OFICIO 220-169966 DEL 05 DE SEPTIEMBRE DE 2016

Ref: DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Se recibió su escrito radicado con el No. 2016-01-398900, mediante el cual formula las siguientes consultas:

1. ¿Es factible levantar el velo corporativo de una sociedad que fue disuelta y liquidada? Es decir, ¿puede ordenarse judicialmente el levantamiento del velo corporativo de una sociedad mercantil que ya no existe?
2. ¿Es factible que en las pretensiones de una acción de desconocimiento de la personalidad jurídica se pida levantar el velo corporativo de sociedades diferentes a la deudora?

Aunque es sabido, no está demás precisar que con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por la Ley 1755 del 30 de junio de 2015, el derecho de petición en la modalidad de consulta tiene por objeto conocer un concepto u opinión general de la Superintendencia sobre las materias a su cargo, mas no está dirigido a resolver situaciones concretas, ni asesorar a los usuarios en los asuntos jurídicos de su interés particular, razón por la cual sus respuestas no tienen carácter vinculante ni compromete la responsabilidad de la Entidad.

Bajo ese presupuesto, antes que una respuesta puntual a sus interrogantes a titulo ilustrativo procede efectuar algunas consideraciones generales a partir de la doctrina y la jurisprudencia institucional, sin dejar de llamar la atención en que los antecedentes de la consulta parecen sugerir la existencia de un posible conflicto o controversia susceptible de ventilarse eventualmente ante esta Superintendencia, lo que obliga insistir que el presente concepto carece de efectos vinculantes.

Así en primer lugar se tiene que la figura del levantamiento del velo corporativo, conocido también como desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad, se presenta cuando la misma ha sido utilizada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

Conceptualmente es una herramienta legal que permite en un momento determinado, entrar a desconocer el carácter jurídico de la sociedad, cualquiera sea el tipo societario, como una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es decir, prescinde de los efectos propios de la existencia de la sociedad de cara a la limitación de la responsabilidad de los socios que la conforman.

En el entendido que el sistema legal colombiano, no consagra una norma que defina de manera taxativa las causales que darían origen al levantamiento del velo corporativo, se contemplan algunas situaciones en las cuales podría haber lugar a su ocurrencia. A ese propósito es oportuno traer a colación apartes del Oficio 220-011545 del 17 de Febrero de 2012 a través del cual este Despacho se ha expresado su concepto:

(...)

i) Como es sabido, según la doctrina y la jurisprudencia, el levantamiento al velo corporativo, es una medida indispensable para evitar que tras la figura de la persona jurídica societaria, se realicen conductas contrarias a derecho, y a los intereses de terceros, cuyos asociados y administradores que hubieren permitido o realizado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de los mismos y por los perjuicios que hayan causado a terceros.

ii) En las sociedades de capital, como la anónima y la de responsabilidad limitada, los socios o accionistas se obligan al pago de sus aportes societarios, pero, en principio, no serán responsables por las obligaciones contraídas por aquellas, ni por los actos ilícitos en que se vea envuelta la sociedad. Sin embargo, esa limitación de responsabilidad puede dar lugar a que se use la figura societaria de manera artificial o simulada, con el fin de escudarse en ese efecto.

Como se puede apreciar, en las sociedades de responsabilidad limitada y anónima, la ley ha estructurado, por así decirlo, un velo que protege a los socios y accionistas frente a las obligaciones de la sociedad, quien es una persona jurídica diferente de ellos, tal como lo prevé el inciso segundo del artículo 98 del Código de Comercio, al señalar que la sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

iii) Tratándose de los socios de sociedades colectivas y de los gestores de las sociedades en comandita se elimina el privilegio de la limitación de la responsabilidad, de tal manera que esos socios responderán con su propio patrimonio frente a las obligaciones sociales. Cuando los socios deciden crear una sociedad colectiva o en comandita entienden que por disposición de la ley, los colectivos o gestores no podrán ser protegidos por el velo corporativo.

iv) Respecto de las sociedades SAS, el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, consagra que “Cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude de la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán

solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

(...)

vii) Así las cosas, se puede concluir que el levantamiento del velo corporativo no es otra cosa que el desconocimiento de la limitación de la responsabilidad que tienen los socios o accionistas frente a la sociedad y terceros, al hacerlos responsables directos frente a las obligaciones de la persona jurídica. Con tal figura, se suprime el principal efecto de la personificación jurídica en la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, esto es, la limitación de los asociados en su responsabilidad hasta el valor de sus aportes, y se los hace responsables ilimitadamente, tal como sucede en las sociedades colectivas, en comandita simple y en las sociedades por acciones simplificadas SAS.

(...)"

A su turno, la Sentencia 801-075 del 27 de diciembre de 2013, en el proceso de Icobandas S.A. contra Industrias Metálicas G.A.G. Ltda en Liquidación, proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles, igualmente ilustra sobre el particular:

"(...)

debe traerse a colación lo expresado en la Sentencia 801-00015 del 15 de marzo de 2013, en la cual se realizó un detallado análisis acerca de la materia objeto de este proceso. En esa providencia se expresó que 'la desestimación de la personalidad jurídica tiene plena vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. Es claro, en este sentido, que la citada sanción tan sólo es procedente cuando se verifique el uso indebido de una persona jurídica societaria. Para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. **Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria.** Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario. (resaltado fuera de texto anónima y de responsabilidad limitada, esto es, la limitación de los asociados en su responsabilidad hasta el valor de sus aportes, y se los hace responsables ilimitadamente, tal como sucede en las sociedades colectivas, en comandita simple y en las sociedades por acciones simplificadas SAS. "

En fecha más reciente, la Sentencia 800-000055 del 16 de octubre de 2016 , proferida en el proceso de Finagro contra Mónica Colombia S.A.S y otros, por la Delegatura citada, indicó:

“(…)

1. La interposición y el abuso de las personas jurídicas societarias

(…)

Lo primero que debe decirse es que, en anteriores oportunidades, este Despacho ha abordado el estudio de los mecanismos disponibles para hacerle frente al abuso de las personas jurídicas societarias. Así, por ejemplo, en el Auto No. 801-017366 del 10 de diciembre de 2012, el Despacho se pronunció en los siguientes términos acerca del problema indicado: 'El mayor uso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad trajo consigo un correlativo incremento en el abuso de esta figura.

En lugar de proscribirla, se concluyó que, ante la importancia que revestía la sociedad de capital, era necesario desarrollar mecanismos de protección para hacerle frente a quienes se propusieran usarla de manera ilegítima.

(…)

En el auto citado se concluyó que 'una solución más idónea para contrarrestar el abuso [...] consiste en introducir medidas de fiscalización judicial que permitan controvertir *ex post* las actuaciones indebidas de los empresarios'. Esta alternativa tiene la ventaja de imponerles altos costos solamente a los sujetos que, con su conducta, desborden la finalidad para la cual fueron diseñados los tipos societarios. 14 Así, por ejemplo, mediante la denominada desestimación de la personalidad jurídica, las autoridades judiciales pueden hacerle extensiva, a los accionistas de una compañía, la responsabilidad por las obligaciones sociales insolutas, en hipótesis de fraude o abuso.¹⁵ Esta medida judicial ha encontrado su máxima expresión en la jurisprudencia estadounidense, en la que, por vía de un amplio acervo de antecedentes, se han establecido algunos presupuestos para determinar si debe imponerse la aludida sanción....”

(…)

En la hipótesis objeto de consulta, se advierten dos escenarios a saber:

El primero parte del presupuesto de una sociedad liquidada, cuyos acreedores insolutos requieren hacer uso del levantamiento del velo corporativo, a efectos que les sean canceladas sus acreencias y el segundo dice relación con la posibilidad

de levantar el velo corporativo, no solo de una sociedad liquidada, sino de otras, que años atrás fueron destinatarias de parte de los activos de aquélla.

Al respecto, es necesario aclarar que la insolvencia de un ente societario, no presume como premisa general la existencia de un acto defraudatorio a los acreedores sociales. En principio, la sociedad entra en un proceso liquidatorio, por encontrarse en cesación de pagos y, en buena parte de los casos, los activos no alcanzan para cubrir la totalidad de los pasivos, quedando entonces insolutas, en ocasiones, varias clases de acreedores.

En ese contexto, se reitera, no se advierte por parte de los socios de la compañía en liquidación una intención de burlar el pago, por ejemplo, de algunos o todos los acreedores sociales, pues existen circunstancias inherentes a la inestabilidad del mercado, que llevan a las compañías a tener que extinguirse jurídicamente.

Otro sería el caso en que los acreedores demuestren de manera fehaciente que la liquidación tuvo origen en un acto defraudatorio, situación en la cual, a juicio de esta oficina, sería dable considerar la posibilidad de solicitarle al Juez Mercantil el levantamiento del velo corporativo, toda vez que no habría razón para entender que si hay certeza plena de que los socios o accionistas hicieron uso indebido de la persona jurídica afectando a los acreedores sociales, se concluya que por el hecho de haberse extinguido la persona jurídica, cesó la responsabilidad de los socios o accionistas.

Lo anterior, obviamente sin perjuicio de las consideraciones que deban tenerse en cuenta en torno a la caducidad de la acción y a la contundencia de la prueba, por ejemplo.

En el segundo escenario, igualmente, resultaría procedente el levantamiento del velo corporativo, no solo de la sociedad que incurrió en los actos defraudatorios, sino de todas aquéllas que hayan concursado en ellos, caso en el cual, se deberá intentar la desestimación de la personalidad jurídica, de cada una de las sociedades individualmente consideradas, claro está, siempre y cuando se tengan las pruebas fehacientes que acrediten la defraudación.

Lo expuesto, cabe nuevamente observar, sin perjuicio de las consideraciones y la decisión que en últimas corresponde proferir al Juez Mercantil, atendiendo que el presente concepto no expresa más que unas someras aproximaciones al tema, que en nada vinculan a la entidad ni comprometen el criterio de aquél.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida con los efectos que fijan las disposiciones legales ya invocadas, no sin antes señalar que en la P. WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la

misma emite sobre las materias de su competencia, la Circular Básica Jurídica, como la Guía y la jurisprudencia proferida por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles.