

220-6530
Ref. Consulta

Me refiero a su comunicación radicada en esta Superintendencia el 18 de diciembre de 1998 con el número 327,822-0, a través de la cual elevó una consulta a este Organismo dividida en varios interrogantes, los que se abordan en el mismo orden en que fueron planteados; y es necesario precisar que la opinión que al respecto expresa esta Superintendencia tiene el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo:

"1. Que se debe entender exactamente con la denominación "Empresa de fachada ?"

"2. Considerando que la legislación colombiana distingue de manera precisa entre unos y otros tipos de sociedad, según su naturaleza, su nacionalidad, el número de sus socios, etc., ¿Cual es la fuente de derecho en la que se apoya el reconocimiento de la existencia de la llamada "Empresa de fachada ?"

Puesto que en la legislación no se encuentra definición en tal sentido, es pertinente acudir al Diccionario de la Lengua, en cuya vigésima primera edición se define "fachada" como : *"fig y fam. presencia, aspecto, figura del cuerpo humano. Portada en los libros "*. Y teniendo en cuenta sus otras preguntas, en las cuáles interroga usted acerca de "sociedades de fachada", es necesario, además, referirse al sentido legal de la personificación jurídica de la sociedad. Lo anterior en atención a que de conformidad con el artículo 28 del Código Civil, *"Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras ; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal"*.

Por consiguiente, la ausencia de definición legal de las "empresas" o "sociedades de fachada" impone considerar su significado ordinario más adecuado, entendido éste de conformidad con el contexto normativo en el cual se utilice dicha expresión, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 del Código Civil, *"El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía"*, sin distinguir si todas esas partes corresponden a palabras definidas legalmente. Es necesario entonces, para efectos de la pregunta que aquí se considera, distinguir la materia comercial y civil, por una parte y la penal, por la otra, sin perjuicio de armonizarlas para efectos de cada una de ellas, tal y como lo prescribe la norma citada ; y tener presente que la "fachada" en cuestión debe referirse a sociedades, entendidas tanto como contratos o como personas jurídicas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Comercio, o a empresas, en los términos de la noción legal prevista en el artículo 25 del mismo Código, según el cual *"Se entiende por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de un o más establecimientos de comercio"*.

Desde el punto de vista del derecho comercial y civil, tales expresiones tienen sentido en función de los principios y normas relacionados con el fraude a la ley, el abuso del derecho y la simulación, temas todos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina nacional, y que encuentran su respaldo básico en el artículo 8 del la Ley 153 de 1887, de acuerdo con el cual, *"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho"*, sin perjuicio de desarrollos más específicos, tales como el artículo 830 del Código de Comercio, que consagra legislativamente el denominado abuso del derecho. Y a ellos se unen las implicaciones propias de la ilicitud del objeto y de la causa, cuestiones reguladas imperativamente en los Códigos Civil y de Comercio vigentes.

En el caso concreto del derecho societario, es necesario destacar la construcción doctrinal de la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica, cuya influencia es clara en las siguientes disposiciones de la reciente Ley 222 de 1995 :

"ARTICULO 71 CONCEPTO DE EMPRESA UNIPERSONAL

Mediante la Empresa Unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil.

La empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.

PARAGRAFO : Cuando se utilice la empresa unipersonal en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, el titular de las cuotas de capital 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."

"ARTICULO 148 ACUMULACION PROCESAL.

Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.

PARAGRAFO.-Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente".

"ARTICULO 207 DE LOS SOCIOS

Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.

La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario."

Como puede verse, la utilización abusiva o fraudulenta de la personalidad jurídica ya ha sido tenida en cuenta en las disposiciones transcritas, de manera que ni el abuso del derecho ni el fraude a la ley pueden darse a través o so pretexto del contrato de sociedad o de la personificación jurídica derivada de su celebración ; y a ello se une la regulación expresa de la ilicitud en el objeto y en la causa en materia societaria, según lo dispuesto en el artículo 104 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual, *"Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios" .*

Las normas anteriormente descritas son acordes con el hecho de que la personificación jurídica es un fenómeno de imputación de las consecuencias jurídicas que se siguen de una determinada conducta humana, como ha sido puesto de relieve por Kelsen. Ordinariamente, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas como consecuencia de una acción o de una omisión entran a formar parte del patrimonio del cual es titular el sujeto de derecho ("persona natural") con cuyo nombre se distingue al ser humano que ha ejecutado la conducta en cuestión. Pero no siempre sucede así y ocurre con gran frecuencia que los derechos y obligaciones que se derivan de la acción u omisión de un ser humano son atribuidos a otro sujeto de derecho, el cual puede ser o una "persona natural" o una "persona jurídica". El primer caso se presenta, por ejemplo, cuando una "persona natural" obra en nombre y en representación de otro sujeto de derecho también "persona natural" ; en la segunda hipótesis, referida a las sociedades, hay que distinguir el sustrato real propio de esta especie de persona jurídica y el desarrollo técnico de dicha personificación, organizado alrededor del contrato social.

El sustrato real de la personificación jurídica de la sociedad, que explica y justifica su razón de ser, consiste en el desarrollo conjunto de una actividad económica organizada, real y lícita. En el orden jurídico se ha previsto que las relaciones de carácter económico sean canalizadas a través de contratos ; y para el fenómeno real de la asociación de capitales y esfuerzos de varios individuos ha diseñado una forma o molde contractual especial, mediante el cual disciplina las relaciones entre los socios y, simultáneamente, establece que todas las acciones y omisiones relacionadas con el desarrollo de la empresa que vincula a los socios entre sí mantenga en el plano jurídico esa unidad que manifiestan en la vida real, imputando todos los derechos y las obligaciones que se derivan de tales conductas a un sujeto de derecho distinto de los socios individualmente considerados. La separación y distinción subjetiva y patrimonial solamente se produce cuando se cumplen todos los supuestos de hecho necesarios para poner en movimiento todo el complejo normativo del cual se sigue la imputación de derechos y obligaciones a la sociedad y no a sus socios o a sus administradores. La sociedad-persona jurídica es, pues, un simple instrumento técnico que el derecho objetivo proporciona en atención a ese sustrato real que se canaliza a través de la sociedad-contrato ; en otras palabras, es para el desarrollo de la actividad económica organizada por los socios que se constituye una compañía y es únicamente con ese fin que el ordenamiento jurídico prevé su funcionamiento.

La simulación, en cambio, no ha sido objeto de regulación expresa en materia societaria, de manera que en cada caso es necesario establecer si la constitución de una sociedad -como consecuencia de la cual surge una persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados, en los términos del artículo 98 del Código de

Comercio, que es titular de un patrimonio propio que no se confunde con el de ninguno de éstos- es real o simulada, o si se presenta la simulación con ocasión del funcionamiento de una sociedad legalmente constituida, verificación que correspondería a un juez civil en desarrollo de un proceso ordinario, y en el cual tendría que demostrarse el carácter "de fachada", es decir, irreal o simulado de la celebración o la ejecución del respectivo contrato social. Y aunque la simulación en sí misma no es ilícita, perfectamente un acto simulado puede ser, además, fraudulento o abusivo, o darse además la ilicitud de la causa o del objeto de la sociedad disimulada, es decir, de la sociedad real, mediante la simulación absoluta o relativa de una sociedad "de fachada" aparentemente real y lícita, pero que sirva de máscara para una actividad o un móvil contrario a la ley o al orden público. Todo ello en atención a que el reconocimiento legislativo de la sociedad sólo se explica en atención a una actividad económica organizada real y lícita que pueda ser canalizada a través de dicho mecanismo contractual.

Los alcances de la declaratoria judicial de la simulación de un acto o contrato dependen en cada caso de si se trata de actos absoluta o relativamente nulos, así como de si la declaratoria se pronuncia respecto de socios o de terceros, y en este último evento es necesario determinar si se trata de terceros de buena fe, teniendo en cuenta los criterios señalados por la Corte Suprema de Justicia.

Con ocasión de una simulación puede ocurrir que una sociedad sea utilizada como persona interpuesta, como "fachada", testafarro o interpuesta persona, situación en atención a la cual debe tenerse en cuenta que la Corte ha expresado que *"Como en todos los tipos de simulación, en la interpuesta -o interpósita- persona se requiere de un acuerdo simulatorio. Sólo que en ésta, el acuerdo tiene, asimismo, que comprender al testafarro, pues justamente la cuestión reside en definir la función que a éste le compete desempeñar dentro de ese concierto. En el anterior orden de ideas, el papel del testafarro en el ámbito propio del negocio no puede ir más allá de encubrir u ocultar al sujeto que, con la otra parte, ha ajustado el negocio, y respecto del cual los efectos del mismo están verdaderamente llamados a producirse. Por lo mismo, en frente de esa otra parte el testafarro no contrae ninguna obligación, ni adquiere ningún derecho, desde luego, en la medida en que se deje al margen el problema de los terceros de buena fe que pueden ver en él al verdadero titular de un poder jurídico. Además, la aludida apreciación no excluye que con la parte a la que sirva de pantalla quede obligado a restituir el derecho en el momento en que se lo exija, si es que el desarrollo del acto simulado ha quedado detenido en el testafarro. La simulación por interpuesta persona, al igual que cualquiera de los otros tipos de simulación, debe ser la expresión de una determinada causa simulandi, entendiéndose por tal el motivo, el propósito, la finalidad de las partes para encubrir o disimular el acto realmente querido. Aun cuando de modo general se juzga que la prueba de la causa simulandi no constituye un requisito sine qua non para dar por establecida la simulación, se dice también, con toda lógica, que la misma sí es un valioso instrumento para arrojar luz sobre lo que de manera cierta hubiere acordado las partes". (CSJ, Cas. Civil, Sent. Mar 12/92. M.P. Héctor Marín Naranjo).*

Si el contexto normativo que está en juego es de carácter penal, al no estar definidas en las normas no penales las expresiones empresa o sociedad de "fachada", es necesario acudir a los criterios que se han definido en la jurisprudencia y en la doctrina al examinar cuál es el sentido que debe darse a los conceptos del derecho privado que, definidos o no por dicho ordenamiento, cumplan una función integradora del precepto de una norma penal. Y en este sentido es importante recordar la opinión del profesor Lisandro Martínez Zúñiga, para quien *"la polémica sostenida entre los partidarios de la privatística y de la corriente autonomística no puede solucionarse mediante reglas absolutas, toda vez que siguiendo a ANTOLISEI puede decirse que "... más que todo se trata de un problema de interpretación, esto es, -se subraya- que la cuestión debe resolverse caso por caso, para cada concepto singular. Punto de partida imprescindible deben ser las nociones elaboradas y acogidas por el derecho privado, las cuales estructuran los respectivos institutos jurídicos. Tales conceptos, no solo no los debe desconocer el penalista, sino que debe estudiarlos a fondo, Sin embargo, tales nociones deben ser estudiadas a la luz del derecho penal, verificando -se subraya- las consecuencias que se derivan de su aplicación. Si resulta que la completa aplicación de los principios privatísticos conduce a resultados que se hallen en contraste con el fin, con las exigencias y con el carácter mismo del derecho penal, el penalista debe adoptar, a tales conceptos, aquellas modificaciones necesarias para evitar la contradicción. Si analizadas las instituciones civiles, se encuentra que en ellas existe un vacío respecto a definiciones de importancia penal, corresponde a nuestra disciplina llenar tal vacío, pero en el caso que no se presente contradicción entre la definición dada por el derecho privado y el fin de las normas penales, o de que no exista un vacío en la legislación civil, el penalista debe aceptar la definición privatística. Adaptado el concepto civil a fin y al carácter de la norma penal, no se invaden campos ajenos, sino que se adaptan expresiones al ámbito en el cual les corresponde actuar, y donde por razones especiales deben adquirir una particular significación o deben tomar un valor originario"*

Así las cosas, a propósito de la inquietud planteada en su consulta, en cada caso concreto sería necesario determinar cuál es el tipo penal que se examina, de manera que sea a partir de él que se establezca el sentido apropiado de la referencia a "empresas" o "sociedades" "de fachada". Y para ello, es importante atenerse al criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia al expresar que *"El que para efectos comerciales y civiles la persona jurídica sea un ente distinto de los 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 para cometer actuaciones delictuosas". (Sala de Casación penal, auto del 20 de enero de 1993, rad. 7183).* Y debe tenerse en cuenta la irrelevancia frente a la ley penal de las condiciones de existencia, eficacia, validez y oponibilidad que la ley civil o comercial exija respecto de los actos o contratos, pues lo esencial es la existencia del hecho como delito -según ha sido puesto de relieve por Mirto en materia penal societaria- y mal

podría alegarse una sanción de derecho privado para sustentar una pretendida insignificancia penal de una conducta punible.

Para tales efectos, y de manera puramente ilustrativa, como quiera que en cada caso concreto debe examinar el juez penal la respectiva situación de hecho y su eventual adecuación a las conductas tipificadas como punibles, se pueden tener en cuenta disposiciones penales como las siguientes :

En el estatuto anticorrupción (ley 190 de 1995 y ley 365 de 1997) se establece que *"ARTICULO 44 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."* En esta disposición es clara la referencia a la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica, y sin circunscribirla a las sociedades comerciales, pues cualquier persona jurídica puede ser utilizada para cometer actuaciones delictuosas.

Por su parte, en el artículo tercero de la ley 333 de 1996 se dispone que *" Para los efectos de esta Ley se entenderá por bienes susceptibles de extinción del dominio todo derecho o bien mueble o inmueble, con excepción de los derechos personalísimos. La extinción del dominio también se declarará sobre el producto de los bienes adquiridos en las circunstancias de que trata esta Ley, los derivados de éstos, sus frutos, sus rendimientos, y sobre los recursos provenientes de la enajenación o permuta de bienes adquiridos ilícitamente o destinados a actividades delictivas o considerados como producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito. Cuando se mezclen bienes de ilícita procedencia con bienes adquiridos lícitamente, la extinción del dominio procederá sólo hasta el monto del provecho ilícito."*

Y entre las normas tendientes a combatir la delincuencia organizada (Ley 356 de 1997), se encuentra una modificación del Código de Procedimiento Penal según la cual *"ARTICULO 2 El Código de Procedimiento Penal tendrá un artículo 61A, del siguiente tenor : "Art. 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 judicial 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"*.

Es claro entonces que en las leyes penales se prevé que con ocasión de un proceso penal se puede establecer que una persona jurídica puede haber sido utilizada total o parcialmente para el desarrollo de actividades delictivas, situación que puede corresponder a las denominadas "sociedades de fachada", sin que para ello sea óbice su constitución según la ley y su consecuente personificación jurídica, como lo confirma, precisamente, el hecho de que en la disposición que acaba de citarse se prevea la cancelación de la personería jurídica, cuando la tiene, así como el simple cierre de los establecimientos, consecuencia ésta última que puede afectar "empresas" , es decir, actividades económicas organizadas (C.Co. art.25) sin personalidad.

"¿Cuáles son las responsabilidades que según la ley surgen de contratar con una sociedad de fachada ?

En relación con la responsabilidad predicable del tercero que contrata con una sociedad "de fachada", nuevamente se distingue entre la materia civil y comercial, por una parte, y la penal, por la otra.

En materia civil y comercial (C.Co. art. 822), los principios y reglas sobre responsabilidad contractual y extracontractual son comunes (Código Civil, arts 1603 y ss., 2341 y ss.), sin perjuicio de desarrollos particulares que, por ejemplo, establecen presunciones de culpa o de responsabilidad. El contenido básico de dicha responsabilidad consiste en la obligación civil de indemnización de perjuicios, y su pregunta no puede contestarse en abstracto, como quiera que en cada caso sería necesario determinar cuál es el daño cuyo resarcimiento se pretende, para a partir de él establecer si por el hecho de haber contratado con una sociedad o "de fachada" - entendidas dichas expresiones según el contexto civil o penal que corresponda al caso- un tercero puede ser civilmente condenado a la indemnización correspondiente.

En materia penal, se requiere ser imputable y culpable penalmente, dependiendo también, en cada caso, de cuál es la conducta típica y antijurídica con ocasión de la cual se pretende establecer si un tercero es penalmente responsable, dado el hecho consistente en que haya contratado con una sociedad de "fachada", y atribuyendo a estas expresiones el sentido adecuado a la finalidad perseguida por la norma penal correspondiente. Y debe recordarse que la culpabilidad penal puede darse en una de tres formas posibles, el dolo, la culpa o la preterintención (Código Penal, art. 35), y que las dos últimas modalidades sólo dan lugar a una conducta punible en los casos en los cuales así lo determina expresamente la ley (Código Penal, art. 39).

"4. La condición de ser "sociedad de fachada" para derivar de ella responsabilidades, ¿debe ser establecida y declarada judicialmente o, por el contrario, debe presumirse a efectos de trasladar la carga de la prueba, en éste caso negativa indefinida ?"

"5. Si la condición de ser "sociedad de fachada" se presume ¿cuáles son las actuaciones que surte el Estado para establecerla en el proceso de su constitución y registro mercantil o en el de su registro ante la dirección de impuestos ?"

"6. Si, en cambio, al amparo del principio constitucional de la buena fe, tal condición no se presume sino que debe probarse por parte de quien la invoca en procura de reivindicar un derecho o radicar una responsabilidad, ¿qué rol debe desempeñar en ese proceso la función de inspección y vigilancia que le corresponde al Presidente de la República y por delegación a la Superintendencia de Sociedades ?"

Habida cuenta que los interrogantes transcritos involucran todos el tema de la declaración judicial y/o presunción de la "sociedad de fachada", se debe reiterar que esa figura no está legalmente consagrada, por lo cual no cabe una declaratoria judicial en tal sentido. Ello no significa que al estar de por medio una sociedad, real o simulada, no sea posible dar aplicación a los principios y reglas civiles relacionados con el abuso del derecho, el fraude a la ley y a la simulación que ya se han mencionado ; ni tampoco quiere decir que la ausencia de dicha consagración legal implique la imposibilidad de adelantar una investigación respecto de presuntos hechos delictuosos ejecutados al amparo de una de tales sociedades o empresas.

Así por ejemplo, si se atiende a la finalidad y al contexto de la Ley 333 de 1996 sobre extinción del dominio, se tiene que la acción correspondiente tiene lugar cuando hay bienes de procedencia ilícita, para lo cual el fallador tiene que hacer una serie de consideraciones tendientes a establecer tal circunstancia; y eventualmente podría llegar a concluir, por ejemplo, que una sociedad constituida aparentemente para realizar un fin lícito, haya sido utilizada por sus socios, administradores o terceros, para explotar o encubrir bienes de procedencia ilícita, pretendiendo así dotar de legalidad operaciones fraudulentas en razón del origen de los recursos, y en tal caso podría estarse frente a una de esas llamadas "sociedades de fachada", aunque no se produzca una declaración judicial en tal sentido respecto de la sociedad utilizada como "fachada".

En lo que respecta a si debe presumirse o no la calidad de "sociedad de fachada", es claro que sólo son viables las presunciones establecidas expresamente por la misma ley, y no existe disposición alguna al respecto. Y en lo que hace referencia a la carga de la prueba, debe señalarse que no es dable pronunciarse al respecto de manera general, pues ese es un aspecto que en razón a la naturaleza de cada causa sustancial y cada proceso en particular señala la ley, y sería necesario definir cuál es el caso concreto para determinar a quién le corresponde probar o desvirtuar cada hecho relevante; por ejemplo, para definir si una sociedad es simulada, se utilizó fraudulentamente o se dedicó al desarrollo de actividades delictivas.

Puesto que no se presume legalmente la condición de sociedad "de fachada", en lo que tiene que ver específicamente con la Superintendencia de Sociedades ha de indicarse que esta entidad ejerce funciones de inspección, vigilancia y control, en los términos que le señala la Ley 222 de 1995, y las cuales no contemplan ninguna actuación relacionada con reivindicaciones de derechos o asignación de responsabilidades con ocasión de la utilización de una sociedad como "fachada".

En este orden de ideas, en el caso de esta Superintendencia se debe reiterar que el objeto de sus atribuciones no consiste en la averiguación o 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, del Código de Procedimiento Penal, debe servirle de apoyo a los organismos del Estado (artículo 86 de la 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 su propia competencia como su naturaleza jurídica de organismo técnico de supervisión de la rama ejecutiva del poder público, con funciones básicamente administrativas. A ello se suma que de acuerdo con el artículo segundo del Decreto 3100 de 1997, por el cual se determinan las personas jurídicas sujetas a la vigilancia de esta Superintendencia, por acto administrativo particular del Superintendente se sujetarán a la vigilancia de la misma aquellas sociedades comerciales comprometidas en un proceso de extinción de dominio respecto de bienes como los descritos en el artículo 3º. de la Ley 333 de 1996 ; y para ese propósito la Dirección Nacional de Estupefacientes le comunicará a la entidad la iniciación de la acción de extinción, cuando la misma recaiga sobre los bienes de que trata el citado artículo.

"7. En desarrollo del principio de acuerdo con el cual "no hay atribución sin responsabilidad", ¿cuál es el alcance de la responsabilidad de la administración pública por la falla en el desempeño de la facultad de inspeccionar y vigilar, presente cuando permite por acción u omisión de sus delegatarios, el nacimiento a la vida jurídica de una de tales "sociedades de fachada" ?".

"8. Cuando una sociedad ha logrado sortear los trámites que el Estado o sus delegatarios interponen en el camino de su formación y, entonces, nace a la vida jurídica, ¿Están los particulares, terceros en la relación, amparados por algún tipo de certeza que les permita contratar con ellas, o, por el contrario, deben asumir alguna labor del tipo de las que corresponden al Estado a fin de establecer ellos la legalidad en su formación ?".

En el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia se establece que *" Se garantiza el derecho a la libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad"*, lo anterior en concordancia con el artículo 20 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ; y en el artículo 333 de la Carta se establece que: ***"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.(-)La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.(-)La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial..."***

La ley comercial desarrolla estos principios constitucionales mediante las normas que consagran la autonomía de la voluntad privada y para lo que aquí interesa permiten la libre constitución de sociedades comerciales, sin que sea necesario contar con autorizaciones previas o permisos de funcionamiento, salvo excepción legal que no existe para las sociedades mercantiles regidas por el libro II del Código de Comercio; por lo tanto, respecto de la administración pública no resulta posible identificar una "...falla en el desempeño de la facultad de inspeccionar y vigilar, que se presenta cuando permite por acción u omisión de sus delegatarios, el nacimiento a la vida jurídica de una de tales " sociedades de fachada".

Según las disposiciones legales pertinentes, la existencia y representación legal de una sociedad se prueba mediante el certificado expedido por la Cámara de Comercio correspondiente a su domicilio social, y su capacidad está restringida al ejercicio de las actividades previstas en su objeto social, de manera que para efectos de contratar con ella, son los terceros mismos los llamados a establecer si se trata de una sociedad válidamente constituida y a evaluar cuál es el ámbito de sus actividades, así como su solvencia patrimonial y el crédito que ella merezca en la comunidad, lo mismo que el que corresponda a sus socios, administradores y funcionarios.