consiste en la comparación de sistemas jurídicos enraizadas en tradiciones jurídicas distintas y operando en condiciones socioeconómicas diferentes, es un ejercicio igualmente valioso; todo depende del objetivo que se busque con la comparación.⁷⁶ De cualquier modo, como expusimos atrás, dado que consideramos que la pregunta objeto de estudio de cualquier comparatista debe formularse en términos puramente funcionales, no importa si los derechos a comparar pertenecen a la misma familia cultural, sino si las instituciones a comparar cumplen la misma función en la resolución de problemas sociales.

⁷⁴ Ibidem. Pg 316

⁷⁵ Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark. Op. cit. pg 499

⁷⁶ Cualquier comparación a nivel multicultural debe empezar por identificar las principales diferencias culturales al tratar de comprender cualquier norma jurídica, institución legal o práctica legal.

IV

OBJETIVOS Y FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO

Si intentáramos resumir cuales son las funciones mas importantes del derecho Comparado, las cuales son comunes a los distintos enfoques recién estudiados, diríamos que son las siguientes: la reforma del derecho y el desarrollo de políticas públicas, ser una herramienta de investigación para encontrar una teoría general del derecho, para descubrir las leyes de la evolución de los derechos, proveer de perspectiva a los estudiantes, ser una ayuda para el litigio a nivel internacional y para la unificación y armonización internacionales, ser una herramienta para hacer historia comparada del derecho, entre otros. Veamos:

El derecho comparado desempeña un papel similar al de la historia. Al estudioso de un derecho nacional le proporciona la perspectiva necesaria para percibir las líneas de ese derecho. Nos pone de manifiesto el carácter contingente de ciertas instituciones o normas que, de no ser por la comparación, estaríamos tentados de atribuir un carácter necesario y permanente. El derecho comparado permite un planteamiento más preciso de ciertos problemas y una comprensión del carácter inadecuado de ciertas instituciones.

El método comparativo puede servir para una mejor comprensión del derecho nacional: “El que ignora el derecho extranjero se priva de un medio de comprensión e interpretación.”⁷⁷ Una de las razones que explican lo anterior, es que muchas de las disposiciones legales de un país tienen su fuente o se han basado parcialmente en las de otros países. La mayoría de sistemas legales contienen transplantes.⁷⁸ El derecho vigente en cierto territorio normalmente no nace aisladamente en la praxis de los actores locales o en la mente del legislador sino que representa un conjunto de influencias. En consecuencia, a menudo no es posible conseguir un cabal conocimiento de un ordenamiento jurídico sin el conocimiento del ordenamiento jurídico de donde proviene el transplante. Por ende, las sentencias judiciales, las disposiciones reglamentarias y las opiniones de la doctrina del país extranjero dan una mejor comprensión de la solución jurídica nacional y permiten aplicar soluciones extranjeras a situaciones nacionales análogas a las extranjeras.⁷⁹

El derecho comparado puede servir al comparatista para entender el derecho de su país ya que “para ver las cosas en su verdadera dimensión, debemos verlas desde cierta distancia, como extraños, lo cual es imposible

⁷⁷ *Ibidem*. pg 110

⁷⁸ En algunos países son muy pocos los ejemplos de transplantes, en otros, todo el sistema legal tiene origen en un derecho extranjero.

⁷⁹ Cfr. *Ibidem*. pg 110

cuando estudiamos un fenómeno de nuestro propio país”.⁸⁰ El derecho comparado, al permitir una mejor comprensión del propio derecho, también permite analizar que hay otras maneras de resolver los mismos problemas jurídicos, y que la solución local no es necesariamente la mejor. Lo anterior puede llevar al comparatista a encontrar lo valioso de su sistema, y aquello que puede desarrollarse aun mejor. Cuando los juristas se repliegan sobre su derecho nacional, corren el riesgo de convertirse en simples técnicos, incapaces de dirigir el desarrollo de su derecho.⁸¹

Otra función que con frecuencia cumple el derecho comparado es la de contribuir a la resolución de problemas específicos. Muchas veces el incentivo para iniciar la investigación comparada es el de resolver un problema que nuestro derecho no resuelve satisfactoriamente. Cuando los comparatistas dedican su atención a un problema de este tipo, usualmente lo que buscan con la aplicación del método comparativo es lograr una comprensión mas profunda del problema, una fuente de inspiración. Teniendo en cuenta que el derecho comparado nos da una serie de alternativas de instituciones jurídicas, podemos decir que el derecho comparado nos da lo más cercano a un “laboratorio de derecho”, que nos permite ampliar nuestro campo de observación, para observar como otros sistemas jurídicos han afrontado problemas como los nuestros.⁸²

Una función muy importante del derecho comparado es el de ser una herramienta para el legislador. Permite a los reformadores del derecho ver con más claridad si es viable y útil hacer un trasplante o no, y de qué sistemas se debe tomar el trasplante, o si es aconsejable tomar el trasplante idéntico o hacerle ciertas modificaciones. Por ejemplo, el derecho comparado ha sido de gran utilidad en los países de Europa Central y Oriental, donde los legisladores se han visto en la tarea de reconstruir los sistemas legales luego del colapso del sistema soviético. La experiencia de otros países europeos ha permitido encontrar soluciones que se acomodan mejor a su tradición jurídica.⁸³ La legislación es tal vez uno de los ámbitos donde el método comparativo puede aplicarse con mayor provecho. El derecho comparado puede facilitar la función del legislador y contribuir al perfeccionamiento práctico del derecho. Mediante el examen y comparación de derechos se obtienen elementos muy valiosos para el progreso jurídico. Consideramos que en los casos de reforma del derecho, la investigación de las experiencias de otros países, en busca del mejor modelo a transplantar, es perfectamente razonable y plausible.

⁸⁰ Traducción de la autora. Cfr. Chodosh, Hiram. *Comparing Comparisons. In Search of Methodology*. 84 Iowa Law Review 1025. Iowa University. 1999

⁸¹ David, Rene. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Op. Cit. pg 9

⁸² *Ibidem*. Pg 7

⁸³ Glendon, Mary Ann, Wallace, Michael, Carozza, Paolo. Op. Cit. pg 6

La aplicación del método comparativo también sirve para la interpretación sistémica del derecho, mediante la cual los estudiosos eligen entre los posibles significados de las normas jurídicas, aquellos que se presten mejor para constituir un sistema de normas, es decir, un conjunto de reglas racional conforme con los principios constitucionales. En esta interpretación los modelos extranjeros pueden aportar útiles sugerencias. La aplicación de estas posibilidades hermenéuticas que el derecho extranjero nos sugiere, debe analizarse a la luz del sistema jurídico que se interpreta, con el fin de estudiar la viabilidad de llevar a cabo una determinada interpretación dentro del contexto de ese régimen jurídico donde pretende darse la interpretación.

El conocimiento sistemático de un sistema extranjero también es útil para el jurista cuyo trabajo tiene una dimensión supranacional. El derecho comparado es una herramienta facilitadora de la convergencia, la cual permite estructurar y facilitar la actividad económica y comercial internacional.⁸⁴ En este contexto, una función muy importante del derecho comparado es la función educativa, que permite a los operadores jurídicos de un sistema, comprender y comunicarse de manera efectiva con los operadores jurídicos de otro sistema. El derecho comparado tiene la tarea de hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros nuestros propios puntos de vista, lo cual constituye la *conditio sine qua non* para el progreso de nuestra civilización.⁸⁵

El derecho comparado también es una herramienta de gran utilidad en la creación de un contexto propicio para el desarrollo de las relaciones internacionales por cuanto permite la unificación o la armonización sistemática del derecho. Por ejemplo, el derecho comparado juega un papel muy importante en el desarrollo de un derecho privado común para Europa. Su importancia radica en que permite encontrar el núcleo común en los diferentes países del área el derecho que se pretende unificar o armonizar, para así establecer qué puntos comunes existen y cuales aspectos es preciso armonizar o unificar.

El derecho comparado también sirve como herramienta para el derecho internacional público. Lo anterior por cuanto permite identificar las costumbres o los principios generales que son fuente del Derecho Internacional bajo el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Para encontrar esos principios y costumbres es preciso hacer investigación comparada de las prácticas, normas y principios de las diferentes naciones.⁸⁶ Además, las investigaciones de derecho comparado cumplen un papel de gran importancia en los

⁸⁴ Von Mehre, Arthur. Centennial World Congress on Comparative Law: The Rise of Transnational legal Practice and the task of comparative law. Tulane University. 75 Tulane Law Review. 1215. pg 2

⁸⁵ David, Rene. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Op. Cit. pg 8

⁸⁶ Chodosh, Hiram. Op. Cit. pg 18

casos en que los jueces deban aplicar el derecho extranjero dadas las normas del derecho internacional privado.

Otra función del derecho comparado es la de ser una herramienta en las ciencias sociales para poner a prueba las pretensiones de universalidad con respecto al derecho y a los sistemas legales. Es decir, el derecho comparado provee datos que permiten poner a prueba teorías generales del derecho.⁸⁷ El derecho comparado en este campo sirve para objetivos tales como intentar descubrir las reglas según las cuales nacen, se transforman y mueren las instituciones jurídicas o establecer ciertas leyes generales que presiden el desarrollo de la humanidad, entre otros.⁸⁸ Para autores como Chodosh, la comprensión del derecho es uno de los objetivos fundamentales del derecho comparado.⁸⁹ El derecho comparado en ocasiones se preocupa por descubrir los principios jurídicos universales de la humanidad. En síntesis, el método comparativo sirve para entender la naturaleza del derecho y de la evolución legal.

El estudio comparado de los diferentes ordenamientos es útil para el filósofo, para el sociólogo, para el etnólogo, para el antropólogo que desee conocer cabalmente la sociedad que estudia. Hay más de una disciplina que utiliza el método comparativo; por ejemplo, el derecho comparado descriptivo, historia comparada del derecho, legislación comparada y filosofía comparada del derecho. El derecho comparado descriptivo, como vimos, consiste en un inventario de los distintos sistemas jurídicos del pasado y del presente, además de un inventario de las reglas jurídicas que esos sistemas establecen para las diferentes categorías de las relaciones legales. La historia comparada del derecho está muy ligada a la jurisprudencia etnológica, la sociología legal y la teoría jurídica. Busca, por medio de la identificación de la historia legal universal, la sucesión de fenómenos jurídicos, que dirige la evolución de las instituciones jurídicas. El área de legislación comparada representa el esfuerzo de definir el tronco común hacia el que los distintos derechos tienden. La filosofía comparada del derecho consiste en el uso del método comparativo para ayudar la especulación filosófica en su proceso de análisis de los conceptos jurídicos.⁹⁰

En el ámbito de la educación legal, el derecho comparado nos hace conscientes de los elementos que influyen el derecho en todos los niveles y por lo tanto nos confronta con nuestro marco conceptual e ideológico. Permite al estudiante ser consciente de los enfoques de su cultura y educación legal. Lo obvio deja de ser obvio, cuando comprendemos que las cosas pueden ser diferentes en otros lugares. Además, el

⁸⁷ Reitz, John. Op. Cit. Pg 625.

⁸⁸ David, Rene. Op. cit. pg 6

⁸⁹ Chodosh, Hiram. Op. Cit. pg 18

⁹⁰ Gutteridge, H.C. pg 50

derecho comparado nos obliga a reflexionar sobre nuestro sistema jurídico, en el enfoque de “Derecho como reglas”, en nuestra práctica legal, en nuestra tradición jurídica, en nuestra educación legal. Nos hace plantearnos la pregunta: ¿qué determina el derecho?, ¿qué es esencial para el derecho y qué no lo es?

Algunos autores hacen gran énfasis en la utilidad del derecho comparado: Pretender encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras no significa otra cosa que limitar las potencialidades del jurista para el conocimiento y la acción. El derecho, en cuanto ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la historia, la economía, la teoría política o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional. El nacionalismo jurídico es más bien provincianismo, inconciliable con el espíritu científico y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional.⁹¹

Consideramos importante destacar que el derecho comparado abre al estudioso del derecho horizontes nuevos, dándole a conocer otros principios y otros ordenamientos distintos del suyo, que se enfrentan a problemas similares. Concede al jurista un mayor conocimiento y una mejor comprensión de su derecho, cuyas características resultan más claras con la comparación con el derecho extranjero. Lo anterior enriquece el bagaje cultural del jurista, pues lo provee de instituciones ideas y argumentos que el sólo conocimiento de su derecho no le ofrecería.⁹²

Compartimos la visión de Zweigert y Kotz según la cual, el derecho comparado debe estar impregnado de un espíritu práctico, y su gran porvenir está en sus aplicaciones de orden práctico, como instrumento para el legislador, el profesor, el juez, el abogado, el diplomático y como medio para desarrollar las relaciones económicas entre los países.⁹³

⁹¹ David, Rene. Op. cit. pg 6

⁹² Ancel, Marc. Utilità e Metodi del Diritto Comparato. Jovene Editore. 1974. Camerino. Pg 5

⁹³Cfr. Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Op. Cit. pg 109

V

RIESGOS Y DIFICULTADES DEL DERECHO COMPARADO

El estudio del derecho comparado tiene unos riesgos y limitaciones que le son inherentes. Ser consciente de sus riesgos nos permite tener una apreciación más justa de los peligros a los que se enfrenta un comparatista y que el método comparativo debe propender por neutralizar.

Un primer punto es que el derecho comparado puede ser superficial. La explicación es que es complejo conocer en detalle una rama del derecho de un sistema, de manera que conocer la historia de esa rama y su relación con otro sistema (conociendo también la historia de ese otro sistema) es realmente difícil. Este peligro está relacionado con otro aún más grave y es el de malinterpretar el derecho extranjero, entenderlo de forma incompleta. La razón es que mucha de la información no es tomada de fuentes originales sino secundarias y las dificultades en materia de idiomas imponen una barrera entre el académico y su objeto de estudio.⁹⁴

Es complicado para un jurista conocer de manera profunda un país extranjero dada la dificultad de conocer tanto la historia como la estructura social, la religión, las creencias, la organización política, administrativa y judicial, sus relaciones mercantiles y económicas, y en general, el medio social en que el derecho se aplica. Lo anterior nos lleva a concluir que difícilmente un jurista podrá hacer derecho comparado entre muchos derechos existentes, pues debe comparar sólo aquello que realmente conoce.⁹⁵

Otra razón por la que hacer derecho comparado no es fácil y a menudo se hace de manera infructuosa, es que es difícil encontrar obras concebidas para el uso de juristas extranjeros, que sirvan a éste de introducción para el estudio de un determinado derecho. Esto se debe a que los juristas escriben sus obras para uso de un público que conoce la sociedad considerada por ellos, y por tanto consideran que es inútil describir cuestiones como el medio social en que el derecho es aplicado.⁹⁶

La doctrina también es a menudo insuficiente para revelarnos qué es el derecho en un país extranjero, porque los doctrinantes tienden a un “cierto esoterismo, bajo el doble efecto de la rutina y la tradición”.⁹⁷ Ciertas

⁹⁴ Watson, Alan. Legal Transplants. Op Cit. pg 11

⁹⁵ David, Rene. Pg 27.

⁹⁶ Ibidem

⁹⁷ Ibidem

afirmaciones se reproducen en las obras por ser tradicionales o porque parecen acordes a un texto legal, cuando corresponden muy imperfectamente con la realidad.⁹⁸

Por otro lado, el derecho comparado difícilmente puede ser sistemático. Así, aunque haya una relación entre dos sistemas, siempre habrá un elemento considerable de selección en el objeto de estudio. Por la naturaleza de las cosas, es difícil que la selección se haga con pleno conocimiento de toda la información relevante. Algún grado de arbitrariedad necesariamente estará presente en las conclusiones generales. Hasta cierto punto, cualquier estudio de derecho comparado será subjetivo, y no es probable que un examen objetivo demuestre que los aspectos considerados son los más o los únicos apropiados.⁹⁹

Otro riesgo del derecho comparado es que, cuando se hacen comparaciones entre dos sistemas, es muy difícil juzgar hasta qué punto se pueden hacer paralelos plausibles y es fácil encontrar paralelos donde realmente no los hay, y llegar por esa vía a conclusiones equivocadas.¹⁰⁰

Por otro lado, tomar una posición externa frente a nuestro propio sistema jurídico es problemático desde un punto de vista práctico y epistemológico. Sin embargo, la ambición del derecho comparado siempre ha sido la de desarrollar un marco conceptual neutral, un lenguaje común con el que diferentes sistemas jurídicos puedan describirse de una forma comprensible para los operadores jurídicos que pertenecen a cualquiera de estos sistemas. Como se analizó anteriormente, en el enfoque funcionalista, este marco conceptual neutral está dado por la función de las instituciones jurídicas.¹⁰¹

Estas dificultades no desvirtúan la utilidad del método comparativo. Por ejemplo, el penalista que intente reformar el régimen penitenciario de su país debe conocer las experiencias que se han podido intentar en el extranjero y que pueden ofrecerle un modelo o advertirle sobre el peligro de ciertas innovaciones. El civilista que se pregunta sobre la teoría del abuso del derecho, debería aprovechar las reflexiones y estudios que hayan realizado sobre estas materias destacados juristas extranjeros.¹⁰² En fin, en todas las áreas del derecho y en numerosas hipótesis es posible emplear con éxito el método comparativo. En palabras de David: “El jurista que no es capaz de utilizarlo y que no se da cuenta de su utilidad, prescinde de un medio a menudo esencial, que le podría ayudar a cumplir mejor su tarea; no conoce más que imperfectamente su profesión, y

⁹⁸ David, Rene., Pg 29

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Ibidem. Pg 15

¹⁰¹ Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark. Legal Cultures, legal Paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law: British Institute of International and Comparative law. 1998 pg 509

¹⁰² David, Rene, pg 35

no le puede servir de excusa el alegar que no es un comparatista: todo jurista que quiera estar a la altura de su misión debe serlo”.¹⁰³

¹⁰³ David, Rene, pg 35

VI

EL MÉTODO COMPARATIVO

Como se estudió, no todos los académicos que estudian el derecho comparado lo conciben como un método. Para ciertos autores,¹⁰⁴ el derecho comparado sólo es comparativo de manera accidental, puesto que con frecuencia los estudios de derecho comparado son más descriptivos de un derecho extranjero que comparativos. Para nosotros, el proceso de comparación es esencial al derecho comparado y por tanto, nos disponemos a proponer un método comparativo, luego de hacer algunas observaciones generales sobre éste.

En primer lugar, consideramos que el método comparativo es una herramienta, un medio, y como tal, puede ser utilizada con objetivos muy disímiles. No hay una razón por la cual los estudios de derecho comparado deban limitarse necesariamente a unos determinados objetivos. En nuestro criterio, el proceso comparativo sirve particularmente para arrojar conclusiones sobre las características diferenciadoras de cada sistema legal y las similitudes, y luego dar aplicación a esas conclusiones, resolviendo problemas teóricos o prácticos funcionalmente equivalentes.

En segundo lugar, es interesante poner de presente que, a pesar de que muchos autores coinciden en concebir el derecho comparado como un método, los más influyentes comparatistas tienen una cierta renuencia a describir un método comparativo. Algunos académicos al describir el método sólo exponen una serie de generalidades. Otros únicamente muestran los potenciales peligros que existen al investigar en derecho comparado, y proponen algunas soluciones a estos obstáculos, sin dar unas pautas metodológicas claras.

Por ejemplo Gutteridge, en su libro “Derecho Comparado”, le dedica todo un capítulo al proceso de comparación. El autor señala algunos de los obstáculos para comparar de manera exitosa, tales como la identificación de fuentes, y sugiere soluciones a estos obstáculos. Sin embargo, Gutteridge en ningún punto explica en qué consiste ese método comparativo. El autor únicamente hace referencia a la necesidad de comparar situaciones análogas en sistemas que se encuentren en el mismo nivel de evolución legal, política y económica sin explicar cómo se establecen las similitudes y diferencias como punto de partida.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Tales como Merryman, Clark y Haley.

¹⁰⁵ Chodosh, Hiram. Comparing Comparisons: In search of methodology. Op. Cit.

Otros autores¹⁰⁶ dedican la introducción de sus libros de derecho comparado al tema del método comparativo. Ellos conciben el derecho comparado como un método, una manera de mirar los problemas jurídicos, las instituciones legales y los sistemas jurídicos, que puede ser utilizada para una gran variedad de objetivos tanto prácticos como académicos. No obstante, en estos textos no se describe en qué consiste el método comparativo.

En suma, esta renuencia a describir un método comparativo nos parece preocupante, máxime si se tiene en cuenta que ciertos comparatistas conciben el derecho comparado como método. Es inconcebible que se abstengan de describir el método si se considera que el derecho comparado no es más que eso.

A continuación haremos un análisis de las características y requisitos que, a nuestro juicio, debe tener el método comparativo para cumplir con sus objetivos de manera eficaz. Algunas de las pautas metodológicas más importantes, fueron estudiadas detalladamente en el acápite en que se analiza la escuela del funcionalismo y sus presupuestos metodológicos.

El primer paso en el método comparativo se da cuando el comparatista se enfrenta a la pregunta de qué Derechos es aconsejable comparar. La respuesta a esta pregunta dependerá del fin perseguido por el jurista cuando recurre al método comparativo. El comparatista tiene la libertad de decidir que materias y qué sistemas va a comparar, para lo cual puede hacer investigaciones preliminares que le permitan definir qué sistemas es aconsejable comparar para lograr los objetivos que se ha propuesto.

Una vez definidos los sistemas a comparar inicia la labor investigativa propiamente dicha. En esta labor, el norte metodológico del comparatista ha de ser el rigor científico, para que su aplicación del método comparativo cumpla adecuadamente el objetivo de resolver problemas en una sociedad. Parte del rigor científico lo da la habilidad que tenga el comparatista en la recolección de datos para poder contar con una información exacta y actualizada de los países cuyos derechos se comparan, en aspectos tales como la legislación, jurisprudencia, costumbres, entre otros.

Una buena forma de recolectar información es, de ser posible, hacer trabajo de campo en los países bajo estudio e intentar utilizar el mayor número de textos escritos por especialistas en la materia. Es preciso ser cauteloso frente a la literatura secundaria, puesto que en ocasiones puede contener ciertas imprecisiones. De utilizarse, se debe ser un lector precavido, en busca de señales que demuestren que el autor del texto domina

¹⁰⁶ Tales como como Schlesinger, Baade, Herzog y Wise

el tema, tales como una buena bibliografía. De todas maneras, el comparatista debe tener en cuenta los vacíos en la información. Es decir, si no logra tener acceso a suficiente información o percibe que puede haber información que no hizo parte de su investigación, debe ponerlo de presente en sus conclusiones.¹⁰⁷

Es útil consultar textos que estén en el idioma principal del país cuyo sistema jurídico se estudia. Sin embargo, es preciso, al investigar, tener cuidado con los “falsos amigos”.¹⁰⁸ Incluso en un mismo idioma, es errado pensar que los términos o conceptos superficialmente idénticos siempre tienen, en realidad, el mismo significado o función en diferentes países o culturas jurídicas. En muchas ocasiones, la aparente analogía es falsa y los supuestos “conceptos comunes” son tan solo homónimos.¹⁰⁹

En el momento de recolección de información y de materiales jurídicos, es importante que el comparatista intente ubicarse en el lugar del jurista del país bajo estudio para que recurra a las mismas fuentes que aquel y les dé el mismo valor. Es decir, el comparatista debe conocer la teoría de las fuentes del Derecho admitida por los juristas del país cuyo derecho va a estudiar. Así, el científico evita un enfoque legocéntrico, al comprender que la ley no es necesariamente el lugar primario de resolución jurídica de conflictos, y que es importante atender todas las dimensiones del sistema legal. El comparatista científico utiliza como fuentes la jurisprudencia, la doctrina, las costumbres y la práctica contractual.¹¹⁰ Lo anterior por cuanto el derecho que se compara se ha de considerar teniendo en cuenta la unidad del sistema jurídico, hasta donde sea necesario para entender bien el régimen jurídico y evitar que el comparatista haga una interpretación inadecuada de los materiales a su disposición. De ser posible, la precaución mas recomendable cuando se estudia un Derecho extranjero es trabajar de cerca con juristas del país bajo estudio.¹¹¹

Siguiendo con la cuestión de las fuentes, es deseable que el comparatista tenga en cuenta las diferencias entre las reglas sobre el papel y las reglas en acción, por lo cual no puede limitarse a las fuentes formales del derecho, y debe tener en cuenta las interpretaciones que los jueces le han dado a éstas. Es decir, el comparatista ha de examinar la aplicación de las normas teniendo en cuenta el medio jurídico y social en que

¹⁰⁷ Ibidem. Pg 627

¹⁰⁸ Por falsos amigos entiendo aquellos términos que parecen traducirse fácilmente, pero cuya traducción literal es incorrecta. Por ejemplo, traducir el concepto de *equity* en el *common law* a equidad, puede dar lugar a equívocos si no se hace una explicación detallada de en que consiste la *equity* del *common law*.

¹⁰⁹ Conceptos básicos como deber, derecho, propiedad, o contrato tienen diferentes significados en diferentes sistemas jurídicos.

¹¹⁰ Cfr. Ibidem. pg 108 y 109

¹¹¹ David, Rene. Pg 33

han de actuar. Por ejemplo, con frecuencia, países no occidentales han importado o mantenido después de la colonización, códigos, conceptos, instituciones y reglas europeas. Aunque las normas jurídicas pueden ser idénticas e incluso las decisiones judiciales en aplicación de esas normas pueden ser similares a las europeas, la realidad jurídica puede ser muy distinta. Esto se refleja en la manera como los jueces interpretan las normas desde su perspectiva del mundo, y la manera como los ciudadanos leen las normas jurídicas y la jurisprudencia y el significado que le confieren. Es posible que el rol de las normas jurídicas descritas en la sociedad sea más débil que en Occidente. Por lo tanto, es equivocado ver un sistema jurídico de otra tradición jurídica desde el punto de vista de nuestra propia cultura legal. Esto genera una visión tergiversada de la realidad. Por ejemplo, se corre el riesgo de concluir que entre dos sistemas jurídicos hay más similitudes de las que realmente hay.

Uno de los ejemplos más claros en las diferencias en interpretación son los tratados sobre Derechos Humanos. La libertad individual tiene un significado diferente en países como China y Rusia, comparado con la visión occidental, dado que existe una ideología y una cultura muy distintas que se plasman en características como la forma colectivista de ver la sociedad.¹¹²

En la búsqueda por conocer el derecho en acción, en su realidad funcional y operativa, se usa con frecuencia el método del cuestionario enviado por los investigadores a un jurista o a un organismo calificado del país del que se busca conocer el derecho positivo en su real funcionamiento. Este procedimiento, muy usado, del que se han valido con frecuencia las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, constituye una fuente útil y aparentemente segura de información, puesto que las respuestas son dadas por un jurista o un organismo local, empapados de la forma de funcionamiento del sistema.¹¹³

Todos estos esfuerzos por recolección de información se justifican por cuanto, para hacer derecho comparado, es indispensable conocer ambos sistemas jurídicos, por lo menos en cierta medida. No es necesario que el comparatista conozca el derecho extranjero en sus detalles. Sin embargo, un conocimiento de la estructura general de ese derecho, de sus principios generales, de su funcionamiento general, es indispensable para evitar caer en errores imperdonables.¹¹⁴ Por ejemplo, sin comprender conceptos como el de la buena fe, la diligencia de un buen padre de familia, la equidad, el orden público, no es posible entender el derecho francés.

¹¹² Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark. Legal Cultures, legal Paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law: British Institute of International and Comparative law. 1998 pg 508

¹¹³ Ancel, Marc. Utilità e metodi del Diritto Comparato. Jovene editore. 1974. Camerino. Pg 94

¹¹⁴ David, Rene. Op. Cit. Pg 14.

Es importante que, una vez recolectada la información, en el momento de analizarla, el jurista se desprenda de los prejuicios originados en él por su formación como jurista de una determinada tradición legal. Por ejemplo, si se trata de un jurista colombiano que estudia el derecho inglés, el jurista colombiano no puede olvidar el papel de la jurisprudencia en el derecho que estudia. De manera que, el comparatista que pretende llevar a cabo un análisis profundo del derecho extranjero, debe evitar proyectar en éste los conceptos de su derecho, entendiéndolos como contingentes y discutibles. Un análisis concienzudo exige el esfuerzo de dejar a un lado los propios conceptos y dominar los conceptos del derecho extranjero bajo estudio.

Para entender la ley también es importante la comprensión del medio social en que el derecho se aplica. Es preciso entonces tener siempre presentes las ideas sociales, económicas y filosóficas que predominan en el sistema extranjero para lograr una adecuada comprensión de ese derecho que permita hacer derecho comparado de manera útil y facilite el análisis funcionalista.¹¹⁵ No se deben comparar reglas aisladas de su contexto histórico y cultural. Por ejemplo, cuando el artículo 1382 del Código Civil francés habla de *dommage*, el investigador debe preguntarse cómo interpretarlo. La doctrina y la jurisprudencia francesa coinciden en que el *dommage* del artículo 1382 incluye tanto el perjuicio material como el perjuicio moral. En la tradición francesa se admite que pueda concederse una indemnización pecuniaria a una persona en compensación del dolor que le cause la muerte de un ser querido como consecuencia de la falta de un tercero. Esta solución está relacionada con una concepción filosófica predominante en Francia. En otros países, no se admite que se pueda compensar con una suma de dinero una vida humana.¹¹⁶

En el análisis de la información recolectada, cuando el comparatista intenta establecer cómo es el derecho en cada sistema bajo estudio, es útil preguntarse como los abogados en otro sistema legal conciben y se aproximan a un problema jurídico determinado. Es igualmente útil conocer los métodos empleados para interpretar el derecho extranjero que se estudia.¹¹⁷ Además, al evaluar las diferencias entre un ordenamiento jurídico y otro, es preciso tener en cuenta, como se vio al estudiar el funcionalismo, si en ambos sistemas hay figuras funcionalmente equivalentes. Lo anterior por cuanto el método comparativo consiste en evaluar las similitudes y diferencias entre los sistemas legales que se comparan, pero al evaluar las diferencias, si el comparatista no tiene en cuenta las figuras funcionalmente equivalentes, puede llegar a conclusiones equivocadas.

¹¹⁵ David, Rene. Op. Cit. Pg 11

¹¹⁶ David, Rene. Op. cit. Pg 21

¹¹⁷ Es preciso anotar que el comparatista debe interpretar las leyes del derecho extranjero teniendo en cuenta el contexto.

Cuando se hace derecho comparado se deberían hacer explícitas las comparaciones específicas. La mayoría de escritos sobre derecho extranjero, aunque se consideran derecho comparado, no hacen este tipo de comparaciones. Los escritos sobre derecho extranjero serían más poderosos si fueran explícitamente comparativos. Un comparatista no debería dejarle el acto de comparar al lector. Sin comparaciones que expliquen la importancia del derecho extranjero en el sistema legal, la mayoría de abogados del país local tendrán poco interés en leer un escrito de derecho extranjero puro.¹¹⁸ El comparatista debe tener claros sus objetivos al utilizar el método comparativo, y asegurarse de hacer comparaciones explícitas que le sirvan como herramienta para la consecución de sus fines académicos o prácticos. En este orden de ideas, Gutteridge señala un punto muy importante: “ La comparación supone un cuidadoso análisis de los derechos extranjeros objeto de estudio, pero su aspecto más importante estriba en la construcción de una síntesis basada en los resultados del proceso analítico, a fin de resolver algún problema abstracto o práctico.”¹¹⁹

En síntesis, el investigador en primer lugar encuentra las diferencias y similitudes existentes entre los conceptos, normas e instituciones del derecho comparado. Luego determina hasta qué punto las diferencias existentes entre estos conceptos, normas o instituciones son accidentales o tienen una razón de ser. En tercer lugar descubre cuales son las causas que originan tales divergencias y su relación con la estructura general del sistema en el que se producen. Así, un análisis comparativo exhaustivo no debería conformarse con señalar las diferencias y similitudes entre los sistemas legales que compara. El comparatista debería encontrar razones para esas similitudes y diferencias. El analista debe preguntarse cual es la importancia de las diferencias y similitudes que encontró, en la comprensión de los respectivos sistemas legales.¹²⁰

¹¹⁸ Reitz, John. Op. Cit., pg 619

¹¹⁹ Gutteridge, H.C. Op. Cit. pg 21

¹²⁰ Ibidem. Pg 626

VII

TRANSPLANTES LEGALES DE INSTITUCIONES

Hemos explicado cómo se pueden tomar soluciones de un sistema jurídico para aplicarlo a otro. También hemos argumentado que no es un obstáculo que las instituciones jurídicas y normas transplantadas provengan de familias distintas a la que pertenece el sistema jurídico receptor. Veamos ahora con mayor detenimiento en qué consisten los trasplantes legales, qué debates se han presentado al respecto, cuales son las principales críticas a los trasplantes y qué pautas podemos seguir para lograr un trasplante exitoso.¹²¹

Una de las paradojas del derecho se plasma en los trasplantes legales. Por un lado, el derecho de un pueblo suele concebirse como signo de la identidad de ese pueblo, y por ende como algo único. Por el otro lado, los sistemas jurídicos tienen elementos extranjeros puesto que es común encontrar trasplantes legales.¹²² Este fenómeno ocupa un lugar muy importante en la vida jurídica de los distintos sistemas por su papel en la formación y evolución del derecho.

Watson afirma que el acto de transplantar es simple. Sin embargo la construcción de una teoría general de trasplante es un asunto extremadamente complejo. Los trasplantes presentan un surtido de fenómenos sociales que no se explican con facilidad tales como de quién se puede transplantar, en que circunstancias se puede transplantar, entre otros.¹²³

Por lo general los sistemas jurídicos desarrollados contienen algunos elementos importados. Modelar instituciones en la experiencia de otros países o basándose en un modelo general es una práctica muy

¹²¹ La primera aproximación que tuve al tema de los trasplantes la debo a mi clase de Derecho Comparado (Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2001. Dr. Diego Eduardo López Medina). A partir de las discusiones, preguntas y planteamientos que surgieron en esa clase, fui formando mi posición con respecto a los distintos debates que existen alrededor de los trasplantes.

¹²² Watson, Alan. Legal Transplants. Op. Cit. pg 20

¹²³ ¿Qué conclusiones podemos arrojar de lo anterior sobre qué explicaciones le da Watson al cambio legal? En primer lugar Watson resalta la gran influencia de la educación legal en las actitudes legales. Por ejemplo, la influencia que tuvo que los estudiantes de Suráfrica se hubieran educado en Edimburgo. En segundo lugar, para Watson, aunque pueden discernirse patrones de desarrollo, el futuro desarrollo del derecho puede predecirse, pues el azar juega un papel muy importante.

común.¹²⁴ Los Estados nuevos transfieren a su medio nacional modelos jurídicos extranjeros para crear su propio sistema jurídico. Los Estados antiguos lo hacen para perfeccionar su sistema de derecho. Bien podrían innovar e inventar soluciones originales que responden al problema que se busca solucionar. No obstante, es común que busquen en otro sistema jurídico las reglas que solucionan problemas similares. Para Watson, en la mayoría de lugares, la mayoría de las veces, el transplante es la fuente mas fructífera y fértil de desarrollo jurídico. La recepción viene en todas las formas y tamaños desde el transplante de normas jurídicas aisladas hasta casi un sistema entero. Así, en algunas partes del mundo, los legisladores han estudiado y ocasionalmente han adoptado instituciones legales extranjeras a su sistema. En otras ocasiones, los legisladores han hecho importaciones en bloque. La mayoría de los códigos actualmente vigentes en Latinoamérica son el resultado de estudios comparativos y de selección entre las soluciones europeas. Muchos otros ejemplos de recepción al por mayor de normas extranjeras puede darse, tales como la adopción del Código Civil Suizo y de una versión modificada del Código Civil alemán en Turquía, del Código Civil alemán en Japón, y del Derecho soviético en los satélites europeos y asiáticos de la URSS. De hecho, gran parte del Derecho privado de todos los sistemas legales modernos de Occidente (y de algunos no occidentales) se derivan de una u otra manera del derecho civil romano o del *common law* inglés. También es interesante el impacto del Código Civil francés en los otros sistemas de tradición civilista.¹²⁵

Existen varios tipos de trasplantes legales. El más común es la adopción de una ley o de un reglamento extranjeros. Otro tipo de trasplante es el trasplante de una creación jurisprudencial, ya sea porque el juez se inspire en tal creación o porque el legislador se apropie de ella. Por ejemplo, teorías del Consejo de Estado francés como la teoría de las vías de hecho o la teoría del acto de gobierno, han sido trasplantadas al régimen jurídico colombiano. También pueden darse trasplantes doctrinales. Se trata de la utilización, por parte de la doctrina de un país, de categorías y síntesis elaboradas por la doctrina en otra parte para dar cuenta de su Derecho nacional. Por otro lado tenemos el trasplante teórico, que consiste en la importación de una teoría del derecho que sustenta la comprensión de normas en otro sistema jurídico, es decir, consiste en la recepción de materiales iusteóricos.¹²⁶

En lo que respecta a la recepción legal, ésta puede ser ya voluntaria, como en el caso de Turquía y Japón, ya resultado de influencia política extranjera. Los trasplantes se dan por una decisión conciente, cuando una nación independiente decide importar una regla legal o una institución o código. Con frecuencia, la

¹²⁴ Watson, Alan. Aspects of Reception of Law. 44 American Journal Of Comparative Law 335.

¹²⁵ Watson, Alan. Legal Change: Sources of Law and legal Culture. University of Pennsylvania Law Review 1121. April 1983.

¹²⁶ Para un análisis de la importancia, significado y transmutación del trasplante teórico en sistemas jurídicos periféricos consultar: Lopez, Diego. Teoría Impura del Derecho. Editorial Legis. Bogotá.

motivación es la de un país en vías de desarrollo buscando modernizar su sistema jurídico, imitando, por medio del trasplante, algunos aspectos del derecho de una nación desarrollada. Se trata entonces de Estados soberanos que, para mejorar en un determinado punto su sistema jurídico, deciden introducir en él, después de un estudio, un conjunto de reglas o una institución que piensan que resultan efectivos en otro país.

La recepción legal también puede ser el resultado de presiones políticas y militares. Frecuentemente los trasplantes legales se han dado por la imposición del derecho del colonizador al colonizado, luego de la conquista militar. En la historia encontramos múltiples ejemplos de este último tipo de recepción: la propagación del derecho romano durante la expansión militar del Imperio Romano, la imposición del derecho francés en Europa durante las conquistas napoleónicas, la adopción del derecho alemán en Austria luego del *Anschluss* de 1938, la soviétización del derecho en Europa oriental luego de 1945 y la adopción del derecho español en Louisiana luego de la victoria de 1769 de los españoles sobre los franceses, entre otros.¹²⁷ Otro tipo de trasplantes responden a la elección condicionada. Es el caso de Estados creados por la descolonización que, recién adquirida su soberanía, al tener que resolver la cuestión de qué sistema jurídico implantar, optan por transplantar instituciones del país colonizador. Este fenómeno, a primera vista paradójico, se explica por diferentes factores. En primer lugar, el problema de la continuidad. Para evitar traumatismos, se adoptan las instituciones que le son familiares. Por otra parte, donde la descolonización se presenta sin mayor conflicto, las relaciones con el país colonizador (que se facilitan por el idioma) siguen vigentes. Algunos autores dan a este fenómeno una explicación psicológica. Para algunos países, substituir las instituciones coloniales por otras instituciones transplantadas del país colonizador, es afirmar su igualdad con esta.¹²⁸

Los trasplantes se dan en algunos casos dentro del escenario de cambios dramáticos en lo político y lo económico que llevan a los Estados a reflejar la nueva situación en sus sistemas jurídicos. Al llevar a cabo estos cambios en el sistema jurídico, los legisladores determinan si el trasplante de una institución extranjera es factible. El principal argumento en pro de transplantar es que no es necesario que los legisladores se esfuercen por reinventar la rueda cuando otros han afrontado los mismos problemas exitosamente. Otro argumento es que los Estados están bajo la presión de lograr la uniformidad del derecho en un mundo cada vez más interdependiente por lo menos en lo que a relaciones económicas se refiere. Un ejemplo de esta tendencia es el desarrollo de bloques regionales de comercio, que con frecuencia requiere la

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Rivero, Jean. Los Fenómenos de Imitación de Modelos Extranjeros en Derecho Administrativo. Traducción privada realizada por Gustavo Quintero Navas. Inédito. Pg 10

búsqueda de la convergencia¹²⁹ por medio de la armonización o la unificación entre los sistemas legales. Frecuentemente la armonización y la unificación implican llevar a cabo trasplantes legales.

Procedemos ahora a analizar algunos de los aspectos más importantes de los trasplantes. En primer lugar, es preciso resaltar su utilidad práctica. Esta es sin duda la base que justifica gran parte de los trasplantes. Simplemente es económicamente eficiente trasplantar. No siempre es eficiente para el Estado receptor o para su élite gobernante pero sin duda lo es para el legislador.

Un segundo aspecto a analizar es el papel del azar en los trasplantes. Si analizamos cual es el criterio para que se decida trasplantar de un determinado sistema jurídico y no de otro, encontramos como posibles criterios de selección aspectos como la búsqueda por la mejor solución y la búsqueda de sistemas donantes con los que se compartan valores y condiciones sociales, políticas y económicas. No obstante, encontramos que el criterio de selección por excelencia tiende a ser en muchas ocasiones la acequibilidad (en la cual, como veremos mas adelante, juega un papel importante el azar). Un sistema jurídico extranjero es acequible cuando su régimen jurídico es relativamente fácil, de encontrar y de entender por factores como el idioma , etc.

El azar juega entonces un papel importante. Un determinado libro puede estar presente en una determinada librería en cierto momento, o puede no estarlo. El elemento de azar en los trasplantes hace que sea muy difícil predecir los trasplantes que se darán en un determinado régimen jurídico. Por ejemplo, el derecho escocés tuvo gran influencia en el derecho de países como Botswana, Lesoto y Swazilandia. La razón es que muchas personas de estos países estudiaron en Edinburgo. Por lo tanto, el derecho escocés se convirtió en el derecho que mejor conocían. De manera que el derecho escocés es acequible en un país pobre de una manera que los otros sistemas no lo son. Otro elemento que con frecuencia es importante es el idioma.¹³⁰ Si la gran mayoría de operadores jurídicos hablan un determinado idioma, es probable que la mayoría de trasplantes se hagan desde países donde ese sea el idioma oficial. Por ejemplo, es curioso que en Colombia haya pocos trasplantes de Alemania y más de Estados Unidos, a pesar de que Alemania tiene una tradición civilista. Lo anterior puede deberse al hecho de que, en Colombia, más operadores jurídicos hablan inglés que alemán.

¹²⁹ Por convergencia se entiende el fenómeno de dar soluciones jurídicas similares en diferentes sistemas jurídicos.

¹³⁰ Berkowitz, Daniel. Pistor, Katharina. Richard, Jean Francois. The Transplant Effect. 51 American Journal of Comparative Law 163.

Otro ejemplo muy interesante es el caso del Código Civil en Turquía. El responsable principal de la elaboración del Código era el ministro de Justicia Mahmut Esad Bozkurt, quien estudió Derecho en Suiza. Cuando un Código Civil Moderno se necesitó para Turquía, Bozkurt escogió el código suizo como modelo; al fin y al cabo era el derecho extranjero que mejor conocía. La elección se hizo por su cultura legal y no porque el derecho suizo fuera particularmente apropiado política o económicamente, en comparación con otros Códigos civiles. Aunque las diferencias geográficas, económicas, sociales, religiosas y políticas entre Turquía y Suiza son enormes, el sistema de Derecho privado suizo se amoldó para convenir a ambos.¹³¹

Otro aspecto a analizar es el papel de la costumbre y la moda en los trasplantes legales. Watson pone de presente que existe una predisposición a hacer los trasplantes desde un sistema jurídico particular¹³². Es usual que el sistema receptor no busque sistemáticamente la mejor solución de otros sistemas, sino que busca en un mismo sistema, que en ocasiones no tendrá las reglas mas apropiadas. Esto se evidencia por ejemplo, en la dependencia de otras sociedades en el derecho romano, inglés y francés. Con frecuencia las normas extranjeras se transplantan sin investigar si las reglas son las mejores posibles o las más apropiadas. La principal causa de esta predisposición a transplantar es el prestigio del sistema jurídico donante y el prestigio del país donante en general, una tradición legal compartida entre el receptor y el donante, y nuevamente, la accequibilidad del derecho a transplantar.¹³³

Por último, es preciso anotar que los trasplantes legales frecuentemente implican una transformación jurídica. Incluso aunque la norma se transplante sin realizarle ningún cambio, su impacto en un nuevo espectro social puede ser diferente. La inserción de una regla extranjera en un sistema complejo, puede hacerla operar de una manera nueva. Frecuentemente, por la traducción de un idioma a otro o por diversas razones, una regla transplantada es malentendida y sin embargo es aceptada.

¹³¹ Esin Orucu afirma que este es un caso de un trasplante exitoso, puesto que se adaptó a las condiciones del recipiente.

¹³² Watson lo llama "transplant bias".

¹³³ Watson, Alan. Legal Change: Sources of Law and legal Culture. Op. Cit. p. 28

VIII

DEBATES SOBRE LOS TRANSPLANTES

Un debate fundamental es el de si los trasplantes tienen un impacto positivo o negativo. El debate ha sido liderado por doctrinantes como Alan Watson, Beckstrom y Kahn-Freund. Un punto esencial lo constituye una evaluación divergente de la historia. Quienes apoyan los trasplantes se basan en parte en la recepción de los códigos occidentales (europeos) en China, Japón, Turquía y Etiopía. Los escépticos argumentan que estos trasplantes sólo fueron, en el mejor caso, parcialmente exitosos, requirieron de un esfuerzo enorme y de una gran inversión de recursos, y pueden haber sido menos efectivos y mas costosos que otras estrategias alternativas de reforma judicial.¹³⁴

El debate sobre la teoría de los trasplantes legales empezó en 1974 cuando Alan Watson y Otto Kahn Freund, en sus respectivas obras, presentaron teorías muy distintas sobre la viabilidad de los trasplantes legales. La divergencia de sus visiones puede encontrar su fuente en la adopción de posiciones sobre la relación entre el Derecho de un Estado y su sociedad.¹³⁵

La teoría de Watson parte de la base de que no hay una relación inherente entre el derecho y la sociedad en la que opera. Watson considera que el derecho es en gran parte autónomo. El autor argumenta que el derecho se desarrolla por medio de trasplantes, no porque determinada regla fuera la consecuencia necesaria de la estructura social y habría emergido incluso sin un modelo para copiar, sino porque la norma extranjera era conocida por el legislador y éste observó los méritos de esa norma y la transplantó. Bajo la teoría de Watson una de las razones por la que una norma se transplanta es simplemente porque es una buena idea. Watson presenta ciertos factores que él considera que determinan que las condiciones estén maduras para el cambio legal por medio de trasplantes.¹³⁶

¹³⁴ *Ibidem*. pg 29-30

¹³⁵ Mistellis, Loukas. "Regulatory Aspects: Globalization, harmonization, legal transplants and Law reform: Some fundamental observations. En www.cisg.law.pace.edu. pg 11

¹³⁶ *Ibidem*

Watson ha examinado la evolución de la reglas de derecho privado en los países de tradición civilista y ha argumentado que no hay conexión entre las estructuras sociales, económicas o políticas de un país y sus normas de derecho privado. En otras palabras Watson controvierte el dogma de que el derecho es un espejo de la sociedad, demostrando que éste no tiene bases en la realidad y por tanto no es posible deducir información legal de otros datos sociológicos.¹³⁷

Por su parte, Kahn Freund asegura que las normas no deben ser separadas de su objetivo o de las circunstancias en que se dan. El autor argumenta que no podemos tomar por descontado que las reglas y las instituciones son transplantables. Hay grados de transferibilidad. Las instituciones legales pueden estar más o menos arraigadas en la vida de una nación, y por lo tanto pueden ser más o menos transplantables de un sistema legal a otro. En un lado del espectro el derecho está tan profundamente arraigado que el transplante es en efecto imposible.¹³⁸

Kahn Freund identificó un método de dos pasos para determinar la viabilidad de un transplante propuesto. El primer paso es determinar las relaciones entre la regla legal que será transplantada y la estructura sociopolítica del Estado “donante”. El segundo paso es comparar el ambiente sociopolítico del Estado “donante” y aquel del receptor.¹³⁹ Si no se tiene en cuenta el factor político, la institución transplantada será rechazada por el sistema receptor.

En lo que sí hay acuerdo entre los dos autores es en el concepto de trasplantes legales. El transplante legal se refiere al movimiento de normas legales de un Estado a otro durante el proceso de reforma del derecho o de creación del derecho. Las teorías de estos autores difieren no sólo en cómo evaluar la viabilidad de una propuesta de transplante legal, sino también sobre las conclusiones generales que pueden alcanzarse sobre la utilidad de los trasplantes legales como herramienta para los comparatistas.¹⁴⁰

El otro gran debate en materia de trasplantes lo protagonizan Watson y Legrand. Legrand plantea la imposibilidad de realizar trasplantes legales. Afirma que las irreductibles diferencias en la mentalidad de un comparatista o un jurista extranjero hacen que estos no puedan comprender realmente el verdadero significado de instituciones jurídicas diferentes o de culturas legales distintas. En nuestra opinión esta es una posición extrema que afirma que la diversidad cultural hace imposible que se lleven a cabo trasplantes,

¹³⁷ Ewald, William. Posner's Economic Approach to Comparative Law. 33 Texas International Law Journal. 381.

¹³⁸ Ibidem

¹³⁹ Ibidem

¹⁴⁰ Mistellis, Loukas. "Regulatory Aspects: Globalization, harmonization, legal transplants and Law reform: Some fundamental observations. En www.cisg.law.pace.edu. pg 11

cuando realmente esa diversidad cultural es un obstáculo y es un factor que hay que tener presente cuando se da un trasplante para que este sea efectivo, pero de ninguna manera lo obstaculiza hasta el punto de hacerlo inviable. Además, Legrand exagera las consecuencias que el nivel de diversidad cultural en Europa tiene sobre la viabilidad de hacer trasplantes jurídicos. Creemos que la diversidad cultural europea no impide la integración legal, al menos en ciertas áreas del derecho tales como el régimen jurídico de contratos. Consideramos que negar la posibilidad de llevar a cabo trasplantes legales exitosos, contradice enseñanzas de la historia que muestran la plausibilidad de ciertos trasplantes, como veremos más adelante.

A estas afirmaciones de Legrand, Watson responde, como vimos, que los trasplantes legales no sólo son posibles sino que son la fuente más importante de cambio legal, lo cual muestra, según Watson, que el Derecho y la sociedad no tienen una estrecha relación en la que el derecho depende del sustrato social, histórico, cultural y político de la sociedad. Para Watson, el hecho de que el cambio legal no esté coordinado con las necesidades de la sociedad hace que las normas jurídicas tiendan a ser disfuncionales.¹⁴¹

El debate Watson- Legrand, es en últimas un debate entre contexto o autonomía. Para Legrand el contexto hace que los trasplantes sean imposibles de realizar. Para Watson las normas jurídicas están igualmente “como en casa” en muchos lugares. Independientemente de sus orígenes históricos, las reglas de derecho pueden sobrevivir sin conexión cercana a ningún pueblo, a ningún momento ni a ningún lugar. Un ejemplo de lo anterior es la recepción del derecho romano en Europa Occidental.

Watson afirma que con frecuencia las normas jurídicas están en conflicto con los intereses de los ciudadanos y de la élite gobernante, y sin embargo siguen vigentes. Watson usa el término divergencia del derecho y la sociedad, para indicar no sólo que la regla no fue la más indicada para suplir las necesidades y deseos de determinada sociedad, sino además que la disfunción es conocida por las personas a quienes concierne, y especialmente es conocida por aquellos que tienen la potestad de cambiarla. Watson plantea entonces que la supuesta relación dinámica y de causalidad entre el derecho y la sociedad, por la cual se supone que el derecho siempre está en armonía con la sociedad, no existe. El autor aclara que lo anterior no significa que no haya relación alguna entre el derecho y la sociedad. Las normas jurídicas destructivas o intolerables para una sociedad o para su élite gobernante son reemplazadas, pero de esto no se sigue que el derecho refleje las necesidades y los deseos de la sociedad o de su élite.

¹⁴¹ Watson, Alan. Legal Change: Sources of Law and legal Culture. University of Pennsylvania Law Review 1121. April 1983.

Los tres postulados principales del planteamiento de Watson son:¹⁴²

1. La sociedad tolera un gran número de normas jurídicas inapropiadas por cuanto están en conflicto con los intereses de los ciudadanos y de la élite gobernante.
2. El elemento más importante en la evolución legal ha sido el transplante de reglas y principios.
3. No hay una relación cercana, inherente y necesaria entre las normas jurídicas y la sociedad en que operan.

Para ilustrar este último punto Watson utiliza la siguiente cita:

”Es sorprendente que sociedades que están muy apartadas cultural, económica y geográficamente, tengan tantas disposiciones de régimen contractual en común. Hay reglas de Contratos que son igualmente válidas en Francia, Chile, Colombia, Alemania, Holanda, Italia, México; Portugal, entre otros... lo anterior ofrece un importante contraargumento al planteamiento según el cual el derecho refleja la diversidad de las civilizaciones”.¹⁴³

Watson pone de presente que en los sistemas jurídicos ha habido trasplantes continuos y de grandes proporciones y que las instituciones y normas jurídicas tienden a ser longevas. El autor plantea que si el Derecho ha sido transplantado en grandes escalas y ha sobrevivido tiempos tan distintos, éste no puede entenderse como el espíritu del pueblo. Si ciertas normas jurídicas sobrevivieron en condiciones económicas, sociales y políticas muy diferentes, difícilmente pueden reflejar de una manera adecuada el sustrato económico y político de la sociedad en la que operan.

Compartimos el planteamiento de Watson según el cual los trasplantes son una fuente de gran importancia en el cambio legal. Sin embargo, consideramos que de ello no se deriva que el cambio legal sea totalmente independiente de las condiciones económicas, sociales, históricas, culturales y políticas de un país. Creemos que el cambio legal es un reflejo de las necesidades de la sociedad en los diferentes campos; es decir, en la sociedades se dan una serie de necesidades y el régimen jurídico responde a estas transformándose e implementando nuevas instituciones y normas, que pueden o no ser producto de trasplantes legales. Teniendo en cuenta que las necesidades de la sociedad en un momento determinado pueden suplirse por medio de instituciones transplantadas, no es cierto que el hecho de que haya un gran número de trasplantes

¹⁴² Ibidem

¹⁴³ Traducción privada de la autora. Cohen and Cohen. Citado en Watson, Alan. Legal Transplants. An Approach to Comparative law. The University of Georgia Press. Second Edition. 1993. pg 23

muestre que el cambio legal sea independiente de las condiciones económicas , políticas, sociales etc de la sociedad.

IX

CRÍTICA A LOS TRANSPLANTES

Una de las principales críticas a los trasplantes es que aunque se trasplante una norma a los libros y códigos, el cumplimiento de estas normas suele ser muy poco eficaz. De hecho, el análisis empírico sugiere que hay poca correlación entre el nivel de protección legal brindado por las leyes por un lado, y las medidas para la efectividad de estas instituciones legales por otro lado. Este fenómeno se presenta porque las instituciones transplantadas operan en un territorio para el que no fueron diseñadas, o en una sociedad que es radicalmente distinta a aquella que creó la norma o institución jurídica. Por ejemplo, Rusia tiene el derecho corporativo más refinado de la región gracias a los consejeros estadounidenses. Sin embargo, los derechos de los accionistas son sistemáticamente pisoteados y Rusia tiene fallas en las medidas para la efectividad de las normas.¹⁴⁴

Para que el derecho sea efectivo debe ser significativo en el contexto en que es aplicado de manera que los ciudadanos tengan un incentivo para aplicar las normas. Si el derecho no se adapta a las condiciones locales, o si se impone por medio de la colonización y la sociedad a la que se impone el trasplante no le es familiar a ese derecho, es de esperarse que la demanda inicial para poner en práctica estas reglas sea débil.¹⁴⁵ Los países que reciben el derecho de esta manera están sujetos al llamado efecto del trasplante, es decir, su orden jurídico funcionaría menos efectivamente que trasplantes que, o adaptan el derecho a las condiciones locales, o tienen una sociedad familiarizada con el derecho transplantado.¹⁴⁶

Desde esta perspectiva de crítica a los trasplantes, los países que han desarrollado su sistema jurídico internamente tendrían una ventaja comparativa al desarrollar instituciones legales efectivas, sobre países en los que el orden jurídico fue impuesto externamente.¹⁴⁷ Lo anterior por cuanto los países receptores tienen

¹⁴⁴ Berkowitz, Daniel. Pistor, Katharina. Richard, Jean Francois. The Transplant Effect. 51 American Journal of Comparative Law 163.

¹⁴⁵ Berkowitz, Daniel. Pistor, Katharina. Richard, Jean Francois. Op. Cit.

¹⁴⁶ Ibidem

¹⁴⁷ Ibidem

probabilidades altas de sufrir del efecto del trasplante. Es decir, de sufrir un desbalance entre las condiciones e instituciones preexistentes y el derecho transplantado, lo cual debilita la efectividad del orden jurídico importado. El desarrollo jurídico de un país se determina en parte por la habilidad de este para darle sentido a un orden jurídico transplantado y para aplicarlo en el contexto de sus condiciones socioeconómicas.

Algunos académicos desarrollan una teoría simple de evolución legal para explicar porqué ciertos países tienen instituciones legales más efectivas que otros. La propuesta es que el proceso de creación del derecho más que los contenidos de las normas jurídicas, determina la efectividad de las instituciones legales.¹⁴⁸ Donde el derecho se desarrolla internamente por medio de un proceso de ensayo y error, innovación y corrección y con la participación de los usuarios del derecho, los operadores jurídicos y otros sectores interesados, las instituciones legales tienden a ser altamente efectivas.¹⁴⁹ En contraste, donde el derecho extranjero es impuesto y la evolución legal es externa y no interna, las instituciones legales tienden a ser mucho más débiles.

Las implicaciones en cuanto a políticas públicas de los anteriores argumentos son:

1. La reforma legal, vista como programas de asistencia técnica que pueden implementarse con la ayuda de expertos que diseñan leyes, seguramente no va a producir los resultados esperados a saber: un orden legal efectivo que permita el crecimiento económico y el desarrollo.

Por el contrario, se debe propugnar por lograr un proceso interno de desarrollo del derecho. Lo interesante de éste análisis es que no excluye la posibilidad de transplantar normas de otros países. El análisis sugiere que si encajan adecuadamente el derecho extranjero y el derecho local, esto no es una simple coincidencia ni se da por azar. Puede lograrse por medio de una significativa adaptación de las normas transplantadas a las condiciones locales.

Los críticos afirman que este proceso indudablemente toma más tiempo que el diseño y sanción de leyes óptimamente diseñadas. No obstante, autores como Daniel Berkowitz, Katharinba Pistor y Jean Richard consideran que después de doscientos años de trasplantes legales fracasados, se necesita más paciencia con el desarrollo de las instituciones legales.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Ibidem

¹⁴⁹ Ibidem

¹⁵⁰ Berkowitz, Daniel. Pistor, Katharinba. Richard, Jean Francois. The Transplant Effect. 51 American Journal of Comparative Law 163.

A los trasplantes se les critica por cuanto se considera que el derecho de un país hace parte del patrimonio de la nación, es fruto de la tradición, espejo de la sociedad en que se aplica. Por lo tanto, lejos de unificarlo y acercarlo a los demás ordenamientos jurídicos, es preciso asegurarle la independencia y protegerlo contra toda contaminación venida del exterior.¹⁵¹

Se critica también que en ocasiones los proyectos de reforma legal generan resentimiento porque se ven como herramientas diseñadas para imponer esquemas legales extraños que minan la cultura legal autóctona. En síntesis se ve como una confirmación del imperialismo, que amenaza la cultura legal y la identidad nacional.¹⁵² Existe un debate sobre si los productos importados o los nacionales son preferibles, y este debate es de cierta manera un replanteamiento a nivel técnico, del debate político sobre el imperialismo legal. Los términos del debate básicamente son los siguientes:

Aquellos en contra de importar normas jurídicas resaltan que es una forma de imposición colonial y como tal, contraria a los principios de gobierno democrático. Por otro lado, hay quienes argumentan que esperar a que el producto nacional emerja por medio de las prácticas sociales es ineficiente e irreal. Ineficiente porque toma mucho tiempo para que las prácticas sociales se desarrollen e irreal porque es poco probable que la práctica social sea tan clara y coherente como las reglas contenidas en los códigos basadas en la experiencia jurídica de sistemas jurídicos desarrollados. También se ha señalado que copiar y transplantar ahorra tiempo, contribuye a procesos de armonización y en general, como veíamos, evita tener que reinventar la rueda cada vez que los creadores de políticas públicas se enfrentan a un nuevo problema.¹⁵³

Otra de las críticas a los trasplantes es que en ocasiones no se hace un análisis de las condiciones particulares del país receptor y por ende es poco probable que esas leyes se implementen realmente o siquiera se entiendan en el país receptor. El derecho comparado puede utilizarse para el perfeccionamiento de la legislación nacional: “pero esta práctica, cuando se limita a copiar textos extranjeros, produce resultados con frecuencia muy poco felices.”¹⁵⁴ En muchas ocasiones se ha imitado una disposición o un conjunto de disposiciones por haberse promulgado en un país extranjero importante o por que quienes redactaron la ley eran juristas eminentes. Con frecuencia esa ley extranjera transplantada no produce los efectos que de ella se esperaban. Al transplantar una norma jurídica de un país a otro, probablemente la norma tendrá que ser

¹⁵¹ Ancel, marc. *Utilità e metodi del Diritto Comparato*. Jovene Editore. 1974. Camerino. Pg 4

¹⁵² Faundez, J. *Legal reform in Developing and Transition Countries. Making haste slowly*. En www.worldbank.org

¹⁵³ *Ibidem*

¹⁵⁴ *Ibidem*. pg 111

modificada de manera que se acople a las necesidades y características particulares del sistema legal receptor.¹⁵⁵ La crítica plantea que las instituciones jurídicas usualmente se transplantan de un sistema que le es familiar a la élite legal, sin tener en cuenta las condiciones del país receptor.

Es común afirmar que en algunas culturas jurídicas, las más importantes normas jurídicas se han adoptado, históricamente y sin ninguna crítica, de los códigos e instituciones extranjeras, y que lo anterior hace que gran parte del derecho de esos países se haya escrito en discordancia con la realidad y con las necesidades propias de cada país.¹⁵⁶

No obstante, consideramos que este rechazo *per se* a los trasplantes no es plausible. En el caso de los trasplantes jurídicos se debe proceder con cuidado e inteligencia. Si del análisis comparativo se concluye que se debe dar la adopción de una determinada solución a la que se llegó en otro sistema, no se puede rechazar la propuesta simplemente porque la solución es extranjera e *ipso facto* inaceptable.¹⁵⁷ A aquellos que objetan lo “extranjero” de los trasplantes, Rudolph V Ihering ha dado la siguiente respuesta:

“La recepción de instituciones jurídicas extranjeras no es una cuestión de nacionalidad, sino de utilidad y necesidad. Nadie se toma el trabajo de traer algo de otra parte cuando se tiene lo mismo o algo mejor en casa, pero sólo un bobo rechazará la quina únicamente porque no creció en el jardín de su casa”¹⁵⁸

La verdadera cuestión que debe preocuparnos no es la de rechazar los trasplantes *per se*, sino la de analizar cómo llevarlos a cabo para que sean exitosos, contribuyan al desarrollo del Derecho y por esa vía, a la solución de los problemas y a suplir las necesidades de nuestras naciones.

Un ejemplo de un trasplante exitoso es el caso del Ombudsman (Defensor del Pueblo) en Perú. La figura del Ombudsman se originó en Suecia y ha sido transplantada a varios países, tales como Finlandia, Dinamarca, Noruega, Nueva Zelanda, Gran Bretaña, Colombia y Alemania. El objetivo del despacho del Ombudsman es el de proteger a los ciudadanos de los abusos cometidos por los funcionarios del Estado. No tiene poderes jurisdiccionales: Investiga y representa a los ciudadanos frente a las autoridades públicas. En Perú la Defensoría del Pueblo se estableció en 1979 y recientemente se ha convertido en una importante

¹⁵⁵ Reitz, John. How to do comparative Law. The American Journal of Comparative Law. Volumen 46. pg 625

¹⁵⁶ Cfr. Linares Cantillo, Alejandro. Guías para el Curso Básico de Derecho comparado. Universidad de los Andes. 2001

¹⁵⁷ Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Introduction to Comparative Law. Third Edition. Oxford. 1998. pg 16

¹⁵⁸ Traducción de la autora. Citado en: Zweigert, Konrad y Kotz, Hein. Introduction to Comparative Law. Third Edition. Oxford. 1998. pg 16

fuerza para la promoción y defensa de derechos civiles, políticas y sociales. La experiencia de la Defensoría del Pueblo es un muy buen ejemplo de cómo las instituciones importadas pueden florecer y desarrollarse de manera inesperada. Lo anterior demuestra que el uso discreto y cuidadoso de legislación modelo no necesariamente mina la cultura legal. Por el contrario, con frecuencia enriquece y da diversidad a las culturas legales locales.¹⁵⁹

Otro ejemplo de un trasplante satisfactorio es la introducción en Bélgica de un Consejo de Estado inspirado en el modelo francés.¹⁶⁰ Este ejemplo nos ilustra algunas pautas que deben seguirse para lograr llevar a cabo un trasplante exitoso.

De manera que, a pesar de las críticas recién reseñadas, consideramos que transplantar es una gran herramienta si se utiliza de manera sabia y prudente. Es posible, si se siguen ciertas pautas que propondremos a continuación, lograr llevar a cabo un trasplante exitoso.¹⁶¹

¹⁵⁹ Faundez, J. Legal reform in Developing and Transition Countries. Making haste slowly. En www.worldbank.org

¹⁶⁰ Rivero, Jean. Los Fenómenos de Imitación de Modelos Extranjeros en Derecho Administrativo. Traducción privada realizada por Gustavo Quintero Navas.

¹⁶¹ Watson afirma que un trasplante exitoso crecerá en el nuevo cuerpo que lo acogió y continuará desarrollándose; lo anterior no puede confundirse con un rechazo del trasplante por parte del receptor.

X

PAUTAS PARA LLEVAR A CABO UN TRANSPLANTE EXITOSO

Consideramos que, como es lógico, si se pretende llevar a cabo un trasplante exitoso es conveniente hacer un análisis detenido de los textos legales extranjeros. El legislador y los creadores de políticas públicas deben tener una amplia comprensión de la experiencia de otros países, preferiblemente países con característica similares, de manera que sea una ayuda en la elección de la política pública y en el proceso de redacción. Esa comprensión permitirá identificar buenos modelos en las áreas específicas de políticas públicas.

Otro punto esencial del método comparativo cuando se utiliza para la producción legislativa, es que antes de elaborar leyes se hagan estudios de derecho comparado. El derecho comparado no es la simple copia del derecho extranjero. Consiste en el examen previo de las causas que motivaron la ley extranjera, el medio social en que esta se aplica, sus resultados en la práctica y los motivos de su fracaso o de su éxito. Una vez se comparan estas circunstancias con las del país al que se pretende transplantar, se puede saber si es o no conveniente llevar a cabo el trasplante.¹⁶²

Para transplantar una ley es preciso “secularizarla”. El término lo introduce Merryman y se refiere a liberar una regla de su bagaje cultural específico para que esta permita ser utilizada en un contexto distinto. En otras palabras, “secularizar” significa liberar la regla de su contenido cultural y social y volverla compatible con una serie de sistemas jurídicos. Consideramos que una de las formas de “secularizar” una norma es la de llevar a cabo un análisis funcionalista que permita comprender qué función cumple la norma en ese sistema jurídico, para luego proceder a analizar qué cambios hay que hacerle a esa norma jurídica para que, situada en su nuevo contexto, siga cumpliendo esa misma función. El proceso de “secularización” es una premisa necesaria para lograr un trasplante exitoso.¹⁶³ Una institución no debe transplantarse a un contexto donde adquiera un significado totalmente distinto del que se pretende.

Es preciso también determinar la compatibilidad de la institución transplantada con el sistema receptor.¹⁶⁴ Un trasplante aumenta su receptividad cuando se adapta significativamente al orden jurídico receptor. Es decir, cuando a las normas transplantadas se les hacen cambios que tienen en cuenta la práctica legal local u otras condiciones específicas. Consideramos que, en general (salvo que sea el resultado de un estudio profundo y

¹⁶² Zweigert y Kotz. Op. Cit. pg 112

¹⁶³ Ibídem. pg 47

¹⁶⁴ Ibídem. pg 9

concienzudo), es una forma simplista de trasplante la de tomar la institución o norma a transplantar e importarla tal y como se presenta en su país de origen.¹⁶⁵ Deben tenerse en cuenta las características del derecho local y llevar a cabo adaptaciones que aclimaten una institución extranjera al medio jurídico local. Es preciso tener en cuenta el desarrollo económico y cultural del país, su medio histórico, la existencia o no de recursos humanos y materiales en el país importador.

En nuestro sentir, el mejor escenario posible es aquel en el que la adaptación se realiza, extrayendo los rasgos esenciales del modelo a transplantar, y a partir de ahí se crean estructuras originales que responden a las necesidades particulares del país importador. De no hacerse este ejercicio, se corre el riesgo de llevar a cabo un trasplante parcialmente exitoso, que no tenga en cuenta todas las particularidades y necesidades del sistema jurídico receptor. No obstante, es preciso ser muy cuidadoso con las adaptaciones, como lo ilustra la siguiente cita:

Hay casos en que se realiza una inserción del trasplante en el tejido nacional por medio de una adaptación pero la adaptación que la permite termina por privar al órgano transplantado de algunas características que aseguraban su eficacia en su medio de origen. Tal es, para Rivero, la lección del Consejo de Estado egipcio: “Ampliamente calcado del modelo francés, animado por juristas eminentes que no ignoraban nada de las audacias ni de las sutilezas de la jurisprudencia parisina, en un primer momento trató de imponer su autoridad a un poder poco propenso a doblegarse, obligando quizá las numerosas precauciones que tuvo que admitir el Consejo de Estado de Francia para lograr que sus censuras fueran progresivamente aceptadas. Por haber querido ir muy lejos, y demasiado de prisa, en la imitación del prototipo, se enfrentó a una hostilidad que no podía sino crecer con el advenimiento de un régimen de inspiración militar. En la práctica, sólo ha podido mantenerse aceptando una reducción importante del campo abierto a su control sobre los actos administrativos, y manteniendo este control en los límites juzgados compatibles con la autoridad que la administración estima necesaria”¹⁶⁶

Es interesante anotar que las adaptaciones de una institución, al insertarse en nuevos contextos, no siempre responden a una decisión voluntaria de los operadores jurídicos. En ocasiones las modificaciones de la institución transplantada se dan sin que exista una decisión, generadas por la implementación de la institución dentro de nuevas estructuras institucionales y culturales y dentro de nuevos contextos jurídicos.

¹⁶⁵ Lo anterior lo concluimos a partir de las múltiples discusiones que sostuvimos al respecto en la clase de Derecho Comparado (Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 2001. Dr. Diego Eduardo López Medina).

¹⁶⁶ Rivero, Jean. Los Fenómenos de Imitación de Modelos Extranjeros en Derecho Administrativo. Traducción privada realizada por Gustavo Quintero Navas. Inédito. P. 10

Para evitar que esas modificaciones transformen la institución de manera que obstaculicen los fines que se buscan con su trasplante, el comparatista debe, teniendo en cuenta el conocimiento de ambos derechos (el derecho del importador y del exportador de la institución), hacer un análisis que le permita prever cuales podrían ser las modificaciones involuntarias que podrían darse en la institución por el simple hecho de transplantarla a contextos distintos. Una vez identificadas esas modificaciones, deberá idear soluciones para neutralizar estas modificaciones.

Aunque consideramos que los trasplantes entre familias jurídicas distintas son perfectamente viables, creemos que un punto que hace que un trasplante sea compatible con el orden jurídico receptor es que haya familiaridad entre el sistema jurídico “donante” y el receptor. Por ejemplo, que el trasplante se haga entre países que comparten una historia legal común. El trasplante del Consejo de Estado francés a Bélgica ilustra este punto. Un factor que permitió el éxito de este trasplante es el estrecho parentesco intelectual que une a Bélgica y Francia. “Los métodos de pensamiento, el vocabulario que los traduce y las formas de vida y las concepciones del mundo son demasiado parecidas para que los intercambios no se vean singularmente favorecidos.”¹⁶⁷

Otro punto muy importante es que los operadores jurídicos del sistema receptor internalicen las normas para que se logre una continuidad y una armonía en el sistema jurídico y se den desarrollos posteriores fructíferos.¹⁶⁸ Es esencial que se de una inserción verdadera del trasplante en el medio nacional, y ésta en parte se logra si hay acuerdo entre las instituciones y las mentalidades. Por ejemplo en Japón, con todos los trasplantes que se han llevado a cabo en derecho público administrativo, existe un profundo desajuste entre el sistema administrativo inscrito en los textos y la realidad de las relaciones entre administradores y administrados, y este factor limita enormemente el alcance de los trasplantes en este campo.

Una última pauta es la de ser cauteloso cuando un país transplanta a una misma área del derecho instituciones de diferentes sistemas jurídicos, yuxtaponiendo los elementos de varios sistemas, con marcadas diferencias entre estos. El problema es el de la compatibilidad de los diversos trasplantes y de su aptitud para organizarse en un todo coherente. Por ejemplo, en Japón el sistema administrativo que se implantó en 1951

¹⁶⁷ Rivero, Jean. Los Fenómenos de Imitación de Modelos Extranjeros en Derecho Administrativo. Traducción privada realizada por Gustavo Quintero Navas. P. 10

¹⁶⁸ Orucu, Esin. Critical Comparative Law. En “www.ejcl.org”

ha tomado prestado de varios países lo que mejor le ha parecido. Consideramos que puede ser plausible hacerlo pero es preciso sistematizar esos trasplantes, haciéndolos coherentes y compatibles entre sí.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Cfr. Rivero, Jean. Los Fenómenos de Imitación de Modelos Extranjeros en Derecho Administrativo. Traducción privada realizada por Gustavo Quintero Navas. Inédito. P. 10

XI

CONCLUSIONES DEL MARCO TEORICO

El derecho comparado es útil entenderlo como un método, un medio para alcanzar ciertos objetivos perseguidos por los juristas. Se trata de la disciplina que asume como objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos y cuyo objetivo es la confrontación entre estos ordenamientos con vista a diversos fines.

En tanto método, el derecho comparado es susceptible de las más diversas aplicaciones. No se trata de una ciencia con objeto propio por lo cual no puede reivindicar el carácter de disciplina autónoma. Las comparaciones que se llevan a cabo utilizando el método comparativo no tienen un valor propio, pues su valor depende del objetivo perseguido por el comparatista.

Para nosotros, la utilidad y valor de los ejercicios de derecho comparado depende de la habilidad que tenga el comparatista para plantear en términos funcionales el problema que se aspira resolver y la sensibilidad para lograr detectar cómo se aborda el problema en los distintos países, lo cual supone un conocimiento cultural profundo de los sistemas jurídicos que se comparan. La formulación apropiada de los problemas sociales representa un aspecto decisivo en el método comparativo.

Cuando se usa el método comparativo para reformar el derecho, una vez se identifican los problemas sociales bajo estudio, se lleva a cabo el análisis sobre la viabilidad de realizar o no un trasplante legal o, si ya se llevó a cabo el trasplante legal, se analiza su efectividad en la resolución del problema social que pretendía afrontarse.

En cuanto a los trasplantes, creemos que es equivocado rechazarlos *per se*. Como vimos, quienes no creen en la viabilidad de los trasplantes, conciben el derecho como espejo de la sociedad y por ende creen que no tiene sentido intentar implementar una norma jurídica de una determinada sociedad en otra. Para nosotros, lo conveniente es llevar a cabo los trasplantes con adaptaciones y siguiendo las pautas que permitan que los trasplantes sean exitosos, contribuyan al desarrollo del derecho y de esa manera, a la solución de los problemas y a suplir las necesidades de nuestras sociedades. Para nosotros, el principal argumento en pro de transplantar es que no es eficiente que los legisladores se esfuercen por reinventar la rueda cuando otros han afrontado los mismos problemas exitosamente. La importancia de los trasplantes radica en que constituyen en ciertos casos un mecanismo óptimo para afrontar un problema social, cada vez que existe un obstáculo en

el derecho interno o se detecta una disfunción social que pueda afrontarse con una adecuada regulación jurídica.

PARTE 2

ESTUDIO DE LA POSIBILIDAD DE LLEVAR A CABO UN TRANSPLANTE DEL DERECHO SOCIETARIO DE ESTADOS UNIDOS AL DERECHO COLOMBIANO

XII

PIERCING THE CORPORATE VEIL EN DERECHO ESTADOUNIDENSE

En principio, con el nacimiento de la persona jurídica societaria, se da un hermetismo por el cual se incomunica el patrimonio de esta respecto del de sus accionistas o socios.¹⁷⁰ Esta separación implica dos efectos jurídicos: por el primero, los acreedores de los socios o accionistas no pueden perseguir los bienes de la sociedad para obtener la satisfacción de sus créditos; en segundo lugar, los acreedores de la compañía no pueden perseguir los bienes de los socios o accionistas para cubrir con su producto acreencias de la compañía.¹⁷¹

El descorrimiento del velo societario implica desconocer el sistema de limitación de responsabilidad de los socios o de los accionistas en las sociedades en que la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus aportes, esto es, permitir una intercomunicación patrimonial entre los socios y la compañía. En el sistema societario norteamericano, donde se origina esta figura¹⁷², la perforación del velo societario se define como “la excepción impuesta judicialmente al principio de limitación de la responsabilidad, en virtud de la cual las cortes desestiman la separación de la personalidad de la sociedad y disponen la responsabilidad de un socio por obligaciones de la sociedad, como si estas fueran propias del asociado”.¹⁷³

¹⁷⁰ Decimos en principio por cuanto la separación de patrimonios no implica necesariamente limitación de responsabilidad. Es el caso de tipos societarios como la sociedad colectiva.

¹⁷¹ Cfr. Reyes Villamizar Francisco. Derecho Societario. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá. 2002. pg 177

¹⁷² Es preciso anotar que la doctrina del *piercing the corporate veil* es una doctrina jurisprudencial y en muy pocos estados está consagrada en la ley. Algunos autores afirman que el levantamiento del velo corporativo es el área mas litigada en derecho corporativo en Estados Unidos.(Cfr.GEVURTZ, Franklin. Piercing Piercing: An Attempt to lift The Veil of Confusion Surrounding the Doctrine of piercing the Corporate Veil. University of Oregon. 76 Oregon Law Review 853).

¹⁷³ Thompson, Robert. Piercing the Corporate Veil, An Empirical Study. En Cornell Law Review, vol 76, Julio de 1991, pag 1036. Citado en Reyes, Francisco, Op. Cit. Tomo I. pg 217

Antes de entrar a estudiar en qué consiste la doctrina del *piercing the corporate veil* en derecho estadounidense, es interesante analizar como fue la evolución que tuvo como resultado la limitación de la responsabilidad y cual es el fundamento económico de la limitación de responsabilidad de los socios en derecho societario:

Origen de la Responsabilidad Limitada

Históricamente, el origen de la sociedad por acciones coincide con los orígenes de la gran empresa. Las compañías de las Indias del siglo XVII, primeras grandes empresas de la era moderna, son las primeras sociedades por acciones al cumplir con los dos elementos característicos: limitación de la responsabilidad de los socios y división del capital social en acciones.

La responsabilidad limitada ya era conocida en un tipo de sociedad del capitalismo primitivo: la sociedad en comandita. Sin embargo, sólo los socios comanditarios gozaban de éste privilegio. Los gestores asumían una responsabilidad ilimitada. El hecho revolucionario que se produce con la sociedad por acciones es la aparición de un tipo de sociedad en la que todos los socios contraen una responsabilidad ilimitada. Este fenómeno se manifiesta en el curso de los siglos XVII y XVIII, circunscrito a las compañías coloniales, primero en Holanda y luego en Inglaterra y en Francia, para efectos de la explotación de los recursos económicos del Nuevo Mundo y del Oriente. Es interesante anotar como cada compañía colonial se formaba por un acto de concesión soberana, y esta carta especial promulgada por el soberano era, respecto a cada compañía, la fuente del privilegio específico de la responsabilidad limitada. Este privilegio se justificaba por las proporciones de la empresa, que implicaban grandes riesgos. En palabras de Francesco Galgano: “El beneficio de la responsabilidad limitada repercutía sobre la relación entre proporciones de la iniciativa económica comprendida y entidad del riesgo, pues hacía que las vastas proporciones de la empresa se convirtieran en un *incentivo*, y no en un obstáculo, para el empresario, al cual se le ofrecía la perspectiva de inmensos provechos y no, en el caso de que fracasara la iniciativa, la de ingentes pérdidas, pues las posibles pérdidas de la sociedad, por elevadas que pudieran llegar a ser, no afectarían su patrimonio sino dentro de los límites del capital aportado.”¹⁷⁴

La anterior referencia sobre el origen de la sociedad anónima y sobre cómo se logra como punto fundamental el tema de la limitación de responsabilidad, tiene por objeto establecer que la limitación de responsabilidad es un tesoro del capitalismo, sin el cual todo intento de hacer empresa privada se vuelve muy difícil.

¹⁷⁴ GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Editorial Temis. Bogotá. 1999. pg 213.

Fundamento económico de la limitación de responsabilidad de los socios en derecho societario

- La limitación de responsabilidad facilita la formación de capital

La sociedad en la cual los socios responden hasta el monto de sus aportes, permite a los inversionistas invertir en un negocio sin poner en riesgo sus demás activos. Esto incentiva la formación de capitales y hace que los inversionistas estén más ávidos de invertir su dinero en empresas donde es deseable que se invierta a pesar del riesgo que suponen.¹⁷⁵

- La limitación de responsabilidad facilita que los administradores se involucren en negocios con un nivel de riesgo apropiado.

Sin la figura de limitación de responsabilidad, los administradores tendrían muy pocos incentivos para emprender negocios riesgosos, incluso cuando estos ofrezcan resultados netos positivos.

- La limitación de responsabilidad facilita la diversificación en las inversiones

La limitación de responsabilidad permite que los inversionistas inviertan su dinero en varios negocios sin exponer sus otros activos con cada nueva inversión. La diversificación tiene varios efectos deseables. Por ejemplo, estimula la formación de capital por cuanto es más fácil acumular capital con la suma de varias inversiones pequeñas, que encontrar un único o pocos inversionistas que hagan una inversión de una suma muy elevada de dinero. Por otro lado, la diversificación reduce los costos de invertir, puesto que desconcentra el riesgo, reduciendo la necesidad de que los inversionistas monitoreen de cerca los negocios en los que invierten.¹⁷⁶

- La limitación de responsabilidad facilita los mercados de capitales. Estos mercados son importantes para los negocios de la actualidad. Revelan el valor de la empresa al establecer los precios del mercado y proveen un lugar donde se puede comprar el control de una sociedad. La limitación de responsabilidad facilita enormemente su funcionamiento puesto que el valor que tienen dos acciones del mismo precio es homogéneo, es igual para cada inversionista independientemente de su patrimonio. Si no existiera la figura de la limitación de la responsabilidad, los inversionistas con un patrimonio mayor, al tener más que perder por participar en una compañía, asignarían a una acción un valor menor que el que le asignaría un

¹⁷⁵Cfr. SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. Corporations. Little Brown and Company. New York. 1994. pg 70.

¹⁷⁶ Cfr. SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. Op. Cit. Pg 70

accionista con menos patrimonio, puesto que éste último tiene menos que perder. Es decir, el mayor riesgo de responsabilidad reduciría el valor de la acción para el inversionista mas prestante.¹⁷⁷ El valor homogéneo de la acción es una condición *sine qua non* para un mercado eficiente. Easterbrook y Fischel lo explican de la siguiente forma:

“ (...) Con responsabilidad limitada, el valor de las acciones es determinado por el valor presente del flujo de renta generado por los activos de una sociedad. La identidad y riqueza de los inversionistas restantes es irrelevante. Las acciones son fungibles; ellas son transadas a un solo precio en mercados líquidos. Bajo una regla de responsabilidad ilimitada, las acciones no serían fungibles. Su valor sería una función del valor presente de los flujos de caja futuros y de la riqueza de los accionistas. La ausencia de fungibilidad impediría su adquisición. Con responsabilidad ilimitada las acciones no serían bienes genéricos homogéneos y no podrían tener un único precio.

De esta manera, la ausencia de una responsabilidad limitada impediría el desarrollo de los mercados de valores para acciones tal y como funciona en la actualidad, toda vez que los mismos son sistemas en los cuales vendedores y compradores no se relacionan directamente y por lo tanto no necesariamente se conocen. Bajo una responsabilidad ilimitada, los inversionistas tendrían que examinar no solamente la información del emisor sino también la información económica de cada uno de sus accionistas o inversionistas. Y, si un inversionista quisiera comprar de múltiples vendedores un paquete de acciones representativo dentro del capital, tendría que negociar individualmente con múltiples accionistas y a un precio diferente con cada uno de ellos. Tal tarea sería prácticamente imposible, toda vez que muchas de las sociedades inscritas en bolsa poseen cientos o miles de accionistas. Los costos de invertir en bolsa serían tan altos que prácticamente ningún o muy poco inversionistas estarían en capacidad de asumirlos”¹⁷⁸

Estas son las principales consideraciones económicas que fundamentan la limitación de la responsabilidad en las sociedades. Dadas estas consideraciones, la ficción de la personalidad jurídica del ente societario debe ser la regla, no la excepción.¹⁷⁹ Sin embargo, la limitación de responsabilidad no puede ser un principio inamovible, aplicable en todos los casos, porque existen una serie de bienes

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Traducción Libre, Superintendencia de Valores, C. Easterbrook, F. And D. Fischel. 1991. The Economic Structure of Corporate Law, Cambridge: Harvard University Press. Citado en Corte Constitucional. Sentencia C-865/04. Referencia: Expediente D-5057. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷⁹ Cfr. HAMILTON, Robert. The Law of Corporations in a Nutshell. West Publishing Co. St Paul, Minnesota. Fourth edition. 1996. Pg 122.

públicos que el derecho tutela y que podrían verse afectados si la limitación de la responsabilidad de las sociedades careciera de excepciones. La doctrina del levantamiento del velo corporativo es precisamente una excepción a la limitación de la responsabilidad que pone en una balanza el interés para la economía de que exista la limitación de responsabilidad de los socios, y en el otro lado de la balanza los intereses de aquellos terceros que interactúan con la sociedad tales como sus acreedores voluntarios e involuntarios (aquellos que se convierten en acreedores como consecuencia de la responsabilidad extracontractual de la sociedad).

La teoría del levantamiento del velo corporativo se produce bajo la siguiente idea:

“... reducida la persona jurídica a un puro concepto estructural, a un mero recurso técnico, no se hizo esperar la utilización instrumental de esta figura formal por quienes querían obtener a través de ella unos objetivos que no son los propios de la realidad social para la que aquella naciera, sino otros muy distintos, privativos de los individuos que la integran , y que no podrían alcanzarse por otro camino o cuyo logro directo los haría más arriesgados y gravosos [...] no basta el frío y externo respeto a los presupuestos señalados por la ley para poder cobijarse bajo la máscara de la persona jurídica y disfrutar de sus innegables beneficios [...]. El remedio frente a esta desviación, en el uso de la persona jurídica, se ha creído encontrar [...] en la posibilidad de desestimar o prescindir de la estructura formal de aquella, para penetrar hasta descubrir su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo así al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se amparaban bajo aquella armadura legal¹⁸⁰

En términos generales, como se estableció en el famoso caso *Bartle vs Home Owners Cooperative* (Nueva York, 1955) con la doctrina del levantamiento del velo corporativo se busca prevenir el fraude a la ley, el engaño y la ilegalidad.¹⁸¹ La aplicación de la doctrina se hace necesaria en aquellos casos en que la sociedad tiene una serie de acreencias que no puede satisfacer con el patrimonio social. En estos casos, los acreedores intentan perseguir el patrimonio de los socios que conforman la sociedad, arguyendo que se presentan una serie de factores que justifican que se desestime la personalidad jurídica de la sociedad. En estos casos, lo que en últimas el juez está decidiendo es si la pérdida para los acreedores de la sociedad se justifica desde el punto de vista de las razones que sustentan la limitación de responsabilidad.

Es importante aclarar que cuando se levanta el velo corporativo de la sociedad, realmente no se desestima la personalidad jurídica para todos los efectos, sino únicamente para efectos de la limitación

¹⁸⁰ TOSTO Gabriel, Algunas notas sobre la desestimación de la personalidad jurídica en la jurisprudencia laboral, Argentina, citando a Pold Diez 1958. Artículo en http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-algunas_notas_desestimacion.htm

¹⁸¹ Cfr. HAMILTON, Robert. Op. Cit. pg 101

de responsabilidad. Además, en muchos casos de *piercing the corporate veil*, se obliga a algunos socios a responder personalmente por las acreencias de la sociedad, pero no a todos. Aquellos accionistas que no están activos en el negocio y no han actuado en perjuicio de los acreedores tienen una menor probabilidad de ser llamados a responder que aquellos accionistas que con sus acciones produjeron una reducción de los activos de la sociedad.

Antes de analizar cuáles son los factores que pueden llevar a que se levante el velo corporativo en sede judicial, es importante analizar la gran diferencia que existe cuando el acreedor que pide que se aplique la doctrina del *piercing the corporate veil* es voluntario o involuntario. Los parámetros para aplicar la doctrina son muy diferentes en ambos casos. Lo anterior tiene una explicación muy interesante a saber: en el caso de un acreedor contractual, el acreedor antes de decidir si celebraba o no el contrato (un contrato de crédito con la sociedad por ejemplo) tuvo la oportunidad de estudiar a conciencia la situación de la compañía y su capacidad de pago. Si el acreedor por su negligencia no llevó a cabo este tipo de análisis, sólo él debe correr con las consecuencias de su propia negligencia. Si llevó a cabo estos estudios sobre la sociedad y aún así decidió celebrar el contrato con ésta, es porque el acreedor decidió asumir los riesgos de incumplimiento que el contrato conllevaba, probablemente en razón a que en el contrato parte de su remuneración le cubría ese riesgo que estaba tomando. Además el acreedor tenía la posibilidad de pedir garantías para tener mayor seguridad en el pago. El juez entonces debe tener motivos muy fuertes para desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, afectando la distribución de riesgos que las partes convinieron contractualmente. De lo contrario, será el acreedor quien deba asumir la pérdida.¹⁸²

En los casos de responsabilidad extracontractual, no existe ese elemento de acuerdo voluntario. La cuestión en este caso es si es razonable que los socios de la sociedad que incurrió en responsabilidad transfieran los riesgos de su negocio al público. La respuesta a esta pregunta dependerá de si la sociedad estaba financiada de manera que estuviera en posibilidad de cubrir razonablemente los riesgos previsibles que la actividad de la sociedad implica. En últimas se debe establecer si la sociedad tenía un capital adecuado y tenía los seguros de responsabilidad civil adecuados. Si la sociedad estaba infracapitalizada, se entiende que se le está haciendo asumir al tercero y al público en general un riesgo que no tiene el deber de soportar, pues debería estar en cabeza de la sociedad. La clave para internalizar los riesgos de accidentes y que no los tengan que asumir terceros, son los seguros de responsabilidad.

¹⁸² Cfr. HAMILTON, Robert. Op. Cit. Pg 103.

Por eso la falta de los seguros adecuados es un elemento que se tiene en cuenta para levantar el velo corporativo.

En síntesis, la diferencia en el análisis que debe llevarse a cabo entre los casos de responsabilidad extracontractual (*tort*) y aquellos de responsabilidad contractual, se fundamenta en que en los casos de responsabilidad contractual el acreedor asume conscientemente el riesgo y puede protegerse contra él, y además es remunerado por asumir el riesgo, pues a mayor riesgo mayor rentabilidad. Eso justificaría que si la sociedad no puede cumplir con sus obligaciones, el acreedor tenga que soportar ese riesgo que voluntariamente asumió. En los casos de responsabilidad extracontractual (*tort*), la víctima del daño ni asumió el riesgo, ni ha sido remunerada para soportarlo.

Con este análisis, sería de esperarse que las cortes estadounidenses hayan levantado el velo corporativo con mayor frecuencia en los casos de responsabilidad extracontractual que en los de responsabilidad contractual. No obstante, un difundido estudio de Robert Thompson¹⁸³ que analizó 779 casos de responsabilidad contractual y 226 casos de responsabilidad extracontractual, muestra que se desestimó la personalidad jurídica de la sociedad en el 42% de los casos de responsabilidad contractual y sólo en el 31% de los casos de *tort*.¹⁸⁴

En este estudio, Thompson también muestra como las Cortes en Estados Unidos han desestimado la personalidad jurídica únicamente en sociedades cerradas con unos pocos accionistas. Thompson afirma que nunca se ha desestimado la personalidad jurídica de una sociedad abierta inscrita en bolsa.¹⁸⁵ Las estadísticas demuestran que mientras menor sea el número de accionistas, mayores son las posibilidades de que se decida judicialmente una extensión de responsabilidad. Lo anterior puede deberse a que los accionistas en una sociedad cerrada usualmente gerencian y controlan completamente la sociedad y son responsables por los riesgos que se toman y el nivel de capital que cubre esos riesgos, mientras que tal control no se da en las sociedades abiertas inscritas en bolsa.

En cuanto a la diferencia entre sociedades conformadas por personas naturales y sociedades cuyos socios son personas jurídicas, Thompson encontró que los accionistas personas jurídicas fueron encontrados

¹⁸³ Cfr. THOMPSON, Robert, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell Law Review. 1036 (1991).

¹⁸⁴ Cfr. HAMILTON, Robert. Op. Cit. Pg 104

¹⁸⁵ Cfr. THOMPSON, Robert. Op. Cit.

responsables en el 28% de los casos, y los accionistas personas naturales fueron encontrados responsables en el 40% de los casos.

Factores que pueden llevar al levantamiento del velo corporativo

La aplicación de esta doctrina en las cortes estadounidenses ha sido constantemente criticada.¹⁸⁶ Sus detractores afirman que no existen precedentes con causales y criterios claros que permitan deducir que se debe levantar el velo corporativo. Lo anterior puesto que ningún factor aparece como determinante, y para algunos, parece que los jueces en cada caso decidieran el caso a priori basados en la intuición de lo que consideran un resultado justo, y luego trataran de justificarlo jurídicamente con una serie de factores que realmente no fueron determinantes para tomar la decisión.¹⁸⁷ Por esta razón el Juez Benjamin Cardozo en *Berkey vs Third Avenue R. Co* (1926) afirma que la doctrina está envuelta en una atmósfera de metáfora. Así, para sus críticos, a la doctrina de levantamiento del velo corporativo le hace falta el grado de certeza y posibilidad de predicción que el mundo de los negocios de hoy requiere.¹⁸⁸

Veamos en qué casos es aplicable la doctrina del levantamiento del velo corporativo. En primer lugar, la mayoría de las cortes coinciden en que la personalidad jurídica de la sociedad será desestimada cuando la sociedad se ha usado como un instrumento o como el *alter ego* de los accionistas o de algunos de ellos. La regla de la instrumentalidad requiere en sede judicial la prueba de los siguientes elementos¹⁸⁹:

1. Que el demandado posee control de las finanzas, las políticas y las prácticas empresariales de la sociedad con respecto a la transacción demandada, de manera que la sociedad, con respecto a esta transacción, no tenía en el momento una “mente”, voluntad o existencia separadas del controlante.
2. El control debe haber sido usado por el demandante para defraudar a terceros, para violar un deber legal, o cometer un acto deshonesto o injusto en contra de los derechos del demandante.

¹⁸⁶ Un artículo bastante crítico es el de BAINBRIDGE, Stephen. Abolishing Veil Piercing. 26 Iowa Journal of Corporation Law 479.

¹⁸⁷ Cfr. SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. Op. Cit. Pg 71.

¹⁸⁸ Cfr. MILLER, Sandra. Piercing the Corporate Veil among affiliated companies in the European Community and in the US: A Comparative Analysis of Us German and UK Veil Piercing approaches. 36 American Business Law Journal 73. 1998. pg 9

¹⁸⁹ Cfr. CLARK, Robert Charles. Corporate law. Little Brown and Company. New York, 1986. pg 37.

3. Debe existir un nexo causal entre el control y el incumplimiento de un deber legal por un lado y el daño causado al tercero por el otro.

Es interesante anotar cómo, el elemento que fundamenta el levantamiento del velo corporativo no es realmente el control, sino el fraude, pues no sería razonable aplicar la doctrina bajo estudio simplemente porque la sociedad tiene un socio controlante. De manera que, el elemento de fraude e injusticia le indica a la corte cuando levantar el velo corporativo, y el elemento de control le indica contra qué socios levantarlo.¹⁹⁰

Un segundo factor que permite desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, es el uso de la sociedad para permitirle a una persona evadir sus obligaciones legales. En *Gilford Motor vs Horne* (1933)¹⁹¹ un antiguo empleado de una sociedad firmó un acuerdo por el cual se comprometió a no intentar competir con su antiguo empleador por los clientes de éste. Al salir de la compañía, el empleado constituyó una sociedad y por intermedio de esta envió correspondencia a los clientes de su antiguo empleador invitándolos a contratar con él. La Corte levantó el velo corporativo y dio una orden (*injunction*) al ex empleado y a su sociedad de poner fin a esas prácticas.

Otro factor que permite desestimar la personalidad jurídica de la sociedad es la violación de formalidades legales y estatutarias. El juez analiza si la sociedad ha seguido formalidades tales como emisión de acciones, elección de administradores, celebración de Asambleas de accionistas, llevar actas de la sociedad, etc. Cuando las formalidades no se cumplen, las cortes levantan el velo corporativo basándose en que los accionistas han usado la sociedad como su “alter ego”, como conducto para desarrollar sus asuntos personales.¹⁹² La justificación en estos casos es que a los accionistas no debe permitírseles que primero ignoren las formalidades de la sociedad y luego pretendan que se les reconozcan todas las ventajas del escudo corporativo.

¹⁹⁰ Ibidem.

¹⁹¹ Cfr. ABBOT, Keith. *Company Law*. DP Publications Limited. Fourth Edition. London. 1990. pg 41.

¹⁹² Cfr. SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. *Op. Cit.* pg 73

La confusión de activos y negocios (*commingling of assets and affairs*) también ha llevado a las Cortes estadounidenses a levantar el velo corporativo. Esta causal consiste en que los accionistas no tienen sus activos y los de la sociedad separados. Por ejemplo, si en una sociedad los socios o algunos de los socios usan la cuenta bancaria de la sociedad para sus gastos personales, esto puede entenderse como una confusión de activos. El fundamento de esta causal es que los acreedores de la sociedad tienen una expectativa válida de que los activos de la sociedad se utilicen para satisfacer sus créditos y no para los gastos personales de los socios. Esta confusión de activos y negocios da un indicio de que los socios desestimaron las pretensiones de los acreedores.¹⁹³

Con fundamento en la confusión de activos y negocios, las cortes muchas veces desestiman la personalidad jurídica de una sociedad subordinada para alcanzar la responsabilidad de la matriz, en aquellos casos en que existe una confusión entre los negocios de la subsidiaria y los de la matriz. Lo anterior se hace protegiendo a los acreedores, pues si no existe una clara diferenciación entre la sociedad y sus socios, los acreedores pueden confundirse sobre con qué sociedad están contratando, o cual es la sociedad responsable de los accidentes. Veamos qué tipo de situaciones pueden llevar al juez a afirmar que se presentó una confusión de activos y negocios que permite desestimar la personalidad jurídica de la sociedad:¹⁹⁴

- a) Cuando la sociedad subordinada se utiliza como instrumento para realizar negocios en condiciones perjudiciales para ésta. Se trata de transacciones entre matriz y subordinada que no se realizan en condiciones de mercado y la utilidad queda toda concentrada en la controlante, pues están establecidas de manera tal que las ganancias las acumula la matriz, y las pérdidas las acumula la subordinada.
- b) Cuando la sociedad subordinada es sistemáticamente representada como parte de la matriz, es decir, como una división y no como una entidad separada.
- c) Cuando las formalidades legales y estatutarias de la sociedad son incumplidas.
- d) Cuando la subsidiaria y la matriz operan esencialmente las mismas partes del negocio integrado, y la subordinada está indebidamente capitalizada.

¹⁹³ Cfr. SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. Op. Cit. Pg. 74

¹⁹⁴ Cfr. HAMILTON, Robert. Op. Cit. Pg 111

- e) Cuando no hay una delineación clara y consistente de cuales transacciones son de la matriz y qué transacciones están en cabeza de la sociedad subordinada.

Vemos cómo, para evitar que se desestime la personalidad jurídica de la sociedad subordinada, es preciso mantener la mayor separación posible entre la sociedad y su matriz. Hay una serie de factores que muestran que la separación no es tajante y sin embargo, en mi criterio, no deberían llevar a aplicar la doctrina de *piercing the corporate veil*. Muchos grupos societarios se caracterizan porque la matriz es propietaria de todas las acciones de la filial, tienen administradores en común, sus abogados son los mismos, presentan declaraciones conjuntas para efectos de la administración de impuestos, comparten oficinas en un mismo edificio, y reportan sus ingresos de manera consolidada. Estas características, a mi juicio, no parecen tener un efecto negativo sobre los acreedores sociales que justifique el allanamiento de la personalidad jurídica de la sociedad. Lo que sí trae problemas es que el manejo de las relaciones matriz filial sea “folclórico” y descuidado. Por ejemplo, que transacciones tales como los préstamos entre ambas no se registren de manera adecuada, que los administradores comunes al actuar ante terceros no especifiquen a qué sociedad representan, que cada sociedad no lleve libros separados o cualquier acto de la matriz que de a entender que ésta no reconoce que la filial es un ente independiente.¹⁹⁵

Otro elemento que los jueces tienen en cuenta al momento de decidir si levantar o no el velo corporativo pero no se considera como fundamento suficiente para que prospere la acción es la indebida capitalización (*undercapitalization*). El concepto de indebida capitalización significa un capital muy bajo en relación con la naturaleza de los riesgos del negocio. La indebida capitalización es un elemento que se tiene en cuenta por cuanto si la sociedad se constituye u opera con esas condición, no podrá asumir los riesgos que corre y serán los terceros quienes terminen asumiendo éstos. Sólo se ha dado un caso en que el elemento de la indebida capitalización constituyó el único fundamento para decidir desestimar la personalidad jurídica de la sociedad. Se trata de un caso de 1961, de la Corte Suprema de California, conocido como *Minton vs Cavaney* en donde el capital de la sociedad era insuficiente para respaldar los riesgos que el negocio implicaba y la corte levantó el velo corporativo.

Es importante anotar que no se habla de indebida capitalización analizando únicamente el capital con el que se constituye la sociedad, sino el patrimonio con el que opera. Si una sociedad se maneja de manera tal que siempre esté insolvente, eso se entiende como indebida capitalización para efectos de aplicar la doctrina de

¹⁹⁵ Cfr. HAMILTON, Robert. Op. Cit. P. 115.

piercing the corporate veil. La idea es no permitir que haya uno o varios socios que manipulen los activos de la sociedad ni que se repartan excesivos dividendos en perjuicio de los acreedores de la sociedad. El fundamento de lo anterior consiste en que los acreedores esperan que el negocio se maneje para ser rentable y que los administradores del negocio hagan ciertas reservas para poder cumplir con sus obligaciones.

En este punto es interesante analizar el caso de *Walkovsky vs Carlton*. Se trata de uno de los casos más famosos de levantamiento del velo corporativo. El demandante fue víctima de un accidente por parte de un taxista. La sociedad dueña del taxi sólo tenía en su haber 2 taxis, cada uno asegurado contra responsabilidad civil por el mínimo requerido. El dueño de la sociedad era Carlton, quien tenía otras 9 sociedades con exactamente las mismas características. Por la manera como el negocio operaba, era claro que Carlton había creado sociedades separadas para cubrirse del riesgo de demandas por responsabilidad extracontractual, y que no todos sus activos tuvieran que respaldar este tipo de acreencias. El demandante quiso que se declarara responsable tanto a la sociedad que le impetró el daño, como a las otras nueve sociedades y a Carlton, bajo el argumento de que Carlton sistemáticamente había manipulado las ganancias de la sociedad, con el fin de minimizar los activos de la empresa expuestos a demandas por responsabilidad civil extracontractual. La Corte de Nueva York afirmó que el demandante no logró probar que hubiere fraude o agenciamiento de la sociedad dañosa frente a Carlton y las demás sociedades. Este fallo dejó sentado que un acreedor por responsabilidad extracontractual (al menos en Nueva York) no logra que prospere la acción para levantar el velo corporativo con base únicamente en la indebida capitalización.

Por otro lado, continuando nuestro análisis sobre los elementos que llevan a la aplicación de la doctrina bajo estudio, vemos como el fraude es uno de los factores que con mayor frecuencia lleva a las cortes a desestimar la personalidad jurídica de la sociedad. En el estudio de Thompson se muestra como, en el 92% de los casos en que los jueces han probado que hubo fraude, se ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo corporativo.¹⁹⁶ Un caso de fraude que lleva al levantamiento del velo, se presenta cuando los socios crean la apariencia de que los activos de la sociedad son suficientes para respaldar la acreencia, llamando a engaño a los acreedores, haciéndoles creer que no necesitan obtener garantías personales de los socios o tomar otras medidas de protección.¹⁹⁷ Otro ejemplo de fraude se da cuando una sociedad que funciona como cascarón

¹⁹⁶ Cfr. THOMPSON, Robert. Op. Cit.

¹⁹⁷ Cfr. SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. Op. Cit. Pg 75

vacio (*shell corporation*) sustituye otra sociedad en el último minuto, y la otra parte es engañada y contrata con ese cascarón vacío, creyendo que realmente lo hace con la sociedad que si tiene una situación financiera adecuada.¹⁹⁸

Cuando hablamos de fraude, puede tratarse de fraude a los acreedores o de fraude a la ley. Un ejemplo de fraude a la ley se da cuando una misma empresa se divide en varias sociedades, con el único fin de eludir cargas tributarias. Es el caso de las leyes que crean la exención de un determinado impuesto para aquellos empleadores con menos de un determinado número de empleados. ¿Una misma empresa puede dividirse en diferentes sociedades con el único fin de reducir el número de empleados por unidad y hacerse acreedora de la exención? Las Cortes han estimado que en estos casos es posible desestimar la personalidad jurídica de la sociedad, darle tratamiento de unidad a las sociedades e imponerles el pago del impuesto. En suma, se reconocerá la personalidad jurídica de la sociedad si ésta lleva su negocio de buena fe y no es un simple instrumento creado para evadir impuestos.¹⁹⁹

Otro ejemplo de fraude se presentó en el caso *Sea Land Services Inc vs Pepper Source*. El socio controlante aseguró a su acreedor que la sociedad pagaría al demandante de tener fondos suficientes. Al tiempo que realizaba esta promesa, maquinaba un plan para manipular los fondos de la sociedad para asegurarse de que, al hacerse exigible la obligación, la sociedad deudora no tendría fondos para pagar. En este caso se aplicó la doctrina de desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.

Estas son las causales que se tienen en cuenta en los casos en que se intenta aplicar la doctrina bajo estudio. Es interesante anotar cómo, aunque hace unos años era difícil encontrar diferencias en la manera como cada corte estatal aplicaba la doctrina del levantamiento del velo corporativo, hoy en día es claro que algunos estados son más liberales que otros frente al tema. Algunos aceptan la distinción entre casos de responsabilidad contractual y extracontractual (*tort*), mientras que en otros estados ésta distinción no se tiene en cuenta. En Texas, por ejemplo, existe una ley que dispone que en los casos de responsabilidad contractual se requiere que haya fraude para que se imponga la responsabilidad de los socios. Los estados más conservadores en el tema (por ejemplo Delaware) son reticentes a desestimar la personalidad jurídica de la sociedad cuando no se ha probado el fraude.

¹⁹⁸ Cfr. HAMILTON, Robert. Op. Cit. pg 103

¹⁹⁹ Cfr. HAMILTON, Robert. OP. Cit. pg 120.

Reverse Piercing

En la mayoría de los casos de levantamiento del velo corporativo la acción la interpone un acreedor de la sociedad en busca de hacer responsables a los socios directamente por las obligaciones de la sociedad. Resulta interesante observar como, en otros casos, conocidos como *reverse piercing*, es el accionista quien pretende que se desestime la personalidad jurídica de la sociedad. El caso clásico es *Cargill Inc vs Hedge* (Minnesota, 1985) donde una familia de campesinos apellido Hedge crea una sociedad y la hace propietaria de la tierra y las construcciones que conforman su negocio. La familia Hedge empieza a tener dificultades financieras, y un acreedor intenta perseguir la tierra de los campesinos, de la cual la sociedad es propietaria. Minnesota tiene una ley proteccionista que dispone que las tierras propiedad de campesinos individualmente considerados no puede ser perseguida por los acreedores. Los Hedge querían que la exención los cobijara, y por lo tanto argumentaron que la existencia separada del ente social debía ser ignorada y debía beneficiárseles con la exención. Debido a la fuerza de la política pública proteccionista de las familias campesinas, la Corte de Minnesota decidió aplicar el principio del *reverse pierce* para proteger a la familia. La doctrina del *reverse pierce* es bastante polémica, pues sus detractores afirman que no tiene sentido que una persona forme una sociedad según su conveniencia, y que cuando la existencia de un ente separado deje de convenirle, pretenda que se desestime la personalidad jurídica de la sociedad. Los críticos afirman que quien decide constituir la sociedad debe asumir lo bueno y lo malo de la estructura societaria. En mi criterio la doctrina del *reverse piercing* debe aplicarse con sumo cuidado y sólo en casos muy particulares, pero podría resultar útil puesto que en ciertos casos es necesario levantar el velo de la sociedad, con miras a que la aplicación de una determinada política pública no se haga nugatorio.

La doctrina de subordinación de créditos: La doctrina del caso Deep Rock

En virtud de esta doctrina, se posterga hasta el último lugar el crédito suministrado por la sociedad accionista principal y controlante a la filial, dado que la primera actuó fraudulentamente. Es decir, se levanta el velo corporativo para descubrir que el acreedor del pasivo externo de la filial es la sociedad controlante y que se actuó fraudulentamente y por ende se posterga el pago de éste pasivo hasta tanto se cancelen los créditos de los demás acreedores. En últimas, esta doctrina hace depender el pago de las obligaciones a favor de los socios de la satisfacción completa de las obligaciones con terceros.

Los hechos del caso Deep Rock, piedra angular de la doctrina de subordinación de créditos, son los siguientes:

La sociedad Standard Gas & Electric Company había constituido una filial denominada Deep Rock, la cual controlaba. La filial se encontraba descapitalizada y tenía múltiples obligaciones con terceros. Antes de iniciar el proceso concursal, la matriz emitió acciones preferenciales de Deep Rock, las cuales fueron suscritas por terceros. La sociedad controlante propició la descapitalización Deep Rock, lo cual la llevó a la bancarrota. Al determinarse el pasivo externo de la sociedad, que teóricamente era el que primero debía cubrirse, se estableció que gran parte de las obligaciones de la filial eran obligaciones con su accionista controlador Standard Gas & Electric Company. Dado el nivel de endeudamiento de la sociedad y la insuficiencia de activos sociales, si se comenzaba por pagar el pasivo externo adeudado a la matriz las posibilidades de recuperación de capital para los terceros que habían adquirido acciones preferenciales eran remotas. Por lo tanto, el funcionario encargado de la liquidación (*trustee in bankruptcy*) decidió postergar los derechos de la matriz, hasta tanto no se llevara a cabo el reintegro del capital de las obligaciones con los accionistas preferenciales y los terceros.²⁰⁰

A manera de conclusión del presente capítulo, podemos establecer que, dadas las consideraciones económicas que analizamos al principio, la limitación de responsabilidad debe ser la regla y no la excepción. No obstante, cuando el concepto de ente societario separado de los socios se utiliza para defraudar a los acreedores, para evadir las obligaciones legales de los socios, para hacerle fraude a la ley, para llevar a cabo un delito, etc, se debe desestimar la ficción jurídica de la personalidad del ente societario para hacer justicia y para asegurar el cumplimiento de determinadas políticas públicas. En mi criterio, las causales que se tienen en cuenta en derecho estadounidense para la aplicación de la doctrina son sumamente útiles para alcanzar el anterior objetivo. En el próximo capítulo estudiaremos la aplicación del levantamiento del velo corporativo en el régimen jurídico colombiano, y en el capítulo siguiente veremos que las causales por las que se aplica la doctrina en Estados Unidos cobijan una serie de situaciones y suplen una serie de necesidades sociales que nuestro régimen jurídico no contempla.

²⁰⁰ Cfr. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Sociedades Comerciales en Estados Unidos. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 1996. p. 92

XIII

PROBLEMA SOCIAL DETECTADO EN COLOMBIA

Luego de estudiar el tema con detenimiento, hemos detectado que en Colombia existe el siguiente problema social: en algunos casos la personalidad jurídica independiente de la sociedad no es desestimada en eventos en que hacerlo permitiría evitar el fraude a la ley. Nuestro régimen jurídico únicamente prevé que se desestime la personalidad jurídica de la sociedad en casos muy específicos y los demás casos en que sería deseable que se pudiera aplicar esta figura han quedado por fuera de lo que ha previsto hasta ahora el legislador.

En otras palabras, el problema que hemos detectado es que en Colombia, en algunos casos, se utiliza la limitación de responsabilidad de las sociedades de manera fraudulenta y abusiva causando daños a terceros con ésta limitación, lo cual justificaría que se levantara el velo corporativo, y no obstante no es posible hacerlo dado el status quo de nuestro derecho societario. El levantamiento del velo en ciertos casos no puede llevarse a cabo, ya que el régimen jurídico sólo da las herramientas para levantar el velo corporativo en una serie de causales que la ley prevé, que en nuestro criterio no son suficientes para suplir las necesidades del mundo corporativo.

El presente estudio, para efectos de aplicar el método comparativo con miras a la reforma del derecho societario colombiano, ubicará la teoría del levantamiento del velo corporativo en el contexto en que ha tenido mayor desarrollo y mayor aceptación: el derecho de los Estados Unidos.

LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Hemos visto cómo cuando la sociedad en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes, se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la persona jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella. En nuestro ordenamiento se contemplan algunos casos de levantamiento del velo corporativo, los cuales se fundamentan en que si la estructura de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva (para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y en general para defraudar) o se interpone con ciertos fines que las normas buscan, el juez debe desestimar la personalidad jurídica para que fracase el resultado que se persigue. En el presente capítulo haremos un análisis de la desestimación de la personalidad jurídica en el derecho colombiano, teniendo en cuenta la consagración legal y la interpretación jurisprudencial de la figura.

I. Consagración legal de la doctrina del descorrimiento del velo corporativo

a) Antecedente histórico

En el régimen de derecho comercial existía una norma que hacía extensiva la responsabilidad a los socios de las sociedades de responsabilidad limitada y las anónimas, en ciertas hipótesis. El artículo 45 del decreto extraordinario 350 de 1989 preceptuaba:

“Si los bienes fueren insuficientes para el pago del pasivo, los administradores que hayan infringido la ley o cualquier estipulación estatutaria de la empresa en concordato, serán solidariamente responsables por los actos realizados en perjuicio de la misma o de terceros de buena fe exenta de culpa.

A la misma responsabilidad estarán sometidos los socios de la sociedad en concordato, cuando se demuestre que la constituyeron o la utilizaron con el fin de defraudar a los acreedores o a terceros.”

b) Consagración legal en la actualidad

En la ley 222 de 1995, existen tres modalidades de desestimación de la personificación jurídica de la sociedad. En primer lugar, en el párrafo del artículo 71 se establece la responsabilidad solidaria de la empresa unipersonal con el titular de las cuotas del capital y con los administradores que hubieren utilizado la empresa unipersonal de responsabilidad limitada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros. En segundo lugar, las compañías matrices deberán responder, aunque subsidiariamente, por las obligaciones derivadas de los procesos de concordato o de liquidación obligatoria de sus filiales o subsidiarias, cuando estas deban

someterse al trámite de un concurso producido por causa o con ocasión del control. Los artículos 148, parágrafo y 207 de la ley 222, establecen modalidades específicas de desestimación, eficaces solamente en la fase concursal de las sociedades.

El parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 prevé que 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 responde en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. La norma indica que se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.²⁰¹

La Corte Constitucional, en Sentencia C 510 de 1997, declaró la exequibilidad de este parágrafo. En esta providencia afirmó que la responsabilidad subsidiaria de la sociedad matriz se justifica cuando son las decisiones de la compañía controlante las que repercuten en la disminución o afectación del patrimonio de la

²⁰¹ Teniendo en cuenta que para que proceda aplicar el artículo 148 es preciso que exista un caso de control, conviene hacer las siguientes consideraciones sobre la declaración de la situación de control en nuestro régimen:

a) En Oficio No 22050924 del 12 de noviembre de 1996, la Superintendencia de Sociedades aclaró que, teniendo en cuenta el artículo 261 del código de Comercio, se admite que la condición de matriz o controlante puede ser predicada de las personas naturales, siempre que se den los presupuestos legales previstos para tal fin. También dispuso que, teniendo en cuenta el artículo 261 del Código de Comercio, la condición de controlante puede ser predicada de quien no tenga la calidad de socio o accionista, rompiendo el esquema tradicional del estatuto mercantil, y consagrando en la legislación colombiana el denominado control externo.

b) En oficio 220 15430 del 13 de abril de 1998, la Superintendencia de Sociedades afirmó que la enumeración de presunciones de subordinación del artículo 261 no es taxativa y que son presunciones de hecho, desvirtuables si se logra demostrar que no se verifica en realidad la circunstancia señalada en el artículo 260 del Código de Comercio, y que la sociedad en realidad no resulta subordinada o controlada.

c) En la Resolución No. 3393 de diciembre 12 de 1997, la Superintendencia de Sociedades analizó que el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 no precisa a qué funcionario corresponde hacer efectiva la responsabilidad y bajo qué trámite. En consecuencia, dijo la Superintendencia, es preciso atender al carácter residual de la jurisdicción civil y aceptar que es de su competencia todo asunto que no esté atribuido a otra jurisdicción. En cuanto al procedimiento aplicable, se deberá tramitar por el proceso ordinario, pues la ley no estableció ningún procedimiento especial. Así la Superintendencia afirmó que esta no tiene la competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad subsidiaria de la matriz en los eventos de procesos concursales de las subordinadas.

subordinada. Se trata de una responsabilidad subsidiaria y no principal, es decir, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que éste no pueda ser asumido por la subordinada, unido a la hipótesis de que las actuaciones de aquella tengan lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas. El precepto busca establecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que estos resulten defraudados. La norma adicionalmente presume que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control. Se trata de una presunción *iuris tantum*, que puede ser desvirtuada demostrando que sus decisiones no han causado la desestabilización económica de la filial o subsidiaria, sino que ésta proviene de motivos distintos.

La otra modalidad establecida en la ley 222 de 1995, a través de la cual se desestima la personalidad jurídica de la sociedad, está prevista en el artículo 207 de la ley 222 de 1995. Este dispone 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, los socios 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 hace exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario. Es preciso anotar que la responsabilidad prevista en esta disposición no es solidaria sino conjunta, pues el pago del pasivo externo insoluto se hace en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad.

Otro ejemplo en el que se desestima la personalidad jurídica en el régimen de procesos concursales, consiste en que la sociedad concursada no tiene derecho de veto al momento de definir el acuerdo. En realidad, quienes participan en el acuerdo son los titulares del capital social (socios o accionistas), en lugar de la persona jurídica concursada.²⁰²

Una vez analizadas las hipótesis de la ley 222 de 1995, procedemos a estudiar en qué otros regímenes del ordenamiento se da la consagración legal de la doctrina del descorrimiento del velo corporativo. Si se entiende el allanamiento de la personalidad jurídica como la desestimación del sistema de limitación de responsabilidad propio de las sociedades, puede afirmarse que el Código de Comercio consagra múltiples hipótesis que se pueden entender como desestimación de la personalidad jurídica, y consisten en comprometer el patrimonio de los asociados mediante un sistema de responsabilidad subsidiaria, para cubrir

²⁰² Cfr. Reyes Villamizar, Francisco. Op. Cit. pg 194.

obligaciones sociales insolutas. Ejemplos de tales normas son: la previsión según la cual en la sociedad limitada todos los socios serán responsables por las deudas de la compañía cuando el capital social no haya sido totalmente pagado (artículo 355²⁰³), o cuando la sociedad no se identifique con la expresión correspondiente a su tipo o con la sigla respectiva (artículo 357). También ilustran lo anterior las normas que ordenan la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas por el valor atribuido a los aportes en especie (artículo 135), y la responsabilidad solidaria que se atribuye a los asociados ante terceros en los casos de nulidad por objeto o causa ilícitos (artículo 105).²⁰⁴ Por último, el artículo 265 del Código de Comercio establece: “Los respectivos organismos de inspección, vigilancia o control, podrán comprobar la realidad de las operaciones que se celebren entre una sociedad y sus vinculados. En caso de verificar la irrealidad de tales operaciones o su celebración en condiciones considerablemente diferentes a las normales del mercado, en perjuicio del Estado, de los socios o de terceros, impondrán multas y si lo considera necesario, ordenarán la suspensión de tales operaciones. Lo anterior sin perjuicio de las acciones de socios y terceros a que haya lugar para la obtención de las indemnizaciones correspondientes.”

En el régimen del mercado público de valores, la resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, introduce el concepto de beneficiario real²⁰⁵, para procurar desentrañar el sujeto que, detrás de la persona jurídica societaria, resulta favorecido de ciertas operaciones. La resolución dispone que toda persona o grupo de personas que conformen un mismo beneficiario real, directamente o por interpuesta persona, sólo podrá convertirse en beneficiario real de más del 10% de las acciones ordinarias en circulación de una sociedad, cuyas acciones se encuentren inscritas en una bolsa de valores, adquiriendo las acciones con las cuales se supere dicho porcentaje a través de una oferta pública de adquisición. De igual forma, toda persona o grupo de personas que sea beneficiario real de más del 10 % de las acciones ordinaria sen circulación, sólo podrá incrementar, directamente o por interpuesta persona, su participación en un porcentaje superior al 5 % de las acciones ordinarias en circulación a través de una oferta pública de adquisición (art 1.2.5.6). La resolución

²⁰³ “Cuando se compruebe que los aportes no han sido pagados íntegramente, la superintendencia deberá exigir, bajo apremio de multas hasta de cincuenta mil pesos, que tales aportes se cubran u ordenar la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que la responsabilidad de los socios se deduzca como en la sociedad colectiva.”

²⁰⁴ Cfr. Reyes Villamizar, Francisco. Op. Cit. pg 223

²⁰⁵ Se entiende como beneficiario real “cualquier persona o grupo de personas que, directamente, por sí misma o a través de interpuesta persona (...) tenga respecto de una acción en una sociedad (...) capacidad decisoria, esto es, la facultad o el poder de votar en la elección de directivos o representantes o, de dirigir, orientar y controlar dicho voto, así como la facultad o el poder de enajenar y ordenar la enajenación gravamen de la acción (...) igualmente, constituyen un mismo beneficiario real las sociedades matrices y sus subordinadas.” (artículo 1.2.1.3 Resolución 400 de 1995).

también dispone que la compraventa y traspaso de acciones entre un mismo beneficiario real en ningún caso requieren de módulos o sistemas transaccionales ni de ofertas públicas de adquisición (art. 1.2.5.4).

En el régimen tributario, el artículo 163 de la ley 223 de 1995 prevé un régimen de intercomunicación patrimonial que se produce en caso de insuficiencia de los activos sociales para el pago de los impuestos a cargo de la compañía. “los socios, copartícipes, asociados, cooperados y comuneros, responden solidariamente por los impuestos de la sociedad correspondientes a los años gravables 1987 y siguientes a prorrata de sus aportes, en la misma y del tiempo durante el cual lo hubieren poseído en el respectivo periodo gravable”. La citada norma aclara que el sistema de solidaridad que prevé, no se aplicará a las sociedades anónimas o asimiladas a anónimas.

Por su parte, el artículo 36-1 del Estatuto tributario prevé que no constituyen renta ni ganancia ocasional las utilidades provenientes de la enajenación de acciones inscritas en una bolsa de valores Colombiana, de las cuales sea titular un mismo beneficiario real, cuando dicha enajenación no supere el 10% de las acciones en circulación de la respectiva sociedad, durante un mismo año gravable. Vemos como en este caso lo que se busca es proteger al accionista, al indagar sobre quién es el beneficiario real de una operación, con el fin de darle un beneficio tributario.

En derecho laboral también existe otro claro ejemplo de allanamiento de la personalidad jurídica. El artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo dispone: “Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.” La interpretación jurisprudencial de este precepto lo ha considerado aplicable no solo a las sociedades colectivas, sino también a las sociedades de responsabilidad limitada.

En el derecho público, hay una serie de normas que buscan extender los efectos jurídicos de ciertas restricciones a los socios o accionistas de las sociedades cobijadas por tales preceptos. De esta manera, se busca evitar que se eludan las sanciones y los impedimentos para contratar con el estado, bajo el amparo de la personalidad jurídica. Por ejemplo, el literal i, del ordinal 1 del artículo 8 de la ley 80 de 1993 establece la

inhabilidad por 5 años para participar en licitaciones y para celebrar contratos, tanto a los socios de sociedades de personas²⁰⁶ a las cuales se haya declarado la caducidad, como a las sociedades de personas de que ellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

En sentencia del Consejo de Estado proferida el 19 de agosto de 1999, el demandante fue socio de una sociedad comercial, a la cual le fue declarado el incumplimiento de un contrato estatal. Más adelante, en calidad de persona natural, el actor pretendió contratar con una entidad territorial, pero se consideró inhabilitado en razón del incumplimiento previo de la sociedad de la cual formaba parte. En la sentencia se afirma que, pese a que la personalidad es un privilegio que la ley le otorga a la sociedad exclusivamente para el fin concreto y determinado que se propuso al momento de su creación, cuando en su desarrollo práctico propicia abusos y fraudes se hace necesario prescindir o superar la forma externa de la personalidad jurídica para desvelar las personas e intereses ocultos tras ella.

Otro ejemplo de la desestimación de la personalidad jurídica se plasma en la ley 190 de 1995. Mediante esta ley se dictaron normas laborales, administrativas, penales y financieras para erradicar la corrupción administrativa. El artículo 44 de la ley 190 de 1995 prevé que las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por esta. Este artículo tiene como objetivo evitar que mediante la constitución de una sociedad se burlen las prohibiciones e incompatibilidades existentes para las personas naturales, se dificulte la investigación de los delitos contra la administración pública, o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas.

En materia penal, la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “ El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de sus socios, es una verdad que no trasciende al ámbito penal (...). En el evento de las personas jurídicas, su patrimonio está constituido por el haber de los socios y sus actividades responden a la voluntad de sus dueños, quienes a través de ellas persiguen su propio beneficio. Si ello es así, la empresa misma puede servir de medio para cometer acciones delictuosas.”²⁰⁷

²⁰⁶ El Consejo de Estado, (Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P Cesar Hoyos Salazar , 17 de mayo de 2001, radicación 1346) afirmó que la inhabilidad sólo recae sobre los socios de sociedades de personas y no sobre los socios de sociedades de capital, pues el literal del artículo 8 de la ley 80 de 1993 así lo dispone, el cual, por referirse a inhabilidades e incompatibilidades, tiene carácter taxativo.

²⁰⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Auto de enero 20 de 1993. Radicación 7183

Por otro lado, el artículo 37 de la ley 142 de 1994, planteó la desestimación de la personalidad jurídica, para efectos de analizar la legalidad de los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, comisiones de regulación, de la Superintendencia encargada de la vigilancia de estos servicios y de las demás personas afectadas por las incompatibilidades e inhabilidades establecidas en dicha ley, con el fin de que se tenga en cuenta a los beneficiarios reales de dichos actos, y no sólo al funcionario que formalmente los dicta o celebra.

Por último, cabe anotar que en los casos en que se abuse de la personalidad jurídica y ninguna de las hipótesis que están consagradas en la ley para desestimar la persona jurídica societaria concuerde con la situación fáctica del caso, en mi criterio es posible aplicar otras instituciones jurídicas consagradas en la ley, que permiten lograr levantar el velo societario. El análisis de hasta qué punto estas instituciones cumplen la misma función que la figura del levantamiento del velo corporativo, se hará en el capítulo XV.

II. La jurisprudencia sobre la doctrina del descorrimiento del velo corporativo: ¿Fallos en que predominan criterios políticos por sobre criterios jurídicos?

Los fallos que se analizarán a continuación, por medio de su interpretación de las normas que establecen la figura, le dan un alcance a la doctrina del levantamiento del velo corporativo más allá del que determina la ley. A continuación analizaremos en detalle tales fallos para que sea el lector quien concluya si este alcance se ciñe a lo previsto en la ley, o desconoce el fundamento económico de la limitación de responsabilidad de los socios en derecho societario y es peligroso por ir en contra del interés que supone para una economía el mantener el velo corporativo (levantándolo en casos excepcionales).

La Corte Constitucional, en sentencia T 014 de 1999²⁰⁸, en la tutela instaurada contra Colcultidos S.A., desestimó el principio de la limitación de la responsabilidad, expresando que los accionistas de las sociedades anónimas responden solidariamente por las obligaciones pensionales de la sociedad, desconociendo lo preceptuado por el artículo 373 del Código de Comercio. Así, la Corte exige a los accionistas de Colcultidos S.A que se liquida, responder por las obligaciones pensionales de quienes fueron sus trabajadores, de manera solidaria. Arguye que en conflicto el interés privado de los accionistas y los

²⁰⁸ Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero

derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores, priman estos últimos.²⁰⁹ La Corte basó su decisión en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece la solidaridad por las obligaciones laborales en las sociedades de personas. Aunque en el caso *sub judice* Colcultidos es una sociedad anónima, la Corte decidió que este artículo le era aplicable a los accionistas de este tipo de sociedades. Aunque la sentencia fue anulada por la Corte Constitucional por fallas en el trámite, es interesante estudiarla por la polémica posición que sostiene.²¹⁰

En éste caso la Corte Constitucional estableció que: a) El derecho a la seguridad social es un derecho fundamental por conexidad. b) los socios son solidariamente responsable por las mesadas pensionales. Se afirma en el fallo:

“La empresa que originariamente tiene la carga pensional es Colcultidos S.A. El hecho de haber celebrado un contrato de fiducia no la exonera de la responsabilidad laboral. Surge la pregunta de si los socios pueden relegarse de dicha obligación. Se predica acá el principio legal de solidaridad. La Corte Suprema de Justicia (casación 9 de abril de 1960 y de 28 de marzo de 1969) indicó:

“Al respecto no vale el argumento de que el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, al contemplar sólo la responsabilidad solidaria de las sociedades de personas con sus miembros y de estos entre sí, excluye las de capital, puesto que si se creyó conveniente regular de manera especial en dicho estatuto tal aspecto de la responsabilidad, no fue con el ánimo de exonerar de la que incumbe a las sociedades anónimas, casi siempre con mayor suma de obligaciones laborales por su vasto radio de acción, sino porque esa materia está regulada en su integridad en el derecho comercial aplicable en lo pertinente a las obligaciones surgidas del contrato de trabajo, a falta de disposición expresa”.

Son pues responsables no sólo la empresa sino sus socios. Claro que surge una inquietud: si está en trámite una liquidación obligatoria, las obligaciones a cargo de los socios surgen, según el artículo 191 de la ley 222 de 1995, cuando sean insuficientes los activos. Esto es cierto, pero no significa que desaparece la solidaridad porque el liquidador podrá exigir, mediante proceso ejecutivo contra los socios, el faltante del pasivo externo por cubrir, de acuerdo al respectivo tipo societario. Pero, acá no se agota el tema de la solidaridad, porque la

²⁰⁹ Esta fue la doctrina de la Corte, aunque en el caso concreto hubo un recurso extraordinario de anulación, que permitió que no se hiciera efectiva la solidaridad frente a los accionistas de Colcultidos, ya que estos no fueron demandados ni llamados al proceso.

²¹⁰ Cfr. Ponencia de Saul Sotomonte Sotomonte. La Jurisprudencia Constitucional y la Responsabilidad Societaria. En Congreso Internacional de Derecho Mercantil. Universidad Externado de Colombia y Cámara de Comercio de Bogotá. 2004

Corte Suprema de Justicia (sentencia del 10 de enero de 1995) recuerda que según el artículo 20 del Código Sustantivo del Trabajo en el conflicto de leyes de trabajo y cualquier otro se prefiere aquellas, luego no quedará solamente el arbitrio del liquidador la exigencia a los socios, sino que este derecho también es susceptible de ser ejercido por los trabajadores y ex trabajadores, si el liquidador en el momento oportuno no lo hace”.

Otro ejemplo de un fallo que se aparta de manera significativa del propósito del artículo 148 de la ley 222 de 1995, se presentó en el 2001. La Corte Constitucional (SU 1023 de 2001), profirió un fallo bastante polémico y en mi sentir peligroso, que pone en grave riesgo la limitación de la responsabilidad en las sociedades anónimas. En esta decisión se desestimó la personalidad jurídica de una sociedad filial (la Flota Mercante Grancolombiana) para alcanzar a su matriz (Fondo Nacional del Café) y hacerla responsable del pago de los pasivos pensionales de aquella. La Corte Constitucional afirma que el parágrafo del artículo 148 establece una presunción de responsabilidad de la entidad matriz, y bajo esta premisa, se decide que la entidad matriz se hace responsable transitoriamente de la satisfacción del pasivo pensional, mientras se resuelve por la justicia ordinaria el proceso correspondiente.

Concretamente, la decisión de la Corte Constitucional es la siguiente:

*“Octavo.- **Ordenar a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio** y en la medida en que el Liquidador de la CIFM no cuente en la actualidad con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago inmediato de mesadas pensionales, que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, ponga a disposición del Liquidador de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, **los dineros suficientes a efecto de que éste proceda a la liquidación y pago de las mesadas** adeudadas desde junio de 2001 a todos los pensionados a cargo de la CIFM. Igualmente pondrá a disposición del liquidador los recursos suficientes para que éste cancele, hacia el futuro y de manera oportuna, las mesadas que se vayan causando en la liquidación obligatoria a todos los pensionados de la CIFM, en cuanto sean exigibles y en la medida en que la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo.*

Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFM, en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios.

La orden que aquí se emite tendrá vigencia hasta la culminación del proceso judicial orientado a establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de la misma.

*Noveno.- **Ordenar a la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con carácter transitorio, en la medida en que el Liquidador de la CIFM no cuente en la actualidad con recursos suficientes para atender su obligación principal del pago inmediato de los créditos correspondientes a aportes de salud, que, dentro de los treinta (30) días siguientes***

a la notificación de esta sentencia, destine los dineros suficientes y cancele, en cuanto no lo haya hecho el liquidador que la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, las deudas que esta Compañía tenga con las entidades prestadoras del servicio de salud por afiliación y aportes correspondientes a todos los pensionados a cargo de la CIFM. La Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café cancelará hacia el futuro, de manera oportuna y en cuanto la CIFM no tenga la liquidez para hacerlo, los aportes a las entidades prestadoras del servicio de salud para garantizar hacia adelante el servicio a todos los pensionados de la CIFM, en liquidación obligatoria.

Esta orden tiene carácter transitorio y no implica pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad que pueda corresponder a la Federación como entidad matriz frente a las obligaciones de la CIFM, en liquidación obligatoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 148 de la ley 222 de 1995, asunto que es de competencia de los jueces ordinarios.

La orden que aquí se emite tendrá vigencia hasta la culminación del proceso judicial orientado a establecer la modalidad de responsabilidad y la titularidad de la misma.” (negritas fuera de texto).

En mi criterio este es un fallo basado en consideraciones sociales y políticas, sin sustento sólido en el ordenamiento jurídico. Si bien el párrafo del artículo 148 consagra una presunción en contra de las matrices, se trata de una presunción de hecho y por ende, lo correcto jurídicamente era que mediante un debido proceso se definiera primero si el proceso liquidatorio de CIFM se produjo por causa o con ocasión de las actuaciones de la matriz 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 liquidación obligatoria. La Corte Constitucional interpreta el párrafo del artículo 148 como si estableciera una responsabilidad objetiva, cuando lo que establece es una presunción de hecho, por la cual la matriz tiene derecho a probar que no fue una conducta dolosa o culposa suya la que llevó a la situación de la subordinada, o bien porque no existió esa conducta dolosa o culposa, o porque, de haber existido, se prueba que esa conducta no fue la que llevó a la subordinada a la situación de liquidación, desvirtuando el nexo causal.

Con los mismos argumentos propuestos en la SU 1023 de 2001, la Corte Constitucional en sentencia SU 636 de 2003 (magistrado ponente Jaime Araujo Rentería), ordenó a Coltejer S.A, Fabricato S.A y Cementos S.A, que en la medida en que el liquidador de la subordinada Industrial Hullera S.A no cuente con los recursos suficientes para pagar las mesadas pensionales a su cargo y las que se causen hacia el futuro, se pongan a disposición del liquidador los dineros suficientes. Así, la Corte decidió conceder la protección invocada de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, la salud y el mínimo vital de todos los titulares del derecho a la pensión de jubilación a cargo de Industrial Hullera S.A, incluidos o no en el auto de calificación y graduación de créditos proferido en el proceso de liquidación obligatoria. En este

pronunciamiento, la Corte reitera que las órdenes, salvo en el caso de Industrial Hullera que son definitivas, tienen carácter transitorio y no implican pronunciamiento sobre la responsabilidad patrimonial subsidiaria de las matrices. Veamos:

*“Sexto.- Ordenar a las sociedades matrices, esto es, Coltejer S.A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A. que, en la medida en que el Liquidador de la sociedad subordinada Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria no cuente con los recursos económicos suficientes **para pagar las mesadas pensionales de jubilación a cargo de dicha sociedad**, dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del plazo señalado en el numeral anterior, pongan a disposición de aquel, **a prorrata de su participación accionaria en Industrial Hullera S. A. en Liquidación Obligatoria**, los dineros suficientes a efecto de que el mismo liquide y pague las mesadas adeudadas a todos los pensionados a cargo de esta última.*

Igualmente, pondrán a disposición del Liquidador en forma oportuna, en la proporción señalada, los dineros suficientes para que éste liquide y cancele hacia el futuro las mesadas pensionales que se causen a favor de todos los pensionados de Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria y descuento y pague las cotizaciones por concepto de Seguridad Social en Salud, en la medida en que dicha sociedad no pueda hacerlo.

Estas órdenes tienen carácter transitorio y no implican pronunciamiento alguno sobre la responsabilidad patrimonial subsidiaria que pueda corresponder a Coltejer S. A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A. en la calidad de matrices en relación con las obligaciones a cargo de Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria, conforme a lo dispuesto en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, por ser este un asunto de competencia de los jueces ordinarios.

Las mismas órdenes tendrán vigencia hasta la culminación de los procesos que ya cursan ante la jurisdicción ordinaria, orientados a establecer la responsabilidad de las sociedades Coltejer S. A., Fabricato S.A. y Cementos El Cairo S.A, que fueron citados en las motivaciones de esta sentencia, o hasta la culminación de los procesos adicionales que con la misma finalidad instauren los pensionados de Industrial Hullera S.A. en Liquidación Obligatoria dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta sentencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991. “ (negrillas fuera de texto).

Es claro que los anteriores pronunciamientos analizados, pese a declarar que se trata de una medida transitoria, se pronuncian sobre la responsabilidad de la matriz y la condenan a pagar. Por lo tanto, la medida realmente no es transitoria, pues en la práctica, en caso de que sea comprobada la ausencia de

responsabilidad de la matriz dentro del proceso ordinario que debe adelantarse, es improbable que la matriz recupere el dinero que sin justa causa pagó a los pensionados.²¹¹

A pesar de que se trata de una presunción legal (*iuris tantum*), la Corte la interpreta como si se tratase de una presunción de derecho (*iuris et de iure*) y condena a la matriz a pagar por el sólo hecho de que ejerce un control sobre la subordinada, haciendo caso omiso de la necesidad de demostrar dentro de un proceso que efectivamente la sociedad se encuentra en situación concursal por las actuaciones derivadas del control. La propia Corte Constitucional, al darle el alcance interpretativo al párrafo del artículo 148 en la sentencia C 510 de 1997, estableció que toda persona jurídica tiene derecho a que su conducta se investigue y el caso se resuelva judicialmente en aras de establecer la responsabilidad, puesto que respecto de las responsabilidades que se les imputen a las sociedades existe la presunción de inocencia, lo cual impide que se las sancione mientras no se demuestre en concreto “previo el trámite de un proceso o actuación rodeado de todas las garantías constitucionales, que han infringido el orden jurídico al que está sujeta su actividad.”

La argumentación de las sentencias citadas desconoce el derecho de toda persona (inclusive los entes morales) al debido proceso y desconoce abiertamente la presunción de inocencia.

“(…)Cuando se califica una situación de control dentro de una crisis empresarial como razón suficiente para responsabilizar de manera subsidiaria a la sociedad dominante sin que se hubiera hallado un nexo causal justificado entre la crisis y las actividades de la matriz, en otras palabras, sin que se admita dentro de una instancia judicial prueba en contra pero si trasladando la carga de la misma a otra instancia, me pregunto si en realidad, no se está presumiendo la responsabilidad de la matriz por el simple control? O peor aún, no se está sentando la base para que la otra instancia entre a prejuzgar?(…)”²¹²

²¹¹ Cfr. TOVAR, Jaime. La ilegítima extensión de la responsabilidad en las sociedades de capital en derecho colombiano. Artículo del 17 de diciembre de 2004 publicado en www.portafolio.com.co.

²¹² CUBILLOS GARZON, Camilo Enrique. Comentarios a la sentencia de la Corte Constitucional Nos SU 1023 de 2001 y SU 636-03. *Revista mercatoria*. Volumen 3, Número 2. 2004. pg 8

Consideramos que los fallos de la Corte Constitucional comentados en éste aparte son un campanazo a los inversionistas extranjeros y locales sobre la vulnerabilidad en que queda su capital frente al ordenamiento jurídico colombiano, pues hay una peligrosa inseguridad jurídica alrededor del tema, producida por decisiones que podrían calificarse de inmediatistas, y que llevan a una incertidumbre sobre el alcance de la limitación de la responsabilidad de las sociedades. Además se desincentiva la inversión porque la limitación de la responsabilidad es un elemento necesario para la valoración del riesgo y la justificación de la inversión, y por lo tanto es un elemento importante que mueve a los inversionistas y que, por esta vía, contribuye al desarrollo económico y social. El efecto que puede darse como consecuencia de los anteriores fallos, es que los empresarios y los operadores jurídicos busquen alternativas, acudiendo a maniobras fraudulentas para intentar evitar la responsabilidad.²¹³

En síntesis, consideramos que es injustificable el hecho de levantar el velo corporativo en aquellos casos en que no existe fundamento jurídico para hacerlo. La figura no puede ni debe aplicarse siempre que la persona jurídica societaria simplemente incomode. Es preciso definir en la ley, con mayor precisión y de una vez por todas, los lineamientos de cómo opera el principio de desestimación de la personalidad jurídica, para evitar interpretaciones desafortunadas de la jurisprudencia constitucional. Aunque es loable que las altas cortes busquen la justicia material y la equidad, es preciso tener en cuenta que la búsqueda de estos fines no puede significar que se haga un uso extensivo de las normas, en detrimento de la seguridad jurídica, pues en últimas esto redundaría en una disminución de la inversión en el país, lo cual nos alejaría todavía más de los fines de justicia material y equidad. Por esta razón, la utilización de ésta figura debe sistematizarse. La figura debe utilizarse como *ultima ratio*, es decir, de manera excepcional y limitarse en general a situaciones en que a

²¹³ Una posible práctica que los fallos pueden estimular, es la creación de mecanismos para que la sociedad tenga socios a los que en la práctica no se les puede derivar responsabilidad. Por ejemplo, la creación por parte de los inversionistas de un patrimonio autónomo, el cual se convertiría en el accionista directo de la sociedad colombiana. Otra posibilidad es que el patrimonio autónomo sea creado en un paraíso fiscal, con estrictas políticas de confidencialidad, que harían muy difícil, si no imposible para una autoridad colombiana, descubrir quién es quien efectivamente controla el patrimonio autónomo y la sociedad colombiana. Hasta ahora no se conoce ningún caso en Colombia en el que el velo corporativo de un patrimonio autónomo extranjero, accionista de una sociedad anónima colombiana, haya sido descorrido.

Una posible práctica que los fallos pueden estimular, es la creación por parte de los inversionistas de un patrimonio autónomo, el cual se convertiría en el accionista directo de la sociedad colombiana. Otra posibilidad es que el patrimonio autónomo sea creado en un paraíso fiscal, con estrictas políticas de confidencialidad, que harían muy difícil, si no imposible para una autoridad colombiana, descubrir quién es quien efectivamente controla el patrimonio autónomo y la sociedad colombiana. Hasta ahora no se conoce ningún caso en Colombia en el que el velo corporativo de un patrimonio autónomo extranjero, accionista de una sociedad anónima colombiana, haya sido descorrido.

través del abuso de la forma de la personalidad se persiguen fines contrarios a la ley en sentido amplio, fines ilícitos o para obtener resultados contrarios a la justicia.²¹⁴

III. La Jurisprudencia más reciente: ¿inconstitucionalidad de la esencia de la sociedad anónima?

En un fallo reciente de la Corte Constitucional²¹⁵ la Unión de trabajadores de la industria del transporte marítimo y fluvial “Unimar”, demandó la inexecutable de los artículos 252 (total) y 373 (parcial) del Código de Comercio, basándose en la normatividad que soporta el Estado Social de Derecho y en la prevalencia que tienen las disposiciones de orden laboral. Los artículos demandados establecen:

Artículo 252: “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...”

Artículo 373: “la sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes (...)”

Los actores pretendían que se declarara inexecutable el límite establecido en las disposiciones acusadas, consistente en restringir la responsabilidad de los socios en las sociedades por acciones al monto de sus aportes y, en su lugar, buscaban que se reconociera que entre la sociedad y los socios existe, por mandato constitucional, una obligación solidaria, en el pago de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo.

Específicamente solicitaron:

1. Declarar la inexecutable del artículo 252 del Código de Comercio.
2. Declarar la executable condicional de la frase: “responsables hasta el monto de sus aportes” contenida en el artículo 373 del Código de Comercio, en el sentido de que esta expresión se aplica únicamente en las empresas que no tengan obligaciones pensionales a su cargo.
3. Confirmar la jurisprudencia establecida en sentencias T 313 de 1995 y SU 1023 de 1001 para precisar que, en desarrollo y aplicación de los artículos 58 y 333 de la Constitución política, el capital es solidariamente responsable del pago de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo, por ser el pago de este factor de la producción, el costo que asume el capital como contrapartida por el derecho a beneficiarse del ejercicio de la actividad empresarial.

²¹⁴ Cfr. Argentina. CNCiv., S. E, febrero 18-1997; “Nizzo, Daniel A. C. Schafer, Juan T. Y otros”. LL 1998-A, 419.

²¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-865/04. Referencia: expediente D-5057. Magistrado Ponente:
Dr. Rodrigo Escobar Gil.

4. Confirmar la jurisprudencia establecida en la sentencia T 014 de 1999 para precisar que, en caso de las empresas que tengan a su cargo pensiones de jubilación sin respaldar, por tratarse de los dineros parafiscales de la seguridad social, los socios son responsables solidarios del pago total y oportuno del pasivo pensional, hasta cuanto hayan cumplido la obligación legal de conmutar dicho pasivo.

5. En caso de que existan acreencias laborales insatisfechas y el empresario se haya insolventado o ido del país, con lo cual se tornan nugatorios los derechos de los trabajadores, y considerando que los derechos fundamentales de la vida, dignidad y seguridad social de los jubilados no pueden verse afectados por la desidia de las autoridades públicas, declarar que el Estado es subsidiariamente responsable del pago total de las acreencias laborales a cargo de la entidad en liquidación, sin perjuicio de las acciones de repetición que adelante contra sus Agentes y contra el empresario deudor.

La Corte decidió inhibirse para pronunciarse sobre las expresiones “Estas acciones sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos”, previstas en el inciso 1 del artículo 252 del código de Comercio, e igualmente en torno a las expresiones: “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”, contenidas en el inciso 2 del mismo artículo 252 del código de Comercio, por ausencia de cargos de inconstitucionalidad.

La Corte declara exequibles las expresiones “En las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales”, previstas en el inciso 1 del artículo 252 del Código de Comercio, por el cargo analizado. De igual manera declaró exequibles las expresiones: “(...) responsables hasta el monto de sus respectivos aportes (...)”, contenida en el inciso 1 del artículo 373 del Código de Comercio, por el cargo analizado.

En este fallo la Corte afirma que las personas jurídicas de riesgo limitado son pilares estructurales para el desarrollo del país y por ende se deben mantener sus atributos. Sin embargo, la corte resalta que la realidad igualmente demuestra que una visión absoluta de la separación patrimonial entre socios y sociedad, podría resultar lesiva para los intereses de los trabajadores y pensionados. Por lo tanto concluye que la limitación de riesgo de las sociedades de capital no es un derecho absoluto, pues si a partir de su uso se defraudan los interés legítimos de terceros, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo

corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido. La Corte establece que para la protección de los derechos de los trabajadores y pensionados, sin vulnerar los derechos de los empresarios, se han consagrado una serie de figuras jurídicas tales como el abuso del derecho (artículo 830 del Código de Comercio), el *neminem laedere* del artículo 2341 del Código Civil, entre otros. Por lo anterior, la Corte decide declarar exequibles las normas acusadas.

Consideramos que lo más importante de éste fallo es que en él la Corte Constitucional reconoce que la existencia de sociedades anónimas en nuestro ordenamiento, no contraviene ningún valor, principio o derecho constitucional. Por el contrario, la limitación de riesgo o división patrimonial entre socios y sociedad, permite el desarrollo de la inversión, el crecimiento y el progreso general como principios básicos de la Constitución Económica. La Corte reconoce que la ausencia de limitación de riesgos conduciría a la paralización del mercado público de valores y, por ende, afectaría gravemente la obtención de los beneficios de la economía mundial de producción. Así mismo, La Corte establece que el hecho de obstruir el desarrollo de la empresa mercantil mediante la desaparición de la teoría del riesgo limitado, se convertiría en una medida regresiva para el incremento de las tasas de empleo y para el aumento por vía impositiva de los recursos fiscales del Estado, los cuales se consideran herramienta indispensable para atender los gastos de inversión social que demanda la Constitución. Este pronunciamiento de la Corte es equilibrado, pues así como reconoce los derechos de los trabajadores y su necesidad de protección, reconoce también el derecho de asociación y su importancia. Es de esperarse que luego de esta decisión, se cambie el curso que la jurisprudencia sobre esta materia había tomado vía tutela.

A manera de conclusión de este aparte podemos afirmar que el sustrato real de la personificación jurídica de la sociedad, que explica y justifica su razón de ser, consiste en el desarrollo conjunto de una actividad económica, organizada, real y lícita. Consideramos que la doctrina de perforación del velo corporativo es de gran utilidad para cuando se use la personificación de la sociedad para burlar la ley. La doctrina demuestra la búsqueda de un objetivo de justicia, por encima de la rigidez del formalismo.

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial que se ha hecho de preceptos como el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 o el artículo 36 del Código Sustantivo del trabajo, ha sido, como vimos, excesivamente amplia. La aplicación de la doctrina de perforamiento del velo corporativo debe darse sólo en

aquellos casos concretos en que se den cabalmente los presupuestos esenciales para su empleo, sin pretender extender tales presupuestos sin sujeción a la ley e irrespetando la garantía constitucional al debido proceso.

Es preciso resaltar que la limitación de responsabilidad propia de la sociedad anónima es un imperativo de este tipo societario. Con fallos como los de la Corte Constitucional, se hace un atentado gravísimo a la sociedad anónima. Atentado cuanto mas grave si tenemos en cuenta que la sociedad anónima es quizás la mas adecuada para la organización jurídica del gran empresario dada la magnitud del riesgo involucrado en las grandes empresas y la necesidad de obtener la vinculación y sustitución fácil de numerosos inversionistas mediante la suscripción y negociación de acciones, cuya adquisición y circulación en los mercados públicos de valores es condición necesaria para la creación y consolidación de un mercado de capitales.²¹⁶

La doctrina del levantamiento del velo corporativo es una herramienta útil, pero debe reconocerse su carácter excepcional y debe sentarse concienzudamente un criterio rector que permita su aplicación, de manera que se atenúe la inseguridad jurídica que se produce ante la carencia de tal regla.²¹⁷²¹⁸ Los tribunales no pueden prescindir de la forma de la persona jurídica salvo que haya sido empleada para fines reprobables. La desestimación de la forma de la persona jurídica debe quedar limitada a casos concretos, verdaderamente excepcionales y ciñéndose a lo dispuesto en el régimen jurídico, pues el daño que resulta de no respetar las instituciones de derecho es muy grave.

Cfr. Posición del Superintendente de Sociedades citado en Reyes Villamizar, Francisco. Un nuevo atentado contra la sociedad anónima. Artículo publicado en *Ambito Jurídico*. Mayo 2002

²¹⁷ Cfr. LOPEZ, Marcelo Y CESANO, Jose Daniel. El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Ediciones de palma. Buenos aires. 2000. pg 124

²¹⁸ "Aún quienes admiten la utilidad de la figura consideran que se muestra cada día como más importante la necesidad de definir las condiciones y límites en la aplicación de la técnica de levantamiento del velo, para no hacer de ella un instrumento que dé cabida a toda pretensión en la cual la existencia de una persona jurídica sea simplemente "molesta " o "incómoda" para los intereses de una de las partes en conflicto." (Cfr. LOPEZ, Marcelo Y CESANO, Jose Daniel. El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2000. pg 124).

XV

ANÁLISIS FUNCIONALISTA DE OTRAS FIGURAS DEL DERECHO COLOMBIANO POR MEDIO DE LAS CUALES SE PODRÍA CONSEGUIR EL MISMO FIN PERSEGUIDO POR EL LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

Es preciso analizar cuidadosamente y desde el funcionalismo, qué instituciones jurídicas de nuestro derecho podrían permitir a un juez colombiano descorrer el velo societario en casos no previstos en la ley. El análisis se hace con miras a establecer si hay alguna institución existente en nuestra legislación que consagre los mismos efectos jurídicos que prevé la doctrina del levantamiento del velo corporativo en Estados Unidos, y que por ende sirva como herramienta para cumplir la misma función que cumple ésta institución, lo cual haría que el transplante de ésta figura con el alcance que tiene en los Estados Unidos fuese innecesario.

Entre las instituciones del derecho que podrían servir como herramienta para lograr cumplir la misma función que la doctrina del levantamiento del velo corporativo encontramos:

1. Teoría de la apariencia²¹⁹

El artículo 842 del Código de Comercio consagra:

“Quien de motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa”.²²⁰

Las consecuencias jurídicas que acarrea la teoría de la apariencia se desprenden de la creencia de quienes han extraído las conclusiones usuales de una situación de hecho notoria y perceptible. Al respecto la doctrina señala: “Los terceros de buena fe son protegidos no obstante haber creído erróneamente, pues la

²¹⁹ Cfr. VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden Societario. | Librería Señal Editora Principal. Bogotá. 2002. pg 366

²²⁰ La jurisprudencia en el campo de la apariencia ha exigido reiteradamente la demostración de un error común e inevitable, un error que hasta los hombres más prudentes y avisados habrían cometido. (Cfr. SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. Editorial Legis. Bogotá. 2003. pg 113.

ley les permite escapar a las consecuencias de la verdadera situación jurídica una vez descubierta. Respecto de dichos terceros la ley permite que las cosas se miren como si fueran ciertas, esto es, como si el derecho aparente fuera real. Puede afirmarse que su creencia (así sea equivocada) reemplaza la existencia del derecho. Esta conclusión tiene una señalada importancia jurídica, pues al tiempo que le reconoce efectos al derecho aparente, impide que del derecho verdadero se desprendan todas las consecuencias jurídicas que normalmente éste produce.”²²¹

Esta teoría de la apariencia, en algunos casos puede cumplir la misma función que la doctrina del levantamiento del velo corporativo. Este es el caso de aquellos grupos de sociedades, vinculadas o no, en los que las compañías disponen de los activos de sus filiales, comparten su personal directivo, disponen de sus dineros, efectúan entre sí traslados de funcionarios, en suma, dan la apariencia de constituir entre la matriz y sus filiales una sola unidad. En aplicación del artículo 842, en estos casos se llegaría al mismo resultado que con la figura del levantamiento del velo corporativo, pues la matriz quedaría obligada ante terceros de buena fe exenta de culpa.

2. Abuso del derecho²²²

Josserand expresó sobre el abuso del derecho:

*“Los derechos son prerrogativas causadas en su origen y por consiguiente limitadas en su existencia; no podrían ejercerse con fin distinto de aquél para el cual los ha reconocido el legislador”.*²²³ Mas adelante a propósito del subarriendo afirmó: *“El derecho debe ser ejercido socialmente, en consonancia con su finalidad”.*

El artículo 830 del Código de Comercio establece: “El que abuse de un derecho está obligado a indemnizar los perjuicios que cause.” Veamos qué se ha dicho sobre la institución:

“(…)los derechos subjetivos, valores sociales, productos sociales, concebidos por la sociedad, no son atribuidos abstractamente y para que usemos de ellos discrecionalmente ad nutum; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su misión que cumplir; cada uno de ellos está animado de cierto espíritu que no puede su titular desconocer o disfrazar; cuando los ejercemos debemos

²²¹ SUESCUN MELO Jorge. Op Cit. pg 99.

²²² Cfr. VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Op. Cit. Pg 367.

²²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá., marzo 24 de 1939. Magistrado ponente: Dr Ricardo Hinestroza Daza.

con este espíritu y permanecer en la línea de la institución; sin lo cual apartaríamos el derecho de su destino, haríamos mal uso de él, abusaríamos cometeríamos una culpa que comprometería nuestra responsabilidad (...)”

“(..) Este es el postulado de la relatividad de los derechos, fundamento del abuso de los derechos: todo desvío de la función social de los derechos, toda utilización de los mismos para fines contrarios a los de la comunidad es ilícita. Por consiguiente, aun cuando un acto facultativo no se halle expresamente prohibido, no siempre su ejercicio es permitido ni garantizado por el derecho.”²²⁴

En la jurisprudencia colombiana, a partir de 1935, la Corte Suprema de Justicia ha aceptado la teoría de abuso del derecho como aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, sosteniendo la relatividad de todos los derechos subjetivos y la posibilidad de incurrir en responsabilidad civil cuando se abusa de ellos. La Corte afirma que la teoría tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de justicia. La Corte sostiene que la teoría del abuso del derecho se debe fundamentar en los principios de justicia y equidad. En fallos posteriores, la Corte establece que un elemento esencial de la responsabilidad por abuso del derecho es la culpa. Es pues necesario que el perjuicio causado con motivo del ejercicio abusivo de un derecho sea producto de una actividad dolosa o culposa del titular, es decir, el elemento subjetivo de la responsabilidad por abuso del derecho es esencial.

En ese sentido, la Corte toma posición en un debate que se ha dado en torno a esa figura. Una posición afirma que sin el elemento subjetivo no se configura abuso del derecho, es decir, para que se configure el abuso del derecho es preciso que se realice un acto que se desvíe de la finalidad social del derecho del titular, de forma dolosa o culposa. La otra posición niega que el elemento subjetivo sea esencial a la figura de abuso del derecho. Sostiene que se configura el abuso del derecho cuando el sujeto ejerce el derecho del cual es titular apartándolo de la finalidad social de éste, sin necesidad de que la desviación provenga de dolo o culpa.

También se ha planteado si el uso de un derecho, dentro de su normalidad objetiva, pero sin fin lícito o con fin malicioso, deberá ser protegido por el derecho objetivo. Este problema se trata de resolver con la doctrina

²²⁴ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Ediciones Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. 1996. Pg 38.

del abuso del derecho.²²⁵ Una de las soluciones consiste en afirmar que la intención de perjudicar al ejercerse el derecho configura un abuso de éste. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano subjetivo y juzgan abusivo el ejercicio de un derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño. La segunda solución se funda en la falta de interés serio y legítimo y el apartamiento del fin económico y social para concluir que en este caso se da un ejercicio anormal del derecho. En síntesis, en los casos en que se da intención de dañar o falta de un fin útil en el ejercicio de un derecho, se configura un abuso del derecho aunque el derecho se haya ejercido dentro de su normalidad objetiva.

Para los efectos de nuestro análisis, podemos afirmar que, cuando se abusa de la personalidad jurídica de la sociedad y de la consecuente limitación de responsabilidad en cabeza de los socios, se puede demandar con fundamento en el abuso del derecho a constituir sociedades para que la responsabilidad limitada se haga inoponible en el caso concreto. Lo anterior por cuanto en las sociedades limitadas y anónimas y en las comanditarias (excepto los gestores) los asociados tienen el derecho a la limitación de la responsabilidad pero tal derecho no tiene un carácter absoluto. Por ende, cuando un socio ejerce su prerrogativa de manera irregular, mediante la realización de maniobras que colocan a la sociedad o a una de sus subordinadas en imposibilidad de cumplir sus obligaciones frente a sus acreedores, dicho socio lleva a cabo una conducta abusiva cuyo efecto jurídico implica que éste pierda la garantía legal de la limitación de su responsabilidad.²²⁶

Vemos cómo ambas instituciones, el levantamiento del velo corporativo y la teoría del abuso del derecho, pueden cumplir la misma función, logrando ambas que quien abusó de sus derechos responda por los perjuicios que irroga a tercero. Sin embargo, en la práctica, en Colombia históricamente los jueces han sido muy conservadores en la aplicación de la figura del abuso del derecho, y es muy difícil lograr la declaración de abuso del derecho en sede judicial.

3. Fraude a la ley²²⁷

El fraude a la ley consiste en la violación de la ley a través de su aplicación indebida y maliciosa; se actúa con apariencia de legalidad, pero en realidad se infringe la ley para efectos de sacarle un provecho

²²⁵ Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-51821, 06 de octubre de 2004.

²²⁶ Cfr. GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Grandes temas del Derecho Comercial Moderno. Cámara de Comercio de Medellín, Colegio de Abogados de Medellín, editorial Dike, edición 1993

²²⁷ Ibidem. Pg 370

personal.²²⁸ La violación a la ley puede darse de manera directa o indirecta. En el primer caso se infringe directamente la norma; en el segundo caso se utiliza una norma para la violación de otra. Resultaría incompleto un orden jurídico que se limitara a prohibir la violación directa a la ley y no permitiera a los jueces hacer una interpretación del resultado total de una serie de operaciones jurídicas para analizar si se ha violado o no en forma indirecta la ley.²²⁹ En el fraude, generalmente los medios empleados son lícitos, el medio incluso puede ser una norma jurídica, pero el fin buscado es ilícito. “El negocio fraudulento se realiza apoyándose o sirviéndose de una norma, denominada ley de cobertura, por medio de la cual se viola otra norma, llamada ley defraudada”.²³⁰ Las disposiciones normativas en las que se consagra el fraude a la ley son, entre otras: artículo 8 de la ley 153 de 1887, artículos 16 y 1603 del Código Civil y 863 del Código de Comercio.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“El fraude es una maquinación engañosa para causar perjuicios a terceros, y tiende a frustrar la ley o los derechos que de ella se derivan. Está formado por un elemento antecedente, que es el engaño como medio de llegar al fraude, que es el fin u objeto a que da base el engaño. Engaño y fraude no son sinónimos puesto que el primero es sólo la falta de verdad en lo que se dice, se cree o se piensa. Lo que sucede es que en el fraude el concepto de engaño va unido, como atributo que le pertenece por esencia...”²³¹

La sanción de fraude a la ley consiste en invalidar los medios que se emplearon para cometer el fraude, así como el resultado final obtenido. En los casos de fraude a la ley, un juez de la República podría ordenar el levantamiento del velo corporativo para reparar el perjuicio.

4. Nulidad proveniente de causa ilícita²³²

²²⁸ Cfr. Superintendencia de sociedades. Concepto 36566

²²⁹ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1990. pg 82.

²³⁰ MOSSET ITURRASPE. Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios. Citado en VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Op. Cit. Pg 371

²³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Santafé de Bogotá d.c, dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1.995). Referencia: Expediente 4655

²³² Es pertinente destacar que el allanamiento de la personalidad jurídica, por el cual se logra penetrar hasta las personas que se encuentran encubiertas por el velo societario, puede ser el resultado de una acción de simulación absoluta de la sociedad o de nulidad por objeto ilícito, en cuyo caso es viable desde el punto de vista legal hablar de desestimación absoluta, o bien puede llegarse al desconocimiento de la personalidad cuando el resultado de la acción intentada sea la inoponibilidad respecto de un determinado acreedor, eventualmente se estaría frente a una desestimación parcial.

El fraude a la ley y la institución de la causa ilícita están directamente relacionados por cuanto un negocio jurídico que se celebra con el propósito y el fin último de burlar la ley, de defraudarla, es un negocio jurídico cuya causa es ilícita. Por ende, otra de las instituciones que puede ser útil cuando se defraude la ley y se busque descorrer el velo corporativo en responsabilidad contractual, es la causa ilícita.

Recordemos que el cuarto elemento exigido por el artículo 1502 del C.C para la validez de toda obligación contractual es la causa lícita. Por otra parte, el artículo 1524, inciso 1 del mismo Código, reitera que “no puede haber obligación sin una causa real y lícita”, aunque no es necesario expresarla en el contrato. Nos atenemos en este análisis a la noción moderna de causa impulsiva o determinante, la cual encuentra bases suficientes en el num. 2 del mismo art. 1524, cuando establece que “se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.”

La causa ilícita puede viciar de nulidad un determinado contrato, o la totalidad del contrato social. En materia societaria, el artículo 104 del Código de Comercio establece que habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.

5. La acción de simulación²³³

La simulación puede ser absoluta o relativa. En la absoluta las partes simulan un negocio, defraudatorio, que no existe, por cuanto carece de los elementos esenciales del acto. En la simulación relativa existe un acto que es disimulado bajo la apariencia de otro acto externo. Quien demanda un acto por simulación relativa, pretende que se haga caso omiso del acto aparente y se deje vigente el acto oculto.

El artículo 1766 establece el siguiente régimen: El acto oculto tiene plenos efectos entre las partes contratantes, pero es inoponible frente a terceros si los perjudica. De beneficiarlos, es oponible a los terceros, si estos así lo eligen. Si hay varios terceros afectados por el acto, y a unos los perjudica y a otros los beneficia, el acto es inoponible para todos los terceros.

Sobre la simulación en materia societaria la Superintendencia de Sociedades ha dicho:

²³³ Cfr. VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Op. Cit. Pg 371

“La simulación, en cambio, no ha sido objeto de regulación expresa en materia societaria, de manera que en cada caso es necesario establecer si la constitución de una sociedad (...) es real o simulada, o si se presenta la simulación con ocasión del funcionamiento de una sociedad legalmente constituida, verificación que correspondería a un juez civil en desarrollo de un proceso ordinario, y en el cual tendría que demostrarse el carácter “ficticio” o de “fachada”, es decir, irreal o simulado de la celebración o la ejecución del respectivo contrato social. Y aunque la simulación en sí misma no es ilícita, perfectamente un acto simulado puede ser, además, fraudulento o abusivo, o darse además la ilicitud de la causa o del objeto de la sociedad disimulada, es decir, de la sociedad real, mediante la simulación absoluta o relativa de una sociedad “de fachada” o “ficticia” aparentemente real y lícita, pero que sirva de máscara para una actividad o un móvil contrario a la ley o al orden público. Todo ello en atención a que el reconocimiento legislativo de la sociedad sólo se explica en atención a una actividad económica organizada real y lícita que pueda ser canalizada a través de dicho mecanismo contractual.

Los alcances de la declaratoria judicial de la simulación de un acto o contrato dependen en cada caso de si se trata de actos absoluta o relativamente nulos, así como de si la declaratoria se pronuncia respecto de socios o de terceros, y en este último evento es necesario determinar si se trata de terceros de buena fe, teniendo en cuenta los criterios señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Con ocasión de una simulación puede ocurrir que una sociedad real sea utilizada como persona interpuesta, como “fachada”, testaferro o interpuesta persona, situación en atención a la cual debe tenerse en cuenta que la Corte ha expresado que “Como en todos los tipos de simulación, en la interpuesta- o interpósita- persona se requiere de un acuerdo simulatorio. Sólo que en ésta, el acuerdo tiene, asimismo, que comprender al testaferro, pues justamente la cuestión reside en definir la función que a éste le compete desempeñar dentro de ese concierto . En el anterior orden de ideas, el papel del testaferro en el ámbito propio del negocio no puede ir más allá de encubrir u ocultar al sujeto que, con la otra parte, ha ajustado el negocio, y respecto del cual los efectos del mismo están verdaderamente llamados a producirse. Por lo mismo, en frente de esa otra parte el testaferro no contrae ninguna obligación, ni adquiere ningún derecho, desde luego, en la medida en que se deje al margen el problema de los terceros de buena fe que pueden ver en él al verdadero titular de un poder jurídico. Además, la aludida apreciación no excluye que con la parte a la que sirva de pantalla quede obligado a restituir el derecho en el momento en que se lo exija, si es que el desarrollo del acto simulado ha quedado detenido en el testaferro. La simulación por interpuesta persona, al

igual que cualquiera de los otros tipos de simulación, debe ser la expresión de una determinada causa simulandi, entendiendo por tal el motivo, el propósito, la finalidad de las partes para encubrir o disimular el acto realmente querido. Aun cuando de modo general se juzga que la prueba de la causa simulandi no constituye un requisito sine qua non para dar por establecida la simulación, se dice también, con toda lógica, que la misma sí es un valioso instrumento para arrojar luz sobre lo que de manera cierta hubiere acordado las partes". (CSJ, Cas. Civil, Sent. Mar 12/92. M.P. Héctor Marín Naranjo).

En ciertos casos en que el acto de la sociedad busque defraudar a terceros, o busque eludir por medio de la simulación normas imperativas o desconocer obligaciones contractuales, se podrá descorrer el velo societario por medio de la acción de simulación, en la que el juez declare que se hará prevalecer la situación real disimulada. Un ejemplo que se presenta con cierta frecuencia es la constitución de una sociedad familiar por parte de varios hermanos legítimos. Los padres venden a esa sociedad la totalidad de sus bienes en aras de organizar anticipadamente su herencia, pero excluyendo de la sociedad a un hijo ilegítimo al que se le quiere privar de su participación en el patrimonio familiar.²³⁴ Podría sostenerse que se trata de una sociedad simulada donde el elemento de *animus societatis* es tan sólo aparente, dado que los socios realmente no están interesados en estar en sociedad sino en tomar posesión de la herencia excluyendo a uno de los hijos. Este es un caso en el que por medio de la acción de simulación se logra el mismo efecto que se obtendría de la aplicación de la institución del descorrimiento del velo corporativo, pues con ambas instituciones se logra alcanzar las personas e intereses ocultos tras la sociedad.

6. Fraude Pauliano

El fraude pauliano no puede ser fuente de derechos para quien en él incurre.²³⁵ El fraude pauliano es un concepto que consiste en el conocimiento que se tenga, y que el deudor debe tener, del mal estado de sus negocios, pese al cual celebra el acto que lo coloca en imposibilidad de pagar sus deudas. En otras palabras: la mala fe del deudor, que se sanciona con la acción pauliana, es la que se ofrece cuando dicho deudor celebra un acto que defrauda la confianza en él depositada por sus acreedores, quienes al otorgársela contaban con que él no abusaría de la libre administración de sus bienes hasta el punto de realizar, a

²³⁴ GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Grandes temas del Derecho Comercial Moderno.

²³⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá., marzo 24 de 1939. Magistrado ponente: Dr Ricardo Hinestroza Daza.

sabiendas, actos que lo condujeran a la insolvencia. Así, al tenor del artículo 2491 del Código Civil, la mala fe constitutiva del fraude pauliano consiste en el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor. Es importante resaltar que el fraude sólo es uno de los elementos de fraude pauliano y se entiende de una forma muy especial para estos efectos: *consilium fraudis*. Entiéndese por *consilium fraudis* la connivencia o confabulación entre el deudor y los terceros que participan, a sabiendas, en actos o contratos que producen o aumentan la insolvencia de aquel con perjuicio de sus acreedores.²³⁶

Este concepto del fraude pauliano conduce a que la acción no proceda cuando al deudor no le sea imputable la mala fe, aunque haya incurrido en negligencia o descuido en la libre administración de sus bienes.²³⁷

¿Existen algunas instituciones del Código Civil y del Código de Comercio que podrían considerarse como funcionalmente equivalentes a la doctrina del levantamiento del velo corporativo tal y como se concibe en el derecho de los Estados Unidos?

Aunque en Colombia existen instituciones que tienen como finalidad evitar el fraude, el abuso del derecho y las actuaciones injustas que vayan en detrimento de la ley o de terceros y estas instituciones podrían ofrecer soluciones a los problemas que la teoría del levantamiento del velo corporativo trata de enfrentar, el gran problema que encontramos consiste en que, dado que las normas no prevén expresamente la desestimación de la personalidad jurídica, su aplicación, en caso de ser viable, estaría supeditada a la voluntad del juez y a si el juez considera que esas instituciones recién analizadas pueden interpretarse de manera que quepa aplicar la figura del levantamiento del velo corporativo.

¿Nuestro régimen jurídico soluciona los problemas que en derecho estadounidense se solucionan por medio del levantamiento del velo corporativo?

Como vimos, Colombia carece de un precepto general dotado de la flexibilidad hermenéutica necesaria para abarcar dentro de un enunciado, los diversos supuestos fácticos con que se manifiesta la figura en la realidad contemporánea. Los casos que la ley prevé que permiten la aplicación de la figura son casos muy específicos.

²³⁶ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Octava edición. 2005. Pg 170.

²³⁷ Cfr. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las Obligaciones. Editorial Temis. Sexta Edición. Pg 168.

Así, las causales por las que se aplica la doctrina en Estados Unidos cobijan una serie de situaciones y suplen una serie de necesidades sociales que nuestro régimen jurídico no contempla y las cuales analizamos en el capítulo XIII.

XVI

PROPUESTA DE REFORMA DEL DERECHO

Consideramos que la doctrina del *piercing the corporate veil* es de gran eficacia y alcance para impedir los fraudes y el abuso. Hay una serie de situaciones en las que sería deseable poder descorrer el velo corporativo en nuestro régimen. No obstante, dado que en nuestra legislación no existe un precepto normativo que establezca la posibilidad de levantar el velo corporativo en general, sino previsiones normativas muy puntuales, si la situación fáctica no cabe dentro de ninguna de las hipótesis de las normas que estudiamos que prevén el levantamiento del velo corporativo, es difícil aplicar esta figura. A pesar de que, como vimos desde un análisis funcionalista, hay instituciones jurídicas que podrían permitir a un juez colombiano descorrer el velo societario en casos no previstos en la ley, estas instituciones no son suficientes para aplicar la figura puesto que, dado que las normas no prevén expresamente la desestimación de la personalidad jurídica de manera genérica, la aplicación de la figura se supedita a la voluntad del juez y a si el juez considera que esas instituciones pueden interpretarse de manera que quepa aplicar la figura del levantamiento del velo corporativo.

A manera de conclusión, consideramos que es necesario que se introduzca en nuestro ordenamiento jurídico una norma que consagre expresamente la teoría de la desestimación de la personalidad jurídica. Este precepto legal haría obligatoria la aplicación de la figura por parte de los jueces, y daría seguridad jurídica porque permitiría que el régimen de la figura se delimitara de manera clara, para saber en qué casos es aplicable y en qué casos no lo es. Además, proponemos que las causales del régimen de los Estados Unidos por las que se puede levantar el velo corporativo sean transplantadas a nuestro país y sean incluidas en la legislación a título enunciativo, para efectos de lograr que la figura del levantamiento del velo corporativo adquiera el grado de certeza y predictibilidad que el mundo de los negocios de hoy requiere.

Queremos reiterar que se trata de una figura que es preciso aplicar con medida y ponderación, pues es una medida grave y excepcional y no puede aplicarse cuando simplemente la personalidad jurídica societaria resulte “incómoda” para los intereses de una de las partes en conflicto. Debe ser aplicada cuidadosamente, sólo en aquellos casos en que se den cabalmente los presupuestos esenciales para su empleo.

“El simple perjuicio de terceros en razón de la limitación de responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales nunca será, por sí solo, fundamento para la

desestimación. Sin un elemento subjetivo, intencional, destinado a ocultar la ilicitud detrás de la persona jurídica, no hay cómo superar la autonomía patrimonial que la caracteriza. Si no hay fraude o abuso del derecho, la personalidad de la sociedad, asociación o fundación debe ser ampliamente respetada.”²³⁸

La propuesta normativa que hacemos en este capítulo busca:

1. Que la figura se prevea en nuestra legislación de manera general y exista un criterio rector claro para la aplicación de ésta.
2. Que se modifique el párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, de manera que se restrinja la interpretación que de este precepto ha venido haciendo la Corte Constitucional y que analizamos detenidamente en el capítulo -----.

Teniendo lo anterior en cuenta, las normas que proponemos que se incorpore a nuestro régimen comercial sería del siguiente tenor²³⁹:

1. Desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad

La actuación de la sociedad que constituya un abuso del derecho, un mero recurso para violar la ley, para frustrar derechos de terceros o evadir fraudulentamente las obligaciones legales de los socios, se imputará directamente a los socios, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados, siendo inoponible la personalidad jurídica.

La personalidad jurídica de la sociedad será desestimada cuando, por ejemplo:

1. La sociedad se ha usado como instrumento o como *alter ego* de los accionistas o de algunos de ellos. Se requerirá la prueba de los siguientes elementos:

²³⁸ ULHOA COHELO, Fabio. A desconsideracao da personalidade juridica. Citado en: LOPEZ MESA, Marcelo y CESANO Jose Daniel. El Abuso de la Personalidad jurídica de las Sociedades Comerciales. Ediciones de Palma. Buenos Aires. 2000. pg 121.

²³⁹ Proponemos que el texto que establezca la figura del levantamiento del velo corporativo sea muy preciso, de manera que el intérprete sepa con claridad en qué casos puede aplicar la figura.

- a. Que el demandado posee control de las finanzas, las políticas y las prácticas empresariales de la sociedad con respecto a la transacción demandada, de manera que la sociedad, con respecto a esta transacción, no tenía en el momento una existencia separada de aquella de la controlante.
 - b. Que el control fue usado por el demandante para defraudar a terceros, para violar un deber legal, o cometer un acto deshonesto o injusto en contra de los derechos del demandante.
 - c. Que existe un nexo causal entre el control y el incumplimiento de un deber legal por un lado y el daño causado al tercero por el otro.
2. La sociedad viole las formalidades legales y estatutarias. El juez analizará si la sociedad ha seguido formalidades tales como emisión de acciones, elección de administradores, celebración de Asambleas de accionistas, llevar actas de la sociedad, etc. Cuando estas formalidades no se cumplan, se levantará el velo corporativo basándose en que los accionistas han usado la sociedad como su “alter ego”, como conducto para desarrollar sus asuntos personales.
3. Cuando las sociedades operan con un elevado grado de comunicación entre sus patrimonios sociales, que da lugar a una confusión patrimonial entre ellas, es decir, a la existencia de una caja única. El juez podrá afirmar que se presentó una confusión de activos y negocios que permite desestimar la personalidad jurídica de la sociedad si se defrauda a terceros, en casos tales como:
- a) Cuando la sociedad subordinada se utilice como instrumento para realizar negocios en condiciones perjudiciales para ésta. Se trata de transacciones entre matriz y subordinada que no se realizan en condiciones de mercado.
 - b) Cuando la sociedad subordinada es sistemáticamente representada como parte de la matriz, es decir, como una división de ésta y no como una entidad separada.
 - c) Cuando la subsidiaria y la matriz operan esencialmente las mismas partes del negocio integrado, y la subordinada esté indebidamente capitalizada.
 - d) Cuando no exista una delineación clara y consistente de cuales transacciones son de la matriz y qué transacciones están en cabeza de la sociedad subordinada.
 - e) Cuando transacciones tales como los préstamos entre matriz y subordinadas no se registren de manera adecuada, cuando los administradores comunes al actuar ante terceros no especifiquen a qué sociedad

representan, cuando cada sociedad no lleve libros separados o se pruebe cualquier acto de la matriz que de a entender que ésta no reconoce que la filial es un ente independiente.

4. Una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán, a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria.²⁴⁰

Parágrafo uno: La indebida capitalización de la sociedad, entendida como la insuficiente dotación a la sociedad de los recursos patrimoniales necesarios para realizar su objeto social, constituirá indicio grave de que la sociedad se ha utilizado en fraude a terceros.

Parágrafo dos: Cuando en situación de concordato o de liquidación obligatoria la sociedad controlante sea acreedora del pasivo externo de la filial, el crédito suministrado por la sociedad controlante a la filial se postergará hasta el último lugar y el pago de estas obligaciones a favor de los socios dependerá de la satisfacción completa de las obligaciones con terceros, de probarse que la matriz actuó fraudulentamente.

2. Modificación al parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995

Artículo 148. ACUMULACION PROCESAL.

Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.

PARAGRAFO. 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

²⁴⁰ Cfr. Argentina. Ley 21297, artículo 31.

sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.

En aplicación de este párrafo, no podrá desestimarse la personalidad jurídica de una sociedad filial para alcanzar a su matriz y hacerla responsable transitoriamente de la satisfacción del pasivo pensional o de otro tipo de la filial, sin que se haya resuelto por la justicia ordinaria el proceso correspondiente, en el que se le otorgue a la matriz la oportunidad procesal de desvirtuar la presunción prevista en el presente párrafo.

CONCLUSIONES

A nivel teórico, este estudio se esfuerza por insertar el derecho societario colombiano en debates más amplios de globalización del derecho y de conveniencia o no de los trasplantes jurídicos. Ya vimos en el capítulo XI, que los trasplantes jurídicos son una herramienta sumamente valiosa en la reforma del derecho. Para nosotros tiene sentido implementar una norma jurídica de un sistema en otro sistema jurídico, siempre y cuando existan problemas sociales similares y la norma sea adaptada a las especificidades del país receptor. Es desde esta perspectiva que el funcionalismo resulta ser el método comparativo más útil en la tarea de llevar a cabo un trasplante exitoso. La utilidad y valor de los ejercicios de derecho comparado depende de la habilidad que tenga el comparatista para plantear en términos funcionales el problema que se aspira a resolver y detectar cómo se enfrenta el problema en los sistemas jurídicos bajo estudio.

A nivel práctico, el presente estudio reta el derecho colombiano desde el derecho comparado para, a través del análisis, evaluación y crítica del status quo de parte de nuestro derecho societario, realizar una propuesta de reforma del derecho que promueva el avance en la resolución óptima de los problemas sociales relacionados con el abuso de la limitación de la responsabilidad en derecho societario.

En el ejercicio de retar el derecho societario colombiano y usar el método comparativo para reformar el derecho, nos encontramos con la necesidad de realizar un trasplante legal para resolver el problema social que habíamos detectado y que nos llevó a escribir la presente tesis. Nos encontramos con que el trasplante de la figura del levantamiento del velo corporativo se hizo en la ley 222 de 1995 de manera parcial, resolviendo algunas situaciones pero dejando sin resolver otra serie de problemas. Por lo tanto, ha sido un trasplante parcialmente exitoso.

Proponemos entonces que se termine de trasplantar la figura del levantamiento del velo corporativo ampliando su espectro en el derecho colombiano. El trasplante que proponemos es un trasplante con

adaptaciones que se adecúe a las necesidades de nuestro país. Por ejemplo, proponemos adicionar el parágrafo del artículo 148 para efectos de lograr limitar los ejercicios hermenéuticos que la Corte Constitucional ha hecho alrededor de éste parágrafo en sentencias como la SU 1023 de 2001.

A manera de conclusión podemos afirmar que el principal argumento en pro de transplantar es para nosotros el argumento de la eficiencia. En el caso concreto del levantamiento del velo corporativo, ¿porqué reinventar la rueda cuando en otros sistemas jurídicos se han ideado soluciones para suplir determinadas necesidades del mundo corporativo? Con este fundamento, en el presente estudio se hizo un esfuerzo por analizar qué elementos de la doctrina del levantamiento del velo corporativo en derecho estadounidense podrían transplantarse exitosamente, con miras a contribuir a la evolución de nuestro derecho societario. El estudio del régimen estadounidense en ésta materia nos permitió obtener elementos muy valiosos para proponer una reforma del derecho en nuestro país que permita el avance en la resolución óptima de problemas sociales.

En cuanto al trasplante concreto de la figura del levantamiento del velo corporativo, a manera de conclusión podemos reiterar una serie de reflexiones que se han llevado a cabo a lo largo del presente escrito. En primer lugar, es preciso tener siempre en cuenta que el levantamiento del velo de la persona jurídica pone en peligro la razón de ser misma de la figura con todos los beneficios económicos que ella conlleva y por ende su aplicación debe ser absolutamente excepcional. La aplicación de la teoría de la penetración de la persona jurídica debe limitarse en general a situaciones en que a través del abuso de la forma de la personalidad se persiguen fines contrarios a la ley en sentido amplio, fines ilícitos o para obtener resultados contrarios a la justicia. La figura no puede pretender aplicarse simplemente cuando la limitación de responsabilidad de los socios resulte incómoda para sus acreedores.

Otra gran cuestión que nos planteamos es la de la justificación misma de transplantar la figura del levantamiento del velo, existiendo figuras como el abuso del derecho, el fraude a la ley, la simulación, entre otras. Algunos podrían considerar que el trasplante de esa figura es un exotismo innecesario teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento ofrece suficientes herramientas jurídicas para lograr soluciones como las que ofrece el levantamiento del velo. En este punto consideramos que, aunque en muchos casos los jueces podrían llegar a similar resultado aplicando instrumentos jurídicos que ya existen en nuestro ordenamiento, es importante contar con una institución específica plasmada legalmente, de manera que el resultado de

descorrer el velo no dependa de la discrecionalidad del juez y su opinión sobre la posibilidad de levantar el velo corporativo en aplicación de otras figuras generales del derecho civil.

BIBLIOGRAFÍA

ABBOT, Keith. Company Law. DP Publications Limited. Fourth Edition. London. 1990.

BAINBRIDGE, Stephen. Abolishing Veil Piercing. 26 Iowa journal of Corporation Law 479.

BERKOWITZ, Daniel. PISTOR, Katharina. RICHARD, Jean Francois. The Transplant Effect. 51 American Journal of Comparative Law 163.

BOLDO RODA, Carmen. Levantamiento del Velo y Persona Jurídica en el Derecho Privado Español. Aranzadi Editorial. Tercera Edición. Navarra. 2000

CLARK, Robert Charles. Corporate law. Little Brown and Company. New York, 1986.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. 19 de agosto de 1999. Radicación número 10641.

Consejo de Estado, (Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Cesar Hoyos Salazar , 17 de mayo de 2001, radicación 1346

Corte Constitucional. Sentencia C 510 de 1997. Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia T 014 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero

Corte Constitucional. SU 1023 de 2001. Magistrado Ponente: Jaime Cordoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia SU 636 de 2003. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentarúa

Corte Constitucional. Sentencia C-865/04. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá., marzo 24 de 1939. Magistrado Ponente: Ricardo Hinestroza Daza.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de enero 20 de 1993. Radicación 7138

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Santafé de Bogotá d.c., dieciséis (16) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1.995).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Radicación No 13939 de 10 de agosto de 2000. Magistrado Ponente: Fernando Vásquez Botero. Caso Coldeportes

CONSTANTINESCO, Leontin Jean. Tratado de Derecho Comparado. Volumen I. Biblioteca Tecnos. 1981. Madrid.

CHODOSH, Hiram. Comparing Comparisons. In Search of Methodology. 84 Iowa Law Review 1025. Iowa University. 1999

CUBILLOS GARZON, Camilo Enrique. Comentarios a las sentencias de la Corte Constitucional Nos SU 1023 de 2001 y SU 636-03. Revist@ e-mercatoria. Volumen 3, Número 2. 2004.

DAVID, Rene. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. Ediciones Aguilar. 1969

DAVID, Rene. Derecho Comparado y Método Comparativo. Ediciones Aguilar. 1969

DE ANGEL YAGUEZ Ricardo. La Doctrina del “Levantamiento del Velo” de la persona jurídica en la jurisprudencia. Editorial Civitas. Cuarta Edición. Madrid. 1997

DE ZOLA CAÑIZARES, Felipe. Iniciación al Derecho Comparado. Barcelona, Instituto de Derecho Comparado. 1954

DOBSON, Juan M. El abuso de la personalidad jurídica. Ediciones Dep galma. Buenos Aires. 1991

EWALD, William. Posner's Economic approach to Comparative Law. 33 Texas International Law Journal.381. 1998

Gaviria Gutiérrez, Enrique. Grandes temas del Derecho Comercial. Cámara de Comercio de Medellín, Colegio de Abogados de Medellín. Editorial Dike, Edición 1993

FAUNDEZ, J. Legal reform in Developing and Transition Countries. Making haste slowly. En www.worldbank.org

H.A SCHWARZ. Liebermann von Wahlendorff. Droit compare. Theorie Generale et Principes. Paris. 1978

HAMILTON, Robert. The Law of Corporations in a Nutshell. West Publishing Co. St Paul, Minnesota. Fourth edition. 1996.

GALGANO, Francesco. Derecho Comercial. Editorial Temis. Bogotá. 1999

GUTTERIDGE, H.C. El Derecho Comparado. Barcelona 1954. Artes gráficas Rafael Salva.

LINARES CANTILLO, Alejandro. Guías para el Curso Básico de Derecho comparado. Universidad de los Andes.2000

LOPEZ, Marcelo Y CESANO, Jose Daniel. El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 2000

LÓPEZ MEDINA, Juan Camilo. Derecho Comparado y televisión: anotaciones sobre el valor cultural del Derecho. Escrito sin publicar.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. Editorial Legis. Bogotá. 2004.

MILLER, Sandra. Piercing the Corporate Veil among affiliated companies in the European Community and in the US: A Comparative Analysis of Us German and UK Veil Piercing approaches. 36 American Business Law Journal 73. 1998.

ORUCU, Esin. Critical Comparative Law. En www.ejcl.org

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Sexta Edición.

REITZ, John. How to do comparative Law. The American Journal of Comparative Law. Volumen 46

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Sociedades Comerciales en Estados Unidos. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 1996.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Tomos I y II. Editorial Temis. Bogotá. 2002.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Homenaje póstumo. Ambito Jurídico. 12 al 25 de noviembre de 2001

REYES VILLAMIZAR, Francisco. Un Nuevo Atentado contra la sociedad Anónima. Ambito Jurídico. 13 al 26 de mayo de 2002.

RIVERO, Jean. Los Fenómenos de Imitación de Modelos Extranjeros en Derecho Administrativo. Traducción privada realizada por Gustavo Quintero Navas

SANÍN BERNAL, Ignacio. Los accionistas sí están en peligro. Ambito Jurídico. 11 al 24 de marzo de 2001

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de Responsabilidad Civil. Ediciones Ciencias Jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana. 1996.

SOLOMON, Lewis y PALMITER, Alan. Corporations. Little Brown and Company. New York. 1994.

SOTOMONOTE SOTOMONTE, Saul. La Jurisprudencia Constitucional y la Responsabilidad Societaria. En Congreso Internacional de Derecho Mercantil. Universidad Externado de Colombia y Cámara de Comercio de Bogotá. 2004

Superintendencia de Sociedades. Resolución No 125. 1025 del 27 de julio de 1999.

Superintendencia de Sociedades Resolución No. 3393 de diciembre 12 de 1997.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 100- 56079 del 16 de septiembre de 1998

Superintendencia de Sociedades. Resolución 125-119 del 26 de enero de 2001

Superintendencia de Sociedades. Concepto 220-51821, 06 de octubre de 2004.

Superintendencia de Sociedades. Oficio 22050924

Superintendencia de Sociedades. Oficio 22015430

Cfr. Superintendencia de sociedades. Concepto 36566

THOMPSON, ROBERT. Piercing the Corporate Veil, An Empirical Study. En Cornell Law Review, vol 76, Julio de 1991, pag 1036. Citado en Reyes, Francisco, Op. Cit. Tomo I.

TOSTO Gabriel, Algunas notas sobre la desestimación de la personalidad jurídica en la jurisprudencia laboral Argentina. Artículo en http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/articulos-algunas_notas_desestimacion.htm

TOVAR, Jaime. La ilegítima extensión de la responsabilidad en las sociedades de capital en derecho colombiano. Artículo del 17 de diciembre de 2004 publicado en www.portafolio.com.co.

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III. Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1990.

VAN HOECKE, Mark y WARRINGTON, Mark. Legal Cultures, legal Paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law: British Institute of International and Comparative law. 1998

VELASQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Orden Societario. Librería Señal Editora Principal. Bogotá. 2002.

VISSCHER, Louis y KERKMEESTER, Heico: Learned Hand in Europe: a Study in the Comparative Law and Economics of Negligence. En: <http://www.bepress.com/gwp>

VON MEHRER, Arthur. Centennial World Congress on Comparative Law: The Rise of Transnational legal Practice and the task of comparative law. Tulane University. 75 Tulane Law Review. 1215

WATSON, Alan. Legal Change: Sources of Law and legal Culture. University of Pennsylvania Law Review 1121. April 1983.

WATSON, Alan. Legal Transplants. An Approach to Comparative law. The University of Georgia Press. Second Edition. 1993

WATSON, Alan. Aspects of Reception of Law. 44 American Journal Of Comparative Law 335.

ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein. Introduction to Comparative Law. Third edition. Oxford. 1998