

220-51821, 06 de octubre de 2004

Ref.: Levantamiento del velo corporativo.

Me refiero a su escrito radicado con el número 2004-01-118192, por medio de la cual solicita se le precise la figura del "levantamiento del velo corporativo" y se le indique la jurisprudencia que soporta esa institución.

En primer lugar, sea la oportunidad para indicarle que la facultad otorgada a la Superintendencia de Sociedades, particularmente a esta Oficina, en la resolución de consultas en materia societaria, suponen del peticionario un conocimiento, por lo menos, elemental del tema, de donde la formulación del interrogante tenga como finalidad despejar alguna duda y/o conocer la opinión de la Entidad acerca de la interpretación o alcance de la preceptiva mercantil.

Hecha la anterior precisión, comedidamente transcribo el Oficio 220- 12950 del 27 de marzo 1998, publicado en el Libro de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, año 2000, con la seguridad que absuelve el interrogante planteado e ilustra sobre otros tópicos relacionados con el mismo.

"ABUSO DE LA FIGURA SOCIETARIA LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO

"1. Sabiendo que la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Colombia no es predicable, con qué instrumentos jurídicos cuenta la justicia colombiana para combatir el abuso de la figura societaria?"

En cuanto al abuso de la figura societaria, debemos señalar que el ordenamiento jurídico contempla diversos mecanismos a través de los cuales se hace frente al abuso que eventualmente pueda hacerse de la cobertura de la personalidad jurídica de la cual se ha dotado a la sociedad.

Con un ánimo meramente ilustrativo a continuación se mencionarán algunas de las conductas nocivas que pueden cometerse como resultado del abuso de la referida cobertura:

- a. Sociedades en las cuales todo el poder de gestión y decisión se centra en un único socio y sin embargo adoptan la forma de compañías de responsabilidad limitada o anónima;
- b. Desviación de la finalidad social;
- c. Constitución de compañías mediante la figura de los prestanombres y
- d. Creación de sociedades para causar perjuicios a terceros.

Expuesto lo anterior, es claro que cada día ha tomado mayor entidad la figura del allanamiento de la personalidad o levantamiento del velo corporativo, con el propósito de enfrentar de manera eficaz a las maniobras que lejos de enfocarse a la satisfacción de la finalidad social, se encaminan a dar cumplimiento a intereses personales, desnaturalizando la figura societaria y utilizándola como instrumento para desconocer los derechos de terceros.

Es pertinente destacar que el allanamiento de la personalidad o la desestimación de la calidad de sujeto de derecho de la sociedad, con lo cual se logra penetrar hasta las personas que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica, 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 propiamente dicha o "absoluta", o bien puede llegarse al desconocimiento de la personalidad cuando el resultado de la acción intentada sea la inoponibilidad o la ineficacia respecto de un determinado acreedor, evento en el cual se estaría frente a una desestimación "limitada" o "parcial", pudiendo afirmarse que adquiere un valor convencional, o cuando como consecuencia del ejercicio de la acción, la apertura de un proceso concursal de una persona se extiende a otra.

Adicionalmente, la Ley 222 de 1995 contempla en su artículo 24 la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

Igualmente la precitada Ley consagra en su artículo 43 la responsabilidad penal para aquellos que se encuentren dentro una cualquiera de las hipótesis allí previstas.

En cuanto al abuso del derecho, se impone detenerse en la sentencia de septiembre 6 de 1.935 proferida por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuyos apartes más importantes se transcriben a continuación:

"Para ver si la teoría del abuso del derecho es aplicable de conformidad con nuestra legislación, es conveniente analizar lo que se entiende por ella.

Tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercerse para el cumplimiento del fin social y sobre la base de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque - como dicen los tratadistas de esta teoría - "no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas nos corresponden ; exige que las mismas sean ejercidas no sólo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo."

Sobre estos conceptos se ha planteado, teóricamente apenas, si el uso de un derecho, dentro de su normalidad objetiva, pero sin fin lícito con fin malicioso, podrá o deberá ser protegido por el derecho objetivo, problema que se trata de resolver con la doctrina mencionada, cuya causa determinante se ha pretendido fijar con dos criterios:

El primero, que la base sobre la apreciación de la intención de perjudicar al ejercerse el derecho. Los defensores de este aspecto de la doctrina se colocan en un plano puramente subjetivo, juzgando abusivo el ejercicio de un derecho cuando el móvil del agente se reduce a la intención de hacer daño.

El segundo criterio la hace fundar en la falta de interés serio y legítimo, o sea apartamiento del fin económico y social en un ejercicio anormal del derecho.

Sus partidarios consideran ilícito el acto realizado sin interés importante y genuino por parte del actuante y cuyo efecto sólo puede ser el perjudicar a otro. Estas dos tendencias han sido conciliadas por otros autores reuniéndolas en una sola teoría, consideran que para que exista el abuso del derecho es preciso intención de dañar y falta de un fin útil"

En este análisis no debe perderse de vista que el artículo 830 del estatuto mercantil, consagró legislativamente la figura del abuso del derecho, la cual había sido admitida en derecho colombiano por una creación jurisprudencial.

Finalmente, de conformidad con las disposiciones que regulan las atribuciones de esta superintendencia, habrá lugar a la imposición de sanciones a quienes violen la ley o los estatutos, las cuales serían en este caso predicables de la sociedad como sujeto de derecho y de los administradores. Igualmente, resultaría procedente la aplicación de la acción social de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la ley 222 de 1.995.

"2. Es aplicable el levantamiento de velo corporativo de sospechase que una sociedad está siendo utilizada en el lavado de activos".

En primer término se hace necesario resaltar que en derecho colombiano no existe una definición legal de la expresión "levantar el velo corporativo".

Una vez hecha la referida precisión, conviene hacer énfasis en que la personalidad jurídica en las sociedades comerciales es un recurso técnico de limitación de la responsabilidad, razón por la cual en aquellos casos en los cuales se haga uso de la figura societaria para originar un fraude a la ley o a los acreedores o respecto de terceros, hay lugar a la aplicación de los correctivos necesarios (simulación o nulidad absoluta de la compañía), para lograr así penetrar hasta aquellas personas que se encuentran encubiertas por el velo de la personalidad jurídica.

En este orden de ideas se pone de presente que en materia de derecho societario colombiano, puede superarse la barrera de la personalidad jurídica de la compañía, en los casos previstos en los artículos 71,148 y 207 de la ley 222 de 1.995.

Por su parte el artículo 44 de la Ley 190 de 1995, establece:

"Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta".

Es pertinente reseñar que la aludida disposición tiene como finalidad impedir que a través de la creación de una compañía se evadan o transgredan las prohibiciones e incompatibilidades para las personas naturales, se dificulte la investigación de delitos contra la administración pública, o se legalicen y oculten los bienes provenientes de actividades ilícitas. Con los mencionados propósitos se pretende descubrir el beneficiario oculto, para lo cual se levantará el velo corporativo (lifting the corporate vel), con lo cual aparece de manera contundente que la sociedad ya no será un ente distinto de sus socios.

Así las cosas, es claro que el hecho de que la sociedad, una vez constituida legalmente, forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, es una realidad que no se hace extensiva al campo del derecho penal, máxime si se tiene en cuenta que la compañía puede ser utilizada como medio para la comisión de hechos punibles.

Expuesto lo anterior, resulta pertinente mencionar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en auto del 20 de enero de 1993, Rad 7183 expresó:

"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".

"3.Cuál sería la forma en que se podría instrumentalizar el levantamiento del velo corporativo en la lucha contra el lavado de activos?"

Antes de abordar de manera puntal el presente cuestionamiento, se considera pertinente detenerse en los tres casos, que de conformidad con lo dispuesto en la ley 222 de 1995, dan lugar a la desestimación o desconocimiento de la personalidad, a saber:

a). Artículo 71. Cuando las empresas unipersonales se utilicen "en fraude a la ley o en perjuicio de terceros". Esta disposición establece una responsabilidad del titular de la empresa y los administradores, cuando aquella se utilice en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

b). Artículo 148 Parágrafo. La matriz o controlante responderá de manera subsidiaria por las obligaciones de la subordinada en concordato, cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria se haya producido por causa o con ocasión de actuaciones de la matriz o controlante en virtud de la subordinación.

c). Artículo 207. Cuando se demuestre que los socios hicieron uso de la sociedad para defraudar a los acreedores, y los bienes de la liquidación obligatoria sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos, dichos socios responderán por el faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad.

Expuesto lo anterior, desde el punto de vista del derecho civil, estima este Organismo que los mecanismos mediante los cuales se concreta la figura del allanamiento de la personalidad son:

- a. La acción de simulación
- b. La nulidad absoluta de la sociedad (objeto o causa ilícitos).

"4.Cuál sería la forma en que se podría instrumentalizar la liquidación obligatoria en la lucha contra el lavado de activos?"

A este respecto es del caso acudir a la ley 365 de 1997 "Por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones", en cuyo artículo 2o se expresó "El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo 61A, del siguiente tenor: ARTÍCULO 61A : Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario oficial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público". (La subraya no es del texto legal)

De la disposición transcrita se concluye que respecto de las personas jurídicas a las que allí se alude no es viable, desde el punto de vista legal, ordenar la apertura de un proceso concursal en la modalidad de liquidación obligatoria, máxime si se tiene en cuenta que la finalidad de la liquidación obligatoria es la realización de los bienes del deudor, para atender en forma ordenada las obligaciones a su cargo, proceso cuya apertura se ordenará siempre que se verifique alguno de los supuestos del artículo 150 de la Ley 222 de 1995, que corresponden a la imposibilidad de atender las obligaciones a su cargo y no guardan ninguna relación con lo establecido en el artículo 61A del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto al haber el legislador instituido el mecanismo establecido en el aludido artículo 61A consagró un herramienta más efectiva, razón por la cual no hay lugar a considerar viable la alternativa de la liquidación obligatoria, de modo que una vez cancelada la personería jurídica de la compañía sólo cabe proceder a la inmediata liquidación del patrimonio del ente societario.

"5. Con qué facultades cuenta actualmente la Superintendencia de Sociedades para prevenir, detectar o reprimir el lavado de activos a través de la figura societaria? Qué facultades adicionales necesitaría ? Qué papel jugaría la Superintendencia de Sociedades en la lucha contra el lavado de activos si se le dan facultades específicas en el tema?"

La Superintendencia de Sociedades cuenta en la actualidad fundamentalmente con las atribuciones a ella otorgadas por los artículos 83 a 87 de la ley 222 de 1995, mediante las cuales puede, entre otras, solicitar a cualquier sociedad comercial no vigilada por la Superintendencia Bancaria, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa o sobre operaciones específicas de cualquiera de ellas.

Pese a lo anterior no debe perderse de vista que el objeto primordial de las actividades de inspección, vigilancia y control ejercidas por esta Entidad no es el control de las actividades que constituyen el lavado de activos, aunque en desarrollo de sus funciones de policía judicial contempladas en el numeral 16 del artículo 2o del Decreto 1080 de 1996, en concordancia con lo dispuesto en el Libro II Título I Capítulos I y II, artículo 342 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, debe servirle de apoyo a los organismos del Estado (artículo 86 Ley 222 de 1995) que tengan dentro de su actividad tal objetivo, particularmente a la Fiscalía General de la Nación, todo ello teniendo en cuenta tanto la naturaleza jurídica de la entidad, así como su propia competencia".

Para mayor información e ilustración sobre la materia, se sugiere consultar la pagina de Internet de la Entidad (www.supersociedades.gov.co). Adicionalmente, se recomienda consultar las obras de juristas y académicos como los doctores Francisco Reyes Villamizar (Reforma al Régimen de Sociedades y Concurso Cámara de Comercio) y Enrique Gaviria Gutiérrez (Grandes Temas del Derecho Comercial, su incidencia en la Constitución de 1991. Biblioteca Jurídica Dike. 1ª Edición. 1993), entre otros autores Colombianos.

En los anteriores términos se ha dado respuesta a su consulta, no sin antes manifestarle que los efectos del presente pronunciamiento son los contemplados en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.