

OFICIO 220-054181 DEL 5 DE MAYO DE 2021

**ASUNTO: ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL FRAUDE A LA LEY –
DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

Me remito a la comunicación radicada en esta Entidad, con el número y fecha de la referencia, en la que se solicita que se emita un concepto sobre los temas que se mencionan a continuación:

- 1. “¿Cuál es el sentido en el que la Superintendencia ha entendido el fraude a la ley?, teniendo en cuenta que esta institución tiene diversas definiciones y aplicaciones, según la rama del derecho a aplicar.*
- 2. ¿Cuál sería un supuesto de hecho para decidir levantar el velo corporativo con base a la presencia de un fraude a la ley?*
- 3. ¿Es el fraude a la ley lo mismo que la interposición societaria (deputization)?, o es este apenas una modalidad de fraude a la ley.*
- 4. Si existen otras modalidades de fraude a la ley, ¿Cuáles son?”*

Aunque es sabido, es oportuno reiterar que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituidos por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular, ni constituye 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 ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales en un caso concreto.

Adicionalmente, debe precisarse que la Entidad carece de competencia en función consultiva para resolver un caso concreto de competencia de sus dependencias misionales.

Con el alcance indicado, éste Despacho procede a efectuar las siguientes consideraciones de índoles general:

Bajo el entendido de que su consulta se circunscribe al ámbito de las Sociedades por Acciones Simplificadas, el denominado “fraude a la ley” se contempla en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, el cual señala: *“Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a 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. (...)”*.

Sobre el particular, es preciso indicar que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el concepto de fraude a la ley contribuye a evitar que se produzcan consecuencias contrarias a los principios jurídicos.¹ Por tanto, se constituye como el resultado objetivo contrario a las finalidades de una institución jurídica, siendo así que de la conducta desplegada no se requiera la demostración de la existencia de una intención o culpa, basta que se produzca un resultado manifiestamente desproporcionado o contrario a las finalidades previstas por el ordenamiento jurídico².

La jurisprudencia societaria ha tocado el tema en los siguientes términos: *“(...) Se trata al parecer, de la figura invocada por el apoderado de Finagro, para quien 'las sociedades demandadas fueron utilizadas [...] para hacer fraude a la ley, específicamente para tener acceso sin el lleno de los requisitos legales exigidos para el efecto a los [...] Incentivos de Capitalización Rural' (vid. Folio 9). Por este motivo, es relevante hacer un recuento de los principales desarrollos en torno a la figura de la interposición, así como de las medidas judiciales diseñadas para hacerle frente a este uso abusivo de la forma societaria.(...)”*³

Ahora bien, en lo relativo a su segunda inquietud, referente a un “supuesto de hecho” que trae como consecuencia jurídica la desestimación de la personalidad jurídica, es de indicar que el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, claramente establece: *“Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley (...)”*. Por tanto, el Juez deberá determinar en cada caso particular, con fundamento en el acervo probatorio contenido en el respectivo expediente, si se configura o no el supuesto de hecho consagrado en la norma bajo análisis.

1 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-073 (25 de febrero de 2019). M.P.: Doctor Carlos Bernal Pulido. [Consultada el 19 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-073-19.htm>

2 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 090 (19 de febrero de 2014). M.P.: Doctor Mauricio González Cuervo. [Consultada el 19 de marzo de 2021]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-090-14.htm>

3 COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – Delegatura de Procedimientos Mercantiles. Sentencia 800-000055 (16 de octubre de 2013). [Consultada el 20 de abril de 2021]. Disponible en: https://www.supersociedades.gov.co/delegatura_mercantiles/Normatividad/Jurisprudencia/S_MonicaColombiaSAS_16_10_2013.pdf

Al respecto de su tercera inquietud, igualmente se colige de la jurisprudencia societaria, que una acepción de la interposición podría estar constituida por la intención de utilizar a la sociedad como intermediario para cumplir actividades que le estarían vedadas a la persona natural. Si bien ésta hipótesis no es el único evento o situación en que se puede presentar la figura de fraude a la ley, es usual dentro del análisis respectivo que se surte al interior de los procesos de desestimación de la personalidad jurídica. En todo caso, como se señaló anteriormente, será el operador judicial quien a partir de un análisis factivo y probatorio, determinará si se realizó un fraude a la ley.^{4 5}

Para responder a su última inquietud, es pertinente señalar que no se podría determinar en forma específica cuáles son las hipótesis de modalidades de fraude a la ley, toda vez que los eventos que conllevan a la desestimación de la personalidad jurídica son variados y obedecen a diferentes situaciones. En consecuencia, no sería procedente señalar un catálogo taxativo de situaciones que determinen el origen de una figura que se caracteriza por la amplitud de su configuración.

De conformidad con lo expuesto, se responde de manera cabal la consulta, teniendo como base fundamental los conceptos reiterados en cada ítem particular, no sin antes reiterar que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015 y que en la Página WEB de ésta Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.

4 “Similarly, quite predictable suspects comprise the most common instrumental rationales: commingling, control or domination, injustice or unfairness, fraud or misrepresentation, and inadequate capitalization. Somewhat surprisingly, though, evidence of inadequate capitalization is comparably frequent and instrumental in Contract, Tort, and Fraud claims; quite unexpectedly, the relative sophistication of bargaining parties yields no appreciable difference in veil-piercing success, while courts reach more often into the assets of individual shareholders than corporate groups”. Peter B. Oh. Veil-Piercing. Texas Law Review. (2010). Vol. 89. 90 p. [Consultado el 20 de abril de 2021]. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bwLz5sZmPZAJ:https://core.ac.uk/download/pdf/33563083.pdf&cd=15&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

5 “Among the other factors that courts claim to consider when they pierce the corporate veil are: • significant undercapitalization of the business entity (capitalization requirements vary based on industry, location, and specific company circumstances); • failure to observe corporate formalities in terms of behavior and documentation; • intermingling of activities or assets of the corporation and of the shareholder; • treatment by an individual of the assets of the corporation as his/her own; • failure to pay dividends; • siphoning of corporate funds by the dominant shareholder(s), through, inter alia, the payment of dividends; • nonfunctioning corporate officers and/or directors; • absence or inaccuracy of corporate records; • overlap of corporate records, functions, or personnel; • use of the corporation as a “facade” for personal dealings of the dominant shareholder(s), the “alter ego theory; • failure to maintain arm’s length relationships with related entities; • use of the corporation to promote fraud, injustice, or illegalities; and • payment by the corporation of individual obligations.” . MACEY. Jonathan y MITTS. Joshua. Finding Order in the Morass: The Three Real Justifications for Piercing the Corporate Veil. Cornell Law Review (Noviembre, 2014). Vol 100. 107 p. [Consultado el 20 de abril de 2021]. Disponible en: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=4647&context=clr>.