

## OFICIO 220-059776 DEL 27 DE ABRIL DE 2018

### ASUNTO: POSIBILIDAD DE VINCULAR AL CONTROLANTE A UN PROCESO DE LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA, Y EL TRÁNSITO DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA AL DE LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

Aviso recibo de la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-099763, mediante la cual formula una consulta sobre el tema de la referencia, la que plantea los interrogantes siguientes:

- i) ¿es posible que en un proceso de liquidación voluntaria se pueda vincular a quien se encuentre registrado como controlante, para que este responda con su propio patrimonio?
- ii) ¿hay alguna forma de que una liquidación voluntaria se transforme en un proceso de liquidación judicial?
- iii) ¿cuál sería el trámite a seguir en caso de ser afirmativa esa respuesta?

Al respecto es pertinente efectuar algunas consideraciones previas de orden normativo y doctrinal que permiten contextualizar el tema:

En primer lugar, es sabido que en Colombia coexisten los procedimientos de y liquidación obligatoria y liquidación voluntaria, los cuales se rigen por disposiciones legales distintas. Esta última “es un procedimiento regulado en la ley, en forma imperativa, que persigue, mediante la realización de una cadena de actos complejos, la conclusión de las actividades pendientes al tiempo de la disolución, la realización de los activos sociales, el pago del pasivo externo, la repartición del remanente de dinero o bienes entre los asociados y la extinción de la persona jurídica-sociedad<sup>1</sup>”,

Es así que por regla general, las sociedades comerciales deben adelantar la liquidación voluntaria o privada de su patrimonio social, conforme a los artículos 225 y siguientes del Código de Comercio, en los que se establece entre otros que la misma se hará por un “liquidador especial, nombrado conforme a los estatutos”,

---

<sup>1</sup> Francisco Reyes Villamizar. Derecho Societario. Tomo II. Editorial Temis. 2017. Página 472.

salvo en las sociedades por cuotas o partes de interés en las que podrá hacerse “directamente por los asociados”. En este procedimiento el liquidador debe informar a los acreedores sociales el estado de liquidación en que se encuentra la sociedad, elaborar el inventario del patrimonio social, cobrar los créditos activos, enajenar los bienes, liquidar y cancelar las obligaciones respetando la prelación de

créditos, hacer la reserva para el pago de las obligaciones condicionales o litigiosas, distribuir el remanente entre los socios y presentar al máximo órgano social la cuenta final de liquidación, y que “los liquidadores son responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes”.

Por su parte, el proceso de liquidación judicial de las sociedades comerciales que se rige por los artículos 47 y siguientes de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006; se adelanta por parte de la Superintendencia de Sociedades, cuando se acredita alguna de las circunstancias expresamente consagradas, y supone la expedición de las providencias judiciales de apertura, de medidas cautelares, de graduación y calificación de créditos, y de adjudicación de bienes, entre otras.

Dentro del trámite judicial la mencionada ley prevé que “cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, 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 reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está 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. El juez del concurso conocerá, a solicitud de parte, de la presente acción, la cual se tramitará mediante proceso abreviado<sup>2</sup>. Esta acción tendrá una caducidad de cuatro (4) años”.

Posteriormente, la Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010 estableció que “la Superintendencia de Sociedades, en uso de funciones jurisdiccionales, conocerá de las acciones de responsabilidad contra socios y liquidadores según las normas legales vigentes. Dichas acciones se adelantarán en única instancia a través del procedimiento verbal sumario regulado en el Código de Procedimiento Civil”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Por disposición del artículo 368 del Código General del Proceso esta acción se tramita hoy por el procedimiento verbal.

<sup>3</sup> Artículo 28.

De los preceptos legales invocadas se infiere entre otros, que no es posible “vincular” directamente “a quien se encuentre registrado como controlante, para que éste responda con su propio patrimonio” por las obligaciones de la subordinada, pues en todo caso se requiere el adelantamiento de un proceso judicial a través de la formulación de una acción de responsabilidad subsidiaria contra la matriz ante esta Superintendencia, para que se declare su

responsabilidad en el estado de insolvencia de la subordinada, previa acreditación de los presupuestos del artículo 61 de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006<sup>4</sup>.

En torno al tema, este Despacho mediante Oficio 220-084534 del 24 de septiembre de 2012, citado en el Oficio 220-024904 del 08 de marzo de 2013, manifestó:

“Si bien es cierto, en los procesos jurisdiccionales que atienden la insolvencia societaria últimamente concebidos por el legislador, estos son, los de concordato y liquidación obligatoria y los de reorganización y liquidación judicial, se ha concebido la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz por el estado de insolvencia o liquidación de su subordinada o filial, (parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 y artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, respectivamente), dicha presunción, de origen legal, no se ha previsto en relación con el trámite de liquidación voluntaria contenido en el Código de Comercio. (s.f.t.)

Es así como, tanto el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, como el actual artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, indican que en los eventos en los cuales los activos de la subordinada sean insuficientes para satisfacer las acreencias del deudor dentro de un proceso de insolvencia, la matriz o controlante responderá subsidiariamente por las obligaciones insolutas, responsabilidad que, en ambos casos, debe ser declarada jurisdiccionalmente, dentro del cual la matriz, si es del caso, deberá demostrar que la insolvencia fue ocasionada por motivos o causas distintas a las decisiones que adoptó como controlante de la compañía insolvente.

Ahora, no obstante que la ley no extendió tal presunción a la liquidación voluntaria, es pertinente observar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 1429 de 2010, esta Superintendencia en ejercicio de funciones jurisdiccional, conocerá

---

<sup>4</sup> Los presupuestos de la acción de responsabilidad subsidiaria contra la matriz fueron desarrollados en el Oficio 220-188705 del 18 de agosto de 2017.

de las acciones de responsabilidad a que haya lugar, contra los socios, que bien pueden tener la calidad de controlantes, como del liquidador, con ocasión de dicho proceso liquidatorio.

Dicho artículo reza así: ‘ARTÍCULO 28 (...)’.

Así mismo, otra posibilidad de que sea reconocida por la vía jurisdiccional la responsabilidad de un sujeto controlante respecto de la insolvencia de su controlada, se encuentra en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, aplicable a

todas las sociedades sujetas a la supervisión de esta superintendencia por expresa remisión del artículo 252 de la Ley 1450 de 2011. Según dicha disposición, se entiende que un asociado (controlante o no) abusa de su derecho cuando ejerce el voto con el propósito de causar daño a la compañía o a otros asociados o de obtener para sí, o para un tercero, ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para otros asociados, quien deberá responder por los daños que ocasione, sin perjuicio que esta entidad pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada. En este caso, la Superintendencia de Sociedades resulta ser también la competente para adelantar el proceso jurisdiccional respectivo tendiente a declarar el abuso y, de resultar procedente, la nulidad de la decisión adoptada.

En este orden de ideas, los asociados que se encuentren en situaciones tal como la descrita en su consulta, cuentan con los mecanismos jurisdiccionales antes aludidos, que no resultan excluyentes entre sí, a través de los cuales puede perseguirse la declaratoria de las respectivas responsabilidades de socios y liquidadores en un proceso de liquidación voluntaria, así como la nulidad de decisiones adoptadas en abuso del derecho”.

En cuanto hace al tránsito de la liquidación voluntaria a la liquidación judicial es de resaltar que esta Superintendencia de tiempo atrás ha reiterado su criterio en el sentido de considera que en efecto es viable esa medida siempre y cuando se verifique alguna de las causales consagrada en el artículo 49 de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006.

Es así como en el Oficio 220-035003 del 16 de abril de 2013, la Entidad precisó:

“ii) A pesar de las diferencias existentes entre la liquidación privada y la liquidación judicial, y aun cuando eventualmente podrían coincidir algunas causales de liquidación voluntaria previstas en el artículo 218 del Código de Comercio, con los supuestos de procedibilidad para la liquidación judicial de que trata el artículo 49 de la Ley 1116 de 2006 (...), nada impide que, una vez disuelta y en estado de liquidación voluntaria una sociedad haga tránsito a una judicial, siempre y cuando se de alguno de los requisitos para acceder a la liquidación judicial, máximo que no existe prohibición legal para ello.

iii) De otra parte, es procedente traer a colación algunos apartes del pronunciamiento que la Superintendencia de Sociedades hiciera en torno a la liquidación obligatoria y privada, a través del Oficio 220-32435 del 8 de junio de 1998, con la advertencia de que el cambio de proceso ya no sería con base en la liquidación obligatoria sino judicial, toda vez que la Ley 1116 de 2006, derogó

expresamente el Título II de la Ley 222 referente al régimen de los procesos concursales (concordato y liquidación obligatoria):

"La liquidación privada de sociedades, como es el caso de la compañía que nos ocupa, difiere del procedimiento de liquidación obligatoria, al respecto el Doctor Francisco Reyes Villamizar, sostiene que 'El procedimiento de liquidación obligatoria, aunque semejante en muchos aspectos, no puede confundirse con el trámite de liquidación privada de sociedades, previsto en los artículos 218 y siguientes del Código de Comercio. En realidad, mientras que la liquidación obligatoria es un procedimiento concursal de alta connotación pública, propiciado por la crisis de la entidad deudora, el proceso liquidatorio regulado en el Código citado es un procedimiento iniciado voluntariamente por la compañía, en el que no participa, en general, ninguna instancia estatal' (Disolución y Liquidación de Sociedades, Ediciones Doctrina y Ley Bogotá, 1998, página 147).

Tenemos entonces que, si se examinan las disposiciones que regulan el proceso de liquidación obligatoria se tiene que no existe una regla que impida a una sociedad disuelta y en estado de liquidación acceder a una liquidación obligatoria. No obstante, es pertinente tener en cuenta que tal situación necesariamente incidirá en el proceso de liquidación obligatoria, así se tiene por ejemplo que la iniciación de este proceso no implicará como de ordinario sucede, la disolución de la compañía respectiva, pues ella ya se encontraba en dicho estado.

Igualmente, debemos resaltar que el trámite de liquidación voluntaria no ha sido concebido por el legislador como un mecanismo enderezado a solucionar los problemas derivados de una cesación en los pagos, sino que surge como consecuencia de la configuración de una cualquiera de las causales generales o específicas de disolución que establece el legislador. Así se tiene, a título meramente ilustrativo que la reducción del número mínimo de socios no tiene la connotación patrimonial de una cesación en los pagos y por tanto no se encuentra referida a la imposibilidad para atender las obligaciones a cargo de la compañía. Esta circunstancia que se comenta pone de presente la diferencia entre los dos mecanismos a los cuales nos hemos referido; no obstante que en ambos se persiga la atención de las obligaciones con la realización de los bienes, pues en un caso la misma es consecuencia de la imposibilidad de desarrollar nuevas operaciones y de la consecuente decisión de los socios de poner fin a la compañía y en otro constituye el objeto mismo del proceso.

Por lo expuesto, resulta lógico que la liquidación voluntaria no corresponda en estricto sentido a la categoría de concurso, razón por la cual la ley no ha establecido un término para que los acreedores de la compañía soliciten el reconocimiento del crédito del cual son titulares, así como tampoco ha previsto la

acumulación a la liquidación voluntaria de los procesos ejecutivos que se adelanten contra la compañía y por tanto, no ha consagrado la imposibilidad para adelantar procesos ejecutivos y decretar y practicar medidas cautelares sobre bienes del deudor.

De otra parte, la solicitud del liquidador referente a la apertura del trámite de liquidación obligatoria resulta consecuente con las reglas que establece el estatuto mercantil. En efecto, el artículo 222 del citado estatuto, establece que disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación, razón por la cual no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación, acepción esta en la cual se incluye la solicitud de liquidación obligatoria. Así las cosas, puede suceder que la liquidación no pueda adelantarse satisfactoriamente, por cuanto los bienes se encuentran embargados por un acreedor que no accede al levantamiento para facilitar su enajenación o que los mismos no pueden ser enajenados por cuanto el acreedor con garantía real no levanta el gravamen hasta tanto no se satisfaga su acreencia, pese a que existen acreedores de mejor privilegio y por lo tanto deban ser atendidos en primer lugar. En estos eventos, la apertura de la liquidación obligatoria se constituye en el mecanismo adecuado para culminar la liquidación y poner fin a la persona jurídica.

(...)

iv) Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1116 de 2006, estarán sometidas al régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación del mismo, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional, de carácter privado o mixto. Así mismo, estarán sometidos al régimen de insolvencia las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

v) En cuanto a la competencia para conocer de los procesos de insolvencia en sus dos modalidades: de reorganización y liquidación judicial, el artículo 6º prevé que ‘Conocerá, de tales procesos, como jueces del concurso, los siguientes:

1.- La Superintendencia de Sociedades, en uso de facultades jurisdiccionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 116 de la Constitución Política, en el caso de todas las sociedades, empresas unipersonales y sucursales de sociedades extranjeras y, a prevención, tratándose de deudores personas naturales comerciantes.

2.- El juez civil del circuito del domicilio principal del deudor, en los demás casos, no excluidos del proceso.

vi) En cuanto a los supuestos de admisibilidad, se observa que el inicio de la disolución y consiguiente liquidación de una sociedad comercial, supone la existencia de una situación de cesación de pagos.

vii) El cambio de un proceso de liquidación voluntaria o privada al proceso de liquidación judicial, podrá ser solicitado por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas.

viii) A la solicitud de cambio de proceso, se debe anexar los documentos a que alude el párrafo segundo del artículo 49 de la Ley 1116 tantas veces citada, en lo pertinente, como sería el balance que sirvió de base para la disolución y consiguiente liquidación, con su respectivo dictamen, si lo hubiere, un estado de inventario de activos y pasivos, debidamente certificado y valorado.

ix) De otro lado, se advierte que dentro de la liquidación judicial, el juez del concurso designará al nuevo liquidador, siguiendo para ello el procedimiento previsto en la ley”.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los alcances previstos en los artículos 14 y 28 del CPACA, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite, la Circular Básica Jurídica, la cartilla sobre régimen de insolvencia y la compilación de jurisprudencia concursal, entre otros.