

OFICIO 220- 271312 02 DE NOVIEMBRE DE 2023

ASUNTO ALCANCE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Me refiero a su escrito de la referencia en el que solicita un alcance al oficio con el radicado No. 2023-01-607832 proferido por el Grupo de Relación Estado Ciudadano, cuyas peticiones preliminares se transcriben a continuación:

“Dado que la Superintendencia de Sociedades conoce de la solicitud jurisdiccional de inicio del proceso de levantamiento del velo corporativo o del desconocimiento de la personalidad jurídica, me permito realizar las siguientes preguntas:

1. ¿Dicho proceso es declarativo?
2. ¿En el proceso de levantamiento del velo corporativo procede la aplicación de medidas cautelares consagradas en el Código General del Proceso para los procesos declarativos?
3. ¿Qué otras medidas cautelares son aplicables al proceso que nos ocupa?”

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el numeral 2 del artículo 11 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Entidad, emite conceptos de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirigen a resolver situaciones de orden particular, ni constituyen asesoría encaminada a solucionar controversias o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejulgamiento y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

De ahí que sus respuestas en esta instancia, no se dirigen a prestar asesoría a los particulares o a sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad o por los despachos judiciales, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias, invariablemente exige, que los funcionarios

administrativos de las entidades que ejercen funciones judiciales, estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que reitera la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que la H. Corte Constitucional advierte que no le es dable a esta Superintendencia como autoridad administrativa, intervenir en asuntos que haya de conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales, en relación con los cuales se debe pronunciar como Juez en las instancias procesales a que haya lugar.

Previo a resolver la consulta, procede esta Oficina a realizar las siguientes consideraciones relacionadas con el levantamiento del velo corporativo o más precisamente sobre la desestimación de la personalidad jurídica.

Sobre el particular, la entidad se pronunció mediante Oficio 220-011545 del 17 de febrero de 2012¹, en los siguientes términos:

“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 hubiere 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.

¹ Disponible en: <https://tesauro.supersociedades.gov.co/isonviewer/VU0bEoIBlrmnHGSVdSa>

v) Acorde con lo anterior, el artículo 252 de la Ley 1450 de 2011, dispone que las funciones jurisdiccionales otorgadas a la Superintendencia de Sociedades, por el artículo 44 de la Ley 1258 de 2008, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política, procederán respecto de todas las sociedades sujetas a su supervisión.

VI) De otra parte, la Ley 190 de 1995, mediante la cual se expidió el Estatuto Anticorrupción, consagró otra hipótesis de levantamiento del velo corporativo dirigido a evitar la comisión de actos ilícitos o irregularidades apoyados en la persona jurídica, de tal manera que se pueda descubrir al beneficiario real de la operación. En tal sentido faculta a las autoridades judiciales para omitir la limitación propia de la personificación jurídica e ir tras el rastro de quienes están efectivamente recibiendo el beneficio indebido, para identificar a los responsables de la conducta punible y proceder a sancionarlos.

A su turno, el Código de Comercio también consagra supuestos de levantamiento del velo corporativo al desestimar absolutamente la personalidad de la sociedad a través de una declaratoria de nulidad por causa u objeto ilícito (artículo 105 ejusdem).”

De esta manera, se concluye que la desestimación de la personalidad jurídica supone una ruptura en el principio de limitación de responsabilidad de los asociados frente a terceros y a la sociedad.

En este tipo de procesos, se exige una elevada carga probatoria por parte del demandante, toda vez que la consecuencia de esta acción resulta ser la sanción más drástica prevista en el ordenamiento societario colombiano, como es el desconocimiento del beneficio de limitación de responsabilidad o de personificación jurídica independiente.

Con el alcance indicado, esta Oficina procede a resolver sus inquietudes en el mismo orden que fueron formuladas.

Frente a la primera inquietud, es preciso señalar que las pretensiones declarativas son aquellas en las que se busca el reconocimiento de una realidad preexistente y no de una alteración de la misma.²

² ROJAS, Miguel Enrique (2008). Teoría del proceso.

De este modo, al tratarse de un proceso que consiste en acreditar que la sociedad fue utilizada para incurrir en fraude o abuso, por parte de sus accionistas y administradores con el fin de cometer actos defraudatorios causándole daños y perjuicios a terceros, **se trata de un proceso declarativo.**

Con relación a la segunda y tercera inquietud formulada, el párrafo 3 del artículo 24 del Código General del Proceso dispone que “Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces.” De esta manera, en desarrollo de las funciones jurisdiccionales, los jueces deben cumplir con las disposiciones procesales, **lo cual implica que sean aplicables las disposiciones relacionadas con medidas cautelares.**

Así las cosas, a un proceso de desestimación de la personalidad jurídica, al tratarse de proceso declarativo, le es aplicable el artículo 590 del Código General del Proceso, que se refiere a las medidas cautelares en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 590. MEDIDAS CAUTELARES EN PROCESOS DECLARATIVOS. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando la demanda verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad de bienes.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el secuestro de los bienes objeto del proceso.

b) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando en el proceso se persiga el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual.

Si la sentencia de primera instancia es favorable al demandante, a petición de este el juez ordenará el embargo y secuestro de los bienes afectados con la inscripción de la demanda, y de los que se denuncien como de propiedad del demandado, en cantidad suficiente para el cumplimiento de aquella.

El demandado podrá impedir la práctica de las medidas cautelares a que se refiere este literal o solicitar que se levanten, si presta caución por el valor de las pretensiones para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. También podrá solicitar que se sustituyan por otras cautelas que ofrezcan suficiente seguridad.

c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho. Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia.

PARÁGRAFO PRIMERO. En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al

juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO. Las medidas cautelares previstas en los literales b) y c) del numeral 1 de este artículo se levantarán si el demandante no promueve ejecución dentro del término a que se refiere el artículo 306.”

Del texto citado se puede concluir que dentro de las medidas cautelares que puede decretar el Juez al interior de los procesos declarativos se encuentran: la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, embargo, el secuestro y cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio. **En ese sentido, el legislador le otorgó la facultad al Juez para que de manera discrecional tome las medidas que considere necesarias para garantizar la tutela efectiva de los derechos.**

Así las cosas y conforme a la norma citada, el Juez apreciará la legitimación en la causa del solicitante, la apariencia de buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida solicitada, la existencia o amenaza de vulneración del derecho, y de acuerdo con esto podrá decretar la medida cautelar pertinente, atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Se invita al usuario a consultar en nuestra página WEB www.supersociedades.gov.co los conceptos y normativa emitidos por la entidad, así como la herramienta tecnológica Tesauro.