

OFICIO 220-208682 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2016

REF: SU OFICIO NRO. 3594-2015--5103 DEL 15-11-2016- SOCIEDADES OFFSHORE- EMPRESAS DE PAPEL- EMPRESAS FACHADA.

Aviso recibo su oficio radicado bajo No. 2016-01-556165 21/11/2016, mediante el cual solicita un concepto en que se indique cómo define la Superintendencia de Sociedades, las “*sociedades Offshore*”, “*empresas de papel*” o “*empresas fachada*”:

Al respecto se debe advertir que el ordenamiento jurídico colombiano, para el efecto el cuadro normativo integrado por la Constitución Política, el Código de Comercio, en particular el Título III del Libro 2º, los Tratados internacionales de derecho comercial, y las disposiciones pertinentes del Código Civil, no contemplan norma alguna que defina de manera expresa los conceptos de “*sociedades Offshore*”, “*empresas de papel*” ni “*empresas fachada*”, y menos aún, existe definición propiamente, emanada de esta Superintendencia, pues su competencia como órgano de supervisión, en los términos de la Ley 222 de 1.995, es eminentemente reglada y como tal no comporta facultades que le permitan legislar.

En el entendido entonces que no es del resorte de esta Entidad definir positivamente ningún fenómeno jurídico, es pertinente señalar que en el medio empresarial contemporáneo, se conocen como *sociedades offshore* aquellas que se constituyen bajo una jurisdicción foránea en la que no realizan ninguna actividad económica, teniendo en cuenta que a su amparo, se permite realizar actividades comerciales, estando exentas de gravámenes tributarios, países estos que se conocen como *paraísos fiscales*.

Por su parte las empresas o sociedades de *fachada* o *de papel*, son otro fenómeno atípico que se presenta en ámbito societario y en términos generales obedecen a estructuras simuladas, cuya apariencia corresponde a un tipo de sociedad legítimo, o cuando en la creación de una empresa intervienen terceras personas para aparentar la supuesta pluralidad de asociados o el supuesto cumplimiento del número de socios que la ley exige, o cuando una sociedad real es empleada como persona interpuesta o “*testaferro*”, entre otras situaciones.

Sin perjuicio de lo expuesto y considerando que esta Superintendencia en ejercicio de sus funciones ha tenido la oportunidad de efectuar algunos pronunciamientos sobre los fenómenos empresariales aludidos, es pertinente para los fines de su solicitud traer algunos apartes de los conceptos, previa referencia a sendas citas de carácter doctrinario que pueden servir de ilustración.

I. En torno a la figura de las sociedades “OFFSHORE” la facultad de Ciencias Económicas, Departamento de Ciencias Contables de la Universidad de Antioquia elaboró el estudio denominado *LOS PARAISOS FISCALES EN LA ACTUALIDAD COLOMBIANA: ANALISIS DE SU PROPIA PROBLEMÁTICA Y DE SUS IMPLICACIONES ECONOMICAS Y TRIBUTARIAS.*

(...)

“La figura que está incentivando la aparición y atractivo de paraísos fiscales es la denominada sociedad Offshore. Dichas sociedad con constituidas para facilitar el desarrollo de operaciones en el exterior y la evasión fiscal, mediante la “intermediación simulada” de operaciones entre países de tributación ordinaria: es decir, son sociedades que sirven como puente entre transacciones internacionales con el fin de esconder el verdadero origen de la operaciones y lograr disminuir la carga tributaria que los inversionistas soportan en su país de origen. Normalmente, los inversionistas a los que se hace referencia son dueños de otra empresa ubicada en un país con tributación ordinaria y, en ocasiones, son los mismos dueños de las sociedades offshore.

“La “simulación de transacciones” de estas empresas consiste en hacer triangulaciones con operaciones comerciales, en efecto, una empresa en vez de importar comprando directamente a su proveedor, lo que hace es utilizar la sociedad offshore ubicada en algún paraíso fiscal, para que esta compre al proveedor y luego al revenda con un costo considerablemente mucho más alto; así, cuando dicha empresa venda a sus clientes va a tener un menor margen de utilidad, lo que significará un menor pago de impuestos sobre las ganancias. Esta sencilla operación no solo genera un gran beneficio con un mínimo riesgo para las empresas, si no que erosiona sustancialmente las bases grabables, lo que implica un menor recaudo fiscal en países con sistemas tributarios ordinarios.

“Lo que hace este mecanismo efectivo son las características propios de las empresas offshore, las cuales implican dese la legalidad de las operaciones que se llevan a cabo hasta el anonimato de los inversionistas. Según OBS E-Commerce Consulting Ltda (2013) consultora de reino unido especializada en sociedades offshore, las cualidades que tipifican a este tipo de entes Juridicos son:

“-Las sociedades offshore no puede realizar negocios en el territorio donde esté constituida la empresa que actúa como contraparte, ya que el hecho de estar radicada en un paraíso fiscal, le haría tributar como cualquiera sociedad registrada en el país y los tipos impositivos serían muy similares a los de una empresa constituida en un país de altos impuestos.

“-La facilidad y rapidez para su constitución, pues no exige un capital mínimo para su creación, y si lo hubiere, sería muy bajo.

“-Las acciones puede ser nominativas o al portador, así que el beneficiario puede ser un testaferro, una empresa pantalla o cualquier persona no identificada.

“-No están obligadas a presentar cuentas anuales ni auditorias en la jurisdicción offshore.

“-No hay restricciones en el flujo de capitales y podrían realizar cualquier transacción.

“-Están exentas de los impuestos sobre los beneficios, capital activos; el único impuesto que tendrían que pagar una empresa offshore es una cuota fija en concepto de registro.

“-Las sociedades offshore se pueden utilizar para realizar re-facturaciones ya que compran desde el paraíso fiscal y no disponen de cuentas bancarias ni activos en el país donde ha sido registrada la compra.

“-Resulta evidente que este tipo de sociedades gozan de todas las ventajas políticas, económicas, tributarias y penales que ofrecen los paraísos fiscales para ejecutar sus operaciones con efectividad y legalidad, pero con efectos negativos en los países de origen de los que actúan como contraparte de las operaciones, ya que implican una reducción sustancial de los ingresos tributarios que utilizan estos Gobiernos para cumplir con deberes constitucionales con la sociedad. En la entrevista realizada en el programa el Color del Dinero a Jose Luis Escario, coordinador del área Unión Europea de la Fundación Alternativas y autor del libro “Paraísos Fiscales: los agujeros negros de la economía internacional”; se evidencia que el mayor problema que se presenta con las sociedad offshore es el ocultamiento del beneficiario real del dinero, debido a que llegar a él es prácticamente imposible gracias a que las sociedad offshore han creado una serie de vehículos intermedios de sociedades de estructuras y de testaferros que posibilitan que quien este en frente del negocio sea un “hombre de paja” mientras que le beneficiario real se encuentra en el anonimato y por tanto no tiene que pagar impuestos por el dinero que obtiene (Escario &Cruzado, 2012).”

-Por su parte, esta Superintendencia, en Oficio 220-31003 de julio de 2004, se refirió a la inquietud sobre la posibilidad de que sociedades OFFSHORE invirtieran en en Colombia:

(...)

“En esa medida, para los efectos relacionados con la inversión de capital del exterior, cualquiera sea la modalidad, se debe efectuar oportunamente el registro correspondiente ante el Banco de la Republica, con sujeción al art. 8 de Decreto 1844 de 2003, atendiendo adicionalmente que si de lo que se trata es de participar como asociado constituyente o como posterior ingresante en una sociedad colombiana en calidad de asociado, hay que estarse a las reglas previstas en los artículos 98 y SS del Código de Comercio, en concordancia con el art. 110 idem, observando que la capacidad para participar como tal, en el caso de personas jurídicas de forma societaria, está determinada por las actividades que constituyan su objeto social; si por el contrario el propósito de la sociedad extranjera es emprender directamente negocios permanentes en Colombia, se requiere para ello establecer una sucursal con domicilio en el territorio nacional, dando cumplimiento estricto a las formalidades y requisitos previstos en los artículos 470 y SS del Código citado.”

II. Siguiendo en el orden con las figuras en cuestión, son igualmente oportunas las consideraciones que efectuó esta Superintendencia, a propósito de las “*sociedades fachadas*”, con ocasión del Oficio 220-059456 del 17 de diciembre de 2007:

(...)

“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 la palabra "ficticia" como "(Del lat. fictius) adj. Fingido o fabuloso. 2. Aparente, convencional" ; y en el que, a su turno se definen "fingido" como ". adj. Que finge, falso", y "falso" como "adj. Engañoso, fingido, simulado; falto de ley, de realidad o veracidad". Y teniendo en cuenta su quinta pregunta, en la cual interroga usted acerca del significado legal de la expresión "empresas de fachada", de una vez es necesario precisar que en dicho diccionario se define "fachada" como: "fig y fam. presencia, aspecto, figura del cuerpo humano. Portada en los libros". 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" o "ficticias", 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" o " ficción" 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".

(...)

“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 "ficticio" o " 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" o "ficticia" 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 real sea utilizada como persona interpuesta, como "fachada", testaferro 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 testaferro, 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 testaferro 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 testaferro 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 testaferro. La simulación por interpuesta persona, al igual que cualquiera de los otros tipos de simulación, debe ser la expresión de una determinada causa simulandi, entendiendo 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).

III. Finalmente, entre la noción de “*sociedades de papel*” se ubican aquellas que se presumen constituidas con arreglo a los artículos 98 y 110 del Código de Comercio, se registran en la Cámara de Comercio, y en el respectivo acto de constitución dicen cumplir los requisitos legales exigidos; sin embargo al examinar la realidad económica, financiera, administrativa, se puede constatar la falta de los elementos que comportan la definición de empresa¹, como la apariencia de realidad de lo expresado en el contenido de la escritura pública de constitución o del acto privado en el caso de las SAS, de tal manera que la sociedad existe jurídicamente, pero la finalidad para la cual fue constituida en muchas ocasiones no se ha puesto en marcha.

1ARTÍCULO 25. EMPRESA - CONCEPTO. Se entenderá 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 uno o más establecimientos de comercio.

En los anteriores términos, su solicitud ha sido atendida con los alcances descritos en el artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.