

OFICIO 220-093348 DEL 06 DE JULIO DE 2018

REF: GRADUACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS POR CONCEPTO DE MULTAS IMPUESTAS POR ENTIDADES ESTATALES Y NO INCLUSIÓN DE OBLIGACIONES EN EL INVENTARIO DE PASIVOS DEL DEUDOR ELABORADO DENTRO DE LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA.

Aviso recibo de la consulta sobre la graduación y calificación de los créditos por concepto de multas impuestas por entidades estatales y no inclusión de obligaciones en el inventario de pasivos del deudor elaborado dentro de los procesos de insolvencia, que se sirvió formular mediante la comunicación radicada bajo el No. 2018-01-264499 del 23 de mayo de 2018, la cual procede atender en su orden, conforme al artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, en ejercicio de una competencia impersonal, general y abstracta.

Esta instancia no se dirige a prestar asesoría a los particulares o sus apoderados sobre temas relacionados con los procesos concursales que se tramitan ante la Entidad, 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 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 o administrativas, en relación con los cuales se debe pronunciar como juez en las instancias procesales a que haya lugar. En consecuencia, el pronunciamiento de este Despacho no es oponible al Juez Concursal.

Con las prevenciones precedentes, se estudia a continuación cada una de las preguntas formuladas:

Consulta n°1.- ¿Por qué las sanciones administrativas interpuestas (sic) por entidades estatales que se presentan como créditos en un proceso de insolvencia dentro de la calificación y graduación de créditos son calificadas como de quinta clase y no de primera clase, si estas multas son interpuestas bajo el uso de la facultad sancionatoria del Estado a favor de la Nación Tesoro Nacional, cuyo importe corresponde a los ingresos no tributarios, que hacen parte de los ingresos corrientes incluidos dentro del presupuesto general de rentas del presupuesto general de la nación, en otras palabras, son créditos fiscales, quisiera conocer la doctrina o casos donde se explique por qué este tipo de multas son clasificadas como de quinta clase y no de primera?

Al respecto, es de anotar que los procesos de insolvencia de las sociedades tradicionales y de aquellas por acciones simplificada se efectúa conforme a las disposiciones de la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006, en la que se prevé que en los procesos de reorganización y de liquidación judicial, el deudor, el promotor o el liquidador, según corresponda, debe elaborar el inventario de los activos y pasivos del deudor y el proyecto de graduación y calificación de créditos y derechos de voto, con la relación de todas las obligaciones a cargo del deudor hasta la admisión del mismo al trámite respectivo, teniendo en cuenta las causas de preferencia consagradas en los artículos 2493 y siguientes del Código Civil, con los cuales se establece la situación patrimonial de la sociedad.

Además, es de precisar que en el proceso de reorganización es el deudor o el promotor quien elabora el inventario de acreencias con base en la contabilidad y demás documentos que reposen en los archivos; que este inventario es dejado a disposición de los acreedores para la formulación de objeciones, y que las acreencias no relacionadas en el inventario ni presentadas por el acreedor “solo podrán hacerlas efectivas persiguiendo los bienes del deudor que queden una vez cumplido el acuerdo celebrado o cuando sea incumplido éste, salvo que sean expresamente admitidos por los demás acreedores en el acuerdo de reorganización”, aunque aquellas “que, a sabiendas, no hubieren sido relacionadas en el proyecto de reconocimiento y graduación de créditos y que no estuvieren registradas en la contabilidad, darán derecho al acreedor de perseguir solidariamente, en cualquier momento, a los administradores, contadores públicos y revisores fiscales, por los daños que les ocasionen, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar”.

Distinto acontece en el proceso de liquidación, como quiera que es el acreedor a quien corresponde presentar su crédito “allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo”, salvo que la liquidación esté precedida del incumplimiento del acuerdo de reorganización, de liquidación judicial, fracaso o incumplimiento de concordato o de un acuerdo de reestructuración, y las obligaciones que teniendo la carga de presentarse al trámite de liquidación judicial, no lo hicieren dentro de los términos fijados en la presente ley “serán atendidos, una vez cancelados los demás créditos”, respetando las reglas de prelación legal.

En relación con la prelación⁴ u orden legal es de advertir que al tenor de los artículos 2494 y siguientes del Código Civil, el privilegio es una causa de preferencia; “gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase”; los “créditos del fisco” están catalogados como de primera clase, afectan todos los bienes del deudor y no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, “preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, y los comprendidos en cada número concurrirán a prorrata”, mientras que aquellos que no gozan de preferencia se consideran créditos de quinta clase y “se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha”.

También es de anotar que las contribuciones son tributos en términos del artículo 338 de la Constitución Nacional, pues constituyen “las prestaciones pecuniarias establecidas por la autoridad estatal, en ejercicio de su poder de imperio, para el cumplimiento de sus fines”, mientras que las multas son “sanciones pecuniarias que derivan del poder punitivo del Estado”, que si bien no participan de las características de los tributos sí configuran una acreencia a cargo del sancionado y a favor de la entidad estatal que la impuso.

En torno a la responsabilidad de los socios por las obligaciones de la sociedad el Código de Comercio prevé que “en las sociedades por acciones no habrá acciones de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales. Estas acciones solo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos. En las sociedades por cuotas o partes de interés las acciones que procedan contra los asociados, en razón de su responsabilidad por las operaciones sociales, se ejercitarán contra los liquidadores, como representantes de los asociados, tanto durante la liquidación como después de consumada la misma, pero dichos asociados también deberán ser citados al juicio respectivo”.

Así mismo consagra que los socios de la sociedad en nombre colectivo “responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales”, las estipulaciones en contrario se tienen por no escritas y se exige el requerimiento previo a la sociedad⁷; en las sociedades en comandita, simple y por acciones, los socios gestores o colectivos responden solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales, pero los comanditarios solo responden hasta el monto de sus aportes⁸; en la sociedad de responsabilidad limitada “los socios responderán hasta el monto de sus aportes” aunque en los estatutos podrá pactarse mayor responsabilidad⁹, y en la sociedad anónima los socios responden “hasta el monto de sus respectivos aportes”.

A su vez, el Estatuto Tributario determina la solidaridad de los socios de las sociedades distintas a las anónimas y sus asimiladas, indicando que aquellos “responderán solidariamente por los impuestos, actualización e intereses de la persona jurídica (...) a prorrata de sus aportes o participaciones en las mismas y del tiempo durante el cual los hubieren poseído en el respectivo período gravable”¹¹, y además establece que cuando se utilice la sociedad para “defraudar a la administración tributaria o de manera abusiva como mecanismo de evasión fiscal”, los accionistas responderán solidariamente ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados, en procesos de desestimación de la personalidad jurídica e indemnizatorio de conocimiento de la Superintendencia de Sociedades.

Por su parte, la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 establece que los socios en la sociedad por acciones simplificada “solo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes” y salvo fraude a la ley los accionistas no son responsables por “las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad”.

Para hacer efectiva la responsabilidad de los socios dentro de un proceso de insolvencia, la Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006 indica que “cuando sean insuficientes los activos para atender el pago de los pasivos de la entidad deudora, el liquidador deberá exigir a los socios el pago del valor de los instalamentos de las cuotas o acciones no pagadas y el correspondiente a la responsabilidad adicional pactada en los estatutos”, y cuando la insolvencia o liquidación derive de las actuaciones de la matriz o controlante en interés de ésta o de sus subordinadas y en contra de la sociedad en reorganización o liquidación “la matriz o controlante responderán en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella”.

Con base en tales disposiciones, esta Oficina considera que las multas constituyen “créditos del fisco”, entendidos como “todo aquello que se adeuda al erario o tesoro público por concepto de rentas del Estado”, y en tal virtud se catalogan como créditos de primera clase, como se indicó en el Oficio 220-216148 del 5 de octubre de 2017, así:

“Por lo anterior, es indubitable que tanto las contribuciones como las multas quedan comprendidas dentro del concepto ‘créditos del fisco’, esto es, todo aquello que se adeuda al erario o tesoro público por concepto de rentas del Estado y, por lo tanto, constituyen créditos de primera clase con todos los prerrogativas que ello comporta.

Al efecto, en el Oficio 220-032239 del 3 de abril de 2013 esta Oficina señaló que ‘las multas impuestas a sociedades por entidades públicas tienen el carácter de acreencias de tipo fiscal en razón a la naturaleza de quien ha de recaudarlas, por tal razón, en el evento que una acreencia de este tipo se haga parte oportunamente dentro de un proceso de liquidación obligatoria, gozará de la prelación que la ley le impone en el 2495 del Código Civil, esto es, se tratará de una acreencia ubicada en el primer grado por lo que goza de preferencia para su pago antes que las acreencias que sean graduadas como de 2^a, 3^a, 4^a o 5^a clase, siempre que, como se ha explicado en puntos anteriores, se haya hecho parte oportunamente dentro del aludido proceso concursal”.

Consulta n°2.- ¿En el caso de una sanción administrativa interpuesta por una entidad estatal notificada a la sociedad en estado de insolvencia, cuáles pueden ser las acciones que puede ejercer sobre un acreedor, cuando aun conociendo de la notificación de la sanción, esta no es incluida dentro del proyecto de calificación de créditos en cualquier proceso de insolvencia?

En cuanto a la no inclusión de una obligación conocida por el deudor en el proyecto de calificación y graduación de créditos elaborado dentro del proceso de reorganización, es de resaltar que el acreedor puede solicitar su admisión expresa por parte de los demás acreedores y, si ello no fuere autorizado, perseguir los bienes que queden una vez terminado el trámite o adelantar una acción de responsabilidad contra los administradores, contadores públicos y revisores fiscales para el pago de los perjuicios ocasionados.

De igual manera es de advertir que en el proceso de liquidación se satisfacen las obligaciones sociales en orden de preferencia u orden legal de pago hasta el agotamiento de los activos, pudiendo quedar obligaciones insolutas, las cuales serían canceladas si aparecen nuevos bienes con posterioridad a la terminación del proceso mediante una adjudicación adicional.

Consulta n°3.- ¿Cuáles son las acciones que se pueden ejercer contra los socios o accionistas por la conducta de la sociedad en el uso indebido cuando esta sociedad en insolvencia deja todos los créditos en saldo insoluto y cuál sería el procedimiento?

Ahora bien, la “responsabilidad” de los socios por las deudas de la sociedad insolvente depende del tipo societario de que se trate y de la naturaleza de las obligaciones pues, como quedó dilucidado en las disposiciones legales traídas a colación, en las sociedades colectivas hay responsabilidad ilimitada de los socios por todas las deudas sociales; en las sociedades en comandita los socios gestores o colectivos responden por todas las obligaciones pero los comanditarios solo responden hasta el monto de sus aportes; en la sociedad de responsabilidad limitada los socios responden hasta el monto de sus aportes, salvo en materia laboral y tributaria, y en las sociedades anónima y por acciones simplificada no es posible exigir a los socios el pago de las obligaciones insolutas por ningún concepto, excepto cuando median actos defraudatorios o conductas contrarias a derecho.

En este último caso, los acreedores pueden demandar el levantamiento del velo corporativo o la desestimación de la personalidad jurídica para que los socios sean llamados a responder solidariamente por las obligaciones sociales.

Así se precisó en el Oficio 220-155836 del 19 de noviembre de 2015:

“Anotado lo anterior, procede señalar que la figura del levantamiento del velo corporativo, que comúnmente se conoce 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. Indiscutiblemente 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, o que en otras palabras elimina los efectos propios de la existencia de la sociedad frente a la limitación de la responsabilidad de los socios que la conforman.

“Ahora bien, en el sistema legal colombiano, no existe una norma que consagre de manera taxativa las causales que darían origen al levantamiento del velo corporativo, aunque si se contemplan situaciones en las cuales podría haber lugar a su ocurrencia.

Sobre el tema esta Superintendencia se ha pronunciado entre otros a través del Oficio 220-011545 del 17 de Febrero de 2012 cuyos apartes resulta oportuno transcribir:

“(…)

“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.

“La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

“La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de éstos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario”. (El llamado es nuestro).

“Por su parte, el artículo 44 ibídem, señala que las funciones jurisdiccionales a que se refieren los artículos 24, 40, 42 y 43, serán ejercidas por la Superintendencia de Sociedades, con fundamento en lo previsto en el artículo 116 de la Constitución Política.

“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.

“(…)

“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.

(…)”.

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.