

OFICIO 220-121488 DEL 03 DE AGOSTO DE 2018

ASUNTO: ACCIÓN DE DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA O DE LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO.

Aviso recibo de la consulta que se sirvió formular mediante comunicación radicada bajo el No. 2018-01-300888 del pasado 27 de junio, la cual procede atender conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; de manera puntual plantea lo siguiente:

-Solicito indicar el término de prescripción para iniciar la acción de levantamiento del velo societario, por actuar de mala fe por el no pago de las acreencias laborales, y a partir de qué momento se empieza a contar y cómo se entiende interrumpida o suspendida la prescripción. Adicional a ello solicito indicar qué requisitos lleva esta acción.

En primer lugar, es de precisar que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 13 de la Ley 1755 de 2015, este Despacho emite los conceptos a que haya lugar con motivo de las consultas que le son formuladas, éstos solo expresan una opinión general y abstracta, que no se dirige a resolver situaciones particulares, en tanto se trata de una labor eminentemente pedagógica que busca ilustrar a los particulares sobre las materias a su cargo, lo que explica, a su vez, que sus respuestas en esta instancia no tengan carácter vinculante ni comprometan su responsabilidad.

Bajo ese presupuesto, frente al tema motivo de su inquietud es pertinente observar que según la regla prevista en Código de Comercio “en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales”¹, pero esto no impide que “los liquidadores puedan repetir contra los asociados las sumas o bienes entregados antes de pagar íntegramente el pasivo

1 Artículo 252.

externo de la sociedad”², y que la sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes”³.

A su turno, la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 establece que “la sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o

jurídicas, quienes solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes. Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier naturaleza en que incurra la sociedad”⁴, y que “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”⁵.

En cuanto a la prescripción de las acciones, debe tenerse en cuenta en primer lugar, que en su oportunidad Ley 222 del 20 de diciembre de 1995, estableció que “las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el libro segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en esta se haya señalado expresamente otra cosa”⁶; a su vez la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 determina que la apertura del proceso de liquidación judicial produce “la interrupción del término de prescripción y la inoperancia de la caducidad de las acciones respecto de las obligaciones que contra el deudor o contra sus codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito o cualquier otra persona que deba cumplir la obligación, estuvieren perfeccionadas o sean exigibles desde antes del inicio del proceso de liquidación judicial”⁷; por último, el Código de Comercio consagra que los términos prescriptivos correrán respecto de “toda clase de personas y no se interrumpen sino judicialmente, conforme a las leyes de procedimiento”⁸.

En lo atinente a los demás aspectos procesales, el Código General del Proceso prescribe que la Superintendencia de Sociedades tiene facultades jurisdiccionales en materia societaria referidas a “la declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad 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. Así mismo,

2 Artículo 253.

3 Artículo 373.

4 Artículo 1.

5 Artículo 42.

6 Artículo 235.

7 Numeral 8 del artículo 50.

8 Artículo 257.

conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios”⁹.

Adicionalmente establece de una parte, que la presentación de la demanda “interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”¹⁰, y de otra, que no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad cuando el demandante desista de la demanda, el proceso termine por haber prosperado alguna de las excepciones específicamente determinadas en la norma, se produzca la absolución del demandado, se declare la nulidad del proceso por causa atribuible al demandante comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda, el proceso termine por desistimiento tácito o por inasistencia injustificada de las partes a la audiencia inicial¹¹.

De las disposiciones citadas se desprende que en las sociedades por acciones los socios solo responden por las obligaciones de la sociedad hasta el monto de sus aportes, por lo cual no es posible llamarlos a responder con su propio patrimonio por las deudas de la compañía, salvo que haya lugar a demandar el levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica, cuando los bienes de aquella no sean suficientes para satisfacer sus obligaciones, y siempre que (i) se trate de obligaciones tributarias o que se contraen a favor de la administración pública, o (ii) se presente alguna circunstancia excepcional de naturaleza defraudatoria.

Como ilustra la doctrina, el levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica, supone prescindir de la limitación de la responsabilidad para hacer a los socios o accionistas responsables directos de las obligaciones de la persona jurídica, “cuando se vulnera el principio de la buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosas, desleal o deshonestas de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la

limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido”¹².

9 Literal d) del numeral 5 del artículo 24.

10 Artículo 94.

11 Artículo 95.

12 Oficio 220-046902 del 3 de abril de 2011.

Teniendo en cuenta que el legislador guarda silencio sobre las circunstancias que pueden dar lugar al levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica, corresponde al juez analizar en el caso concreto y con base en las pruebas allegadas al expediente, si los hechos objeto del proceso implican la utilización de la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros.

Así mismo, dependiendo de las circunstancias específicas de acaecimiento de los hechos bajo conocimiento del juez, se determinará el momento a partir del cual se contabiliza el término de prescripción de cinco (5) años consagrado en el artículo 235 de la citada Ley 222 de 1995¹³, y la interrupción del mismo por apertura del proceso de liquidación judicial o la formulación de la demanda en la que se deprecia el levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica.

Respecto de esta acción, esta Entidad se ha pronunciado en extenso, entre otros mediante Oficio 220-169966 del 5 de septiembre de 2016, en el cual precisó:

“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.

13 Oficio 220-050582 del 7 de marzo de 2017: De la norma antes transcrita, se desprende que la ley consagró un término especial de prescripción o más exactamente de caducidad de cinco años para las

acciones penales, civiles y administrativas a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones que la misma indica o de la violación de la ley, salvo la excepción que ésta indica.

Se trata según ha precisado la doctrina de esta Entidad, de aquellas obligaciones que emanan directamente del incumplimiento de los postulados legales a que deben sujetarse las sociedades comerciales en su formación, funcionamiento o derivadas de su existencia misma, para con terceros o las autoridades estatales encargadas de su inspección, vigilancia y control, previstos de manera general en el Libro Segundo del Código de Comercio y en la misma ley. Es que unas son las obligaciones que adquiere una sociedad como sujeto con capacidad legal para contratar y en desarrollo de su objeto social, y otras las que la ley le impone cumplir derivadas del régimen general de sociedades comerciales y de procedimientos mercantiles (Oficio 220-38015, Septiembre 14 de 2001)

b) Sin embargo, es evidente que la norma no señaló propiamente una regla para determinar a partir de qué momento se cuenta la prescripción de la acción, como no podría hacerlo, toda vez que en cada caso se ha de tenerse en cuenta el carácter de la obligación que pueda ser objeto de prescripción y por ende la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de su incumplimiento o la cesación de la conducta que le da origen”.

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, no sin antes observar que para mayor ilustración puede consultar en la página WEB la normatividad, los conceptos que la Entidad emite y la Circular Básica Jurídica, entre otros.