

OFICIO 220-156334 DEL 9 DE OCTUBRE DE 2018

REF: BENEFICIARIO REAL DE LA OPERACIÓN - SUSTANCIAS CONTROLADAS CNE.

Aviso recibo de la comunicación identificada con el No. de la referencia, radicada bajo No. 2018-01-393422 30/08/2018, mediante la cual el Director Jurídico de ese organismo tuvo a bien solicitar el concepto de esta Entidad en torno a la determinación del beneficiario real de la actividad económica en operaciones que involucran el manejo de sustancias y/o productos químicos controlados por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

La solicitud formulada plantea los siguientes antecedentes:

“...esta Cartera Ministerial eleva una consulta a la Superintendencia de Sociedades relativa a la posibilidad de que un patrimonio autónomo, o una sociedad fiduciaria en calidad de administradora de ese patrimonio autónomo, o el beneficiario —en el marco de un contrato de fiducia mercantil—, puedan tener la calidad de socios de una sociedad mercantil. Frente al particular, este Ministerio realiza las siguientes consideraciones:

“Por medio del Decreto 585 del 2 de abril de 2018, "por el cual se adiciona un Capítulo, se derogan algunos artículos del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, y se reglamentan los artículos 81 y 82 del Decreto-Ley 19 de 2012", se reguló el "Certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, autorización extraordinaria para el manejo de sustancias y/o productos químicos controlados".

“De conformidad con el Artículo 2.2.2.6.1.3 del Decreto en mención, el Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes - CCITE- "... es el documento que certifica la inexistencia de informes provenientes de las autoridades nacionales e internacionales por conductas relacionadas con delitos de tráfico de estupefacientes y conexos y en consecuencia autoriza a personas naturales o jurídicas para el manejo de sustancias y/o productos químicos controlados en virtud, de lo dispuesto por el Consejo Nacional de Estupefacientes. en las condiciones establecidas en el mismo". (Subrayado fuera de texto).

“Dicho certificado autoriza a las personas naturales y jurídicas para que importen, compren, distribuyan, consuman, produzcan, almacenen o realicen actividades con las sustancias y/o productos químicos controlados en virtud de lo dispuesto en la Resolución 001 de 2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes y determina las condiciones conforme a las cuales pueden desarrollarse esas actividades. Asimismo, la finalidad de éste es realizar un control sobre las sustancias

establecidas en las (sic) Resolución referida y sobre los sujetos que utilizan dichos productos o sustancias para alguna de las operaciones descritas.

“Como es natural, al momento de realizar la solicitud del Certificado de Carencia, los interesados deben adjuntar determinados documentos que permitan establecer la idoneidad del solicitante. Tratándose de las personas jurídicas que presentan la solicitud, entre los documentos que se requieren, el artículo 2.2.2.6.3.2 del Decreto 1069 de 2015 solicita que se allegue “[c]opia (sic) de los documentos de identidad de los representantes legales principales y suplentes, miembros de junta directiva principales y suplentes, y **de los socios que posean un porcentaje igual o superior al 20% del capital social. Cuando los socios o representantes legales sean personas jurídicas, se deberá indicar el número de identificación tributaria -NIT o aportar el documento que acredite la existencia y representación legal expedido por la autoridad competente, con fecha de expedición no mayor a tres (3) meses, según sea el caso y copia de los documentos de identidad de sus representante(s) legal(es) principal(es) y suplente(s).**” (Negrilla fuera de texto).

“La razón por la cual se solicita, entre otros, la identificación de los socios que detentan un porcentaje igual o superior al 20% del capital de la sociedad solicitante del CCITE, es porque se considera que estos son quienes detentan el control sobre las actividades que realice la sociedad en relación con las sustancias controladas e, igualmente, porque estos pueden entenderse como los beneficiarios de la misma. Lo anterior a efectos de tener un mayor control sobre los principales actores en el desarrollo de las actividades señaladas.

“No obstante lo anterior, hay casos en los que no es posible identificar el beneficiario real de la actividad económica como es el aquél (sic) en que hay un negocio fiduciario de por medio, constituyéndose la sociedad fiduciaria, en representación del patrimonio autónomo que administra, en accionista de una de las sociedades solicitantes.

“Con el fin de desarrollar este argumento es necesario tener presente, por un lado, la finalidad de la solicitud de los documentos relacionados en el literal b, del numeral 3 del artículo 2.2.2.6.3.2 del Decreto 1069 de 2015 y, por otro, la estructura de la fiducia mercantil.

“Frente al primer punto -como ya se dijo-, la intención es identificar quién tiene el control efectivo de las operaciones respecto de las cuales se solicita autorización mediante la expedición del certificado de carencia, considerando el Decreto que serán los socios con más del 20% del capital de la sociedad solicitante. Lo anterior con el objetivo de realizar el seguimiento y control debido a las sustancias controladas conforme la Resolución 001 de 2015 del Consejo Nacional de Estupefacientes y sobre quiénes efectivamente se encuentran en cabeza del ejercicio de alguna actividad relacionada con las mismas.

“En cuanto al segundo punto, el artículo 1226 del Código de Comercio, relativo al concepto de fiducia mercantil, dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 1226. <CONCEPTO DE LA FIDUCIA MERCANTIL>. La fiducia mercantil es un **negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de, éste, o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.**

“Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

“Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios". (Negrilla fuera de texto)

“En ese orden de ideas, en la fiducia mercantil, el fiduciante transfiere la propiedad de uno o más bienes al fiduciario, con el fin de que éste los administre o enajene a efectos de cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

“Visto ello, quien resulta propietario de los bienes fideicomitidos es la Sociedad Fiduciaria, la cual debe ser debidamente autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Aun así, para que el negocio pueda cumplir su finalidad, con ocasión de este contrato se constituye lo que se denomina un patrimonio autónomo.

“En este orden de ideas, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1233 del Estatuto Comercial, los bienes fideicomitidos deben mantenerse separados del resto del activo fiduciario y de los otros negocios fiduciarios. Ese patrimonio puede ser objeto de derechos y obligaciones sin que llegue a considerarse que goza de personalidad jurídica.

“Frente a lo expuesto se deduce, entonces, que quien es propietario de ese patrimonio es la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar o enajenar los bienes fideicomitidos conforme a las instrucciones del fiduciante, en favor de aquél o de un tercero.

“A efectos de cumplir adecuadamente esas instrucciones, la Ley estatuye que esos bienes conformarán un patrimonio separado de los activos de la fiduciaria y de los demás negocios fiduciarios, con el objeto de que, por una parte, los bienes puedan cumplir la finalidad con la cual fueron transferidos, por otra, no sean perseguidos por los acreedores de la Sociedad Fiduciaria ni se confunda con otros negocios fiduciarios, lo cual, limita el poder de disposición de esos bienes a lo establecido en el contrato de fiducia mercantil. Tal es la razón por la cual, la fiduciaria, al momento de realizar alguna actuación frente al patrimonio autónomo,

debe informar que es ella, pero actuando en administración del patrimonio autónomo de que se trate en la especie, de lo contrario, se considerará que actúa a nombre propio.

“Es esa misma lógica la que lleva a deducir que el patrimonio autónomo no puede ser socio de ninguna sociedad, por el contrario, quien se constituiría en tal calidad es la sociedad fiduciaria actuando en administración del respectivo patrimonio autónomo. Frente al particular, en relación con la suscripción de acciones, la Superintendencia Financiera ha señalado lo siguiente:

"Cuando dicha suscripción o adquisición ocurre, el fiduciario es inscrito como propietario en el libro, de registro, no de accionistas sino de acciones, como se le denomina en la ley en forma acorde con el carácter capitalista y no personalista de la sociedad anónima. Esa inscripción es consecuencia, o de un contrato de suscripción que da derecho a que se le expida a su nombre el título documental que justifique su calidad de tal, según se establece en el artículo 399 del C. de Co., o de la orden escrita del enajenante a que se refiere el artículo 406 del C. de Co. sin distinguir el título o causa de enajenación. Y es importante advertir que la referida anotación como "propietario" no elimina la distinción legal que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1233 del C. de Co., existe entre el patrimonio del cual es titular la sociedad fiduciaria y los patrimonios autónomos afectos a la finalidad de las respectivas fiducias mercantiles de las que sea parte.

En este concepto, por supuesto, no se hace referencia a la inscripción del fiduciario como propietario de acciones que ingresen a su propio patrimonio, sino de aquéllas que ingresan a un patrimonio autónomo que, según se establece en el artículo 1226 del C. de Co., él administra para cumplir con la finalidad determinada por el fiduciante en provecho de éste o del tercero beneficiario"1. (Negrilla fuera de texto).

“Esa estructura dificulta el control efectivo que se pretende con el Decreto 585 de 2018, tratándose de aquellas sociedades que solicitan el CCITE, en las que al menos el 20% de su capital social hace parte de un patrimonio autónomo, por cuanto no permite identificar el verdadero beneficiario de las operaciones que se realicen sobre las sustancias controladas en virtud de la Resolución 001 de 2015 del CNE, dado que se obligaría a la sociedad fiduciaria, en representación del patrimonio autónomo al cual pertenecen los derechos sociales fideicomitidos, a que se remitieran los documentos exigidos en el artículo 2.2.2.6.3.2 del Decreto 1069 de 2015.

“Sin embargo, la realidad económica y jurídica de la fiducia mercantil permite deducir que no es la sociedad fiduciaria quien se beneficia con las actividades sobre las sustancias enunciadas, sino que es el fideicomisario del patrimonio autónomo —sea éste el fideicomitente o un tercero—, más a la luz de las normas, debería certificarse a la sociedad fiduciaria.

Así las cosas, se consulta si:

i.) ¿Es posible, en virtud de la finalidad y del espíritu del Decreto 585 de 2018, considerar que el beneficiario —dentro del negocio de fiducia mercantil- es el socio de la Sociedad solicitante del CCITE y no la sociedad fiduciaria?, y

ii) ¿A la luz del artículo 2.2.2.6.3.2 del Decreto 1069 de 2015, atendiendo su finalidad, se debe solicitar la información allí requerida al Beneficiario del negocio de fiducia mercantil, en aras de satisfacer la finalidad de la norma o corresponde a la Sociedad Fiduciaria allegar dicha información en calidad de administradora del respectivo patrimonio autónomo del que hacen parte las acciones de la sociedad solicitante?

Revisado el contenido de la solicitud, es necesario precisar que con fundamento en el derecho de petición en la modalidad de consulta, regulado en los Artículos 14 y 28 de la Ley 1755 de 2015, que sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, esta Superintendencia emite los conceptos generales a que haya lugar sobre las materias a su cargo, cuyos alcances no son vinculantes ni la comprometen la responsabilidad de la Entidad.

De ahí que sus respuestas en esta instancia no se dirigen a prestar asesoría a los organismos públicos o los particulares sobre asuntos contractuales, procedimentales o jurisdiccionales de carácter concreto, máxime si se tiene en cuenta que de acuerdo con la Sentencia C-1641 del 29 de noviembre de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, no le es dable a la Entidad como autoridad administrativa pronunciarse, ni intervenir en asuntos que pueda conocer en ejercicio de facultades jurisdiccionales o administrativas, en relación con los cuales haya de pronunciarse en las instancias procesales respectivas.

Bajo las premisas enunciadas y teniendo en cuenta los presupuestos que su consulta plantea, resulta oportuno efectuar las siguientes consideraciones jurídicas:

Así, se observa que la petición se dirige a definir el beneficiario real de una operación realizada por una sociedad en la cual una sociedad fiduciaria ostenta el 20% o más del capital social de aquélla, relacionada con el manejo de sustancias controladas por el Consejo Nacional de Estupefacientes, a efectos de determinar en quién recae la obligación de presentar la información requerida por el artículo 2.2.2.6.3.2 del Decreto 1069 de 2015, cuando quiera que sea solicitado un Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes.

Para ese fin es necesario partir, desde la perspectiva del derecho societario, del concepto y los efectos la personificación jurídica, según el cual “La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.”¹

1 Artículo 98, inciso segundo, Código de Comercio

2 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-171379 Del 19 de Diciembre de 2011.

3 Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-148365 del 28 de Septiembre de 2018. Persona natural controlante.

Surge entonces lo que se denomina *velo corporativo*, conforme al cual la sociedad asume el beneficio de la personificación y con ello adquiere capacidad de goce y capacidad de ejercicio, de forma que los derechos que detenta y las obligaciones que adquiere, los ejerce en nombre propio, sin que tales derechos puedan ser ejercidos, ni las obligaciones exigidas por o, a los socios individualmente considerados.

Sin perjuicio de lo anterior, como es sabido, en materia societaria existe la obligación de revelación, del nombre de la persona natural o jurídica que detenta el poder de decisión sobre la sociedad subordinada, sin que ello en manera alguna signifique que tal información descorra el velo corporativo.^{2/3}

Sobre este particular, deben tenerse en cuenta las presunciones de control y subordinación previstas en los artículos 26 y siguientes de la Ley 222 de 1995, además de la obligación de inscripción de la situación de control en el Registro Mercantil, contenida en el artículo 30 ibidem.

Ahora bien, es preciso diferenciar qué se entiende como controlante o matriz de una sociedad, y qué se entiende como el beneficiario real de una operación económica, puesto que se trata de dos condiciones que pueden coincidir en una misma persona o que pueden estar diferenciadas.

En el régimen del Decreto 585 de 2018, ciertamente se desarrolla a profundidad el concepto de beneficiario real de la operación, pero se confunde con el concepto del control societario, partiendo de la premisa de que en tal caso el socio que tenga el 20% o más del capital de la sociedad solicitante de CCITE, es beneficiario real de la operación y, en esas condiciones, se encuentra obligado a suministrar la información exigida por el Decreto 1069 de 2015, a efectos de que el CNE pueda establecer la idoneidad del solicitante.

A juicio de este Despacho, uno es el concepto del control societario, que se encuentra vinculado de manera intrínseca al ejercicio del poder de decisión de la sociedad subordinada, y otro bien diferente, el del beneficiario real de la operación, que resulta del destino final del uso y aprovechamiento de las sustancias controladas, independientemente de que se reciba o no beneficio económico alguno.

Para este propósito es dable utilizar diferentes clases de vehículos jurídicos, que en un momento determinado se pueden desbordar al utilizarlos como fachada jurídica para encubrir al verdadero autor de la operación, que pudiera no ser idóneo para la obtención de un CCITE.

Así sucede con la captación masiva de recursos del público sin autorización estatal, que se ha venido evidenciando a lo largo de los últimos años, cuando a

través de tarjetas prepago, libranzas, venta de servicios, contratos de publicidad, aunque lícitos en sí mismos, en realidad encubren operaciones ilegales.

Por tal motivo el Decreto 4334 de 2008, en su artículo 5°, señaló:

“Son sujetos de la intervención las actividades, negocios y operaciones de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, establecimientos de comercio, sucursales de sociedades extranjeras, representantes legales, miembros de juntas directivas, socios, factores, revisores fiscales, contadores, empresas y demás personas naturales o jurídicas vinculadas directa o indirectamente, distintos a quienes tienen exclusivamente como relación con estos negocios el de haber entregado sus recursos.”

Como se puede apreciar, dicha norma dispuso que son sujetos de intervención no solo las personas jurídicas y naturales vinculadas a la actividad de captación no autorizada de recursos del público, sino que además extendió la intervención a las actividades, negocios y operaciones, objetivamente considerados.

Se trata de la mayor y más robusta expresión jurisdiccional del desconocimiento de la personalidad jurídica y el velo corporativo, para intervenir a quienes se encuentran vinculados a operaciones de captación masiva de recursos del público sin autorización estatal.

Guardadas las proporciones, el Decreto 585 de 2018, de forma similar estableció en su artículo 2.2.2.6.1.2, lo siguiente.

“Artículo 2.2.2.6.1.2. Ámbito de aplicación. Las reglamentaciones referidas en este capítulo se aplicarán a todas las personas naturales y jurídicas que importen, compren, distribuyan, consuman, produzcan, almacenen o realicen actividades con las sustancias y/o productos químicos controlados en virtud de lo dispuesto por el Consejo Nacional de Estupefacientes, en todo el territorio nacional.”

Este en opinión de este Despacho, sería el concepto de beneficiario real de la operación, distinto del controlante de una compañía en los términos de la norma mercantil, quien ejerce el poder de decisión sobre la misma pero no necesariamente es el beneficiario real.

En tales condiciones, y con base en la competencia que le asigna el Decreto 585 de 2018 al CNE para solicitar al beneficiario real de la operación la información de que trata el Artículo 2.2.2.6.3.2 del Decreto 1069 de 2015, sin duda es viable considerar que en ejercicio de la debida diligencia, ésta se le pueda exigir al fideicomisario del patrimonio autónomo o a un tercero, en las sociedades que solicitan el CCITE, en las que al menos el 20% del capital social hace parte de tal patrimonio autónomo, cuando quiera que el CNE estime que el fideicomisario o el tercero sean el beneficiario real de la operación.

En opinión de esta oficina, la competencia del CNE no implica el desconocimiento del velo corporativo, pues ello solo procede en instancia judicial.⁴ Dicha competencia es de naturaleza administrativa y se encuentra concentrada en verificar objetivamente los antecedentes del beneficiario real de la operación para efectos de autorizar, negar o revocar la autorización para el manejo de sustancias controladas.

4 Artículo 24, numeral 5°, Código General del Proceso. 9/9 OFICIO 2018-01-446593 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

La diferenciación conceptual precedente, no obsta para que el CNE en desarrollo de sus competencias continúe apoyándose en el concepto de control societario para efectos de realizar la verificación de debida diligencia de todos los vinculados con la operación.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida, no sin antes advertir que en la página Web de esta Superintendencia, www.supersociedades.gov.co, puede consultar el vínculo de Doctrinas y Conceptos Jurídicos, temas atinentes a la situación de control societario, velo corporativo, personificación jurídica y demás asuntos relevantes.