

PREGUNTAS Y RESPUESTAS SOBRE LA RESOLUCIÓN 100-002657 DE 25 DE JULIO DE 2016

1. Designación de oficial de cumplimiento en materia de Soborno y de Prevención LA/FT

La Guía orientada a poner en marcha programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en el artículo 2° de la Ley 1778 de 2016 contenida en la Circular Externa 100-000003 del 26 de julio de 2016 establece que la persona jurídica debe designar un oficial de cumplimiento quien será el encargado de poner en marcha y liderar el Sistema de Gestión de Riesgos de Soborno Transnacional.

El Oficial de Cumplimiento deberá estar dotado de autonomía así como de los recursos humanos y económicos requeridos para poner en marcha las políticas de cumplimiento, y además deberá tener acceso directo a los altos directivos de la persona jurídica.

La facultad de designación del Oficial de Cumplimiento recae en los altos directivos de la persona jurídica, quienes de acuerdo con la Guía son “las personas naturales o jurídicas, designadas de acuerdo con los estatutos sociales o cualquier otra disposición interna de la Persona Jurídica y la ley colombiana, según sea el caso, para administrar y dirigir la Persona Jurídica, trátase de miembros de cuerpos colegiados o de personas individualmente consideradas”.

Ahora bien, es posible que el oficial de cumplimiento para soborno transnacional asuma funciones relacionadas con diversos sistemas de cumplimiento, si así lo deciden los órganos competentes de la persona jurídica, tales como el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, la protección de datos personales y la prevención de infracciones al régimen de competencia.

2. Sobre la definición de habitual contenida en el artículo 1 de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016

En cuanto a la definición de habitual contenida en el artículo 1 de la parte resolutive de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016, debe entenderse que se trata de negocios u operaciones que se realizan con periodicidad en la sociedad y que por efecto de la misma regularidad, pueden representar un riesgo en materia de soborno, al ser desarrollados con personas naturales o jurídicas extranjeras de derecho público o privado.

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra habitual como: “Que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”.

En este sentido, por habitual debe entenderse que la sociedad desarrolla negocios transnacionales o internacionales de manera frecuente.

3. ¿Una sociedad colombiana vigilada por la Superintendencia de Sociedades que realiza constantemente negocios o transacciones internacionales directamente, pero que no pertenece a los sectores descritos en la Resolución 100-002657 de 25 de julio de 2016, debe implementar el Programa de Ética y Transparencia Empresarial?

De conformidad con la parte resolutive y los criterios determinados en la Resolución 100-002657 de 25 de julio de 2016, no sólo es necesario estar incurso en el postulado general del artículo 1, sino que además debe pertenecer a alguno de los sectores descritos en el numeral segundo del artículo 1 de la Resolución.

Ahora, la Superintendencia de Sociedades recomienda que las sociedades que no se encuentren obligadas dentro del marco de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016 a adoptar el programa de transparencia y ética empresarial, lo adopten por tratarse de una buena práctica empresarial que, de acuerdo con la Ley 1778 de 2016, puede ser tenido en cuenta como un criterio de atenuación en la graduación de la sanción, en caso de que la sociedad cometa las infracciones contempladas en la mencionada ley.

4. Documentos que se tuvieron en cuenta para que esta Superintendencia estableciera los sectores económicos de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016.

Para determinar los sectores económicos mencionados en la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016, la Superintendencia de Sociedades se apoyó en la actividad reportada de acuerdo con la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas (CIIU), orientada hacia la actividad que más genera ingresos, los certificados de existencia y representación legal y la información remitida a esta Superintendencia.

Adicionalmente, se estudiaron los instrumentos que contienen estándares internacionales en materia de corrupción, tales como Financial Action Task Force, Grupo de Acción Financiera (GAFI), Transparency International (Corruption perceptions index 2014), entre otros documentos relevantes.

Así mismo, en la Circular Externa No. 100-000003 del 26 de julio de 2016 expedida por la Superintendencia de Sociedades que contiene la guía destinada a poner en marcha programas de ética empresarial para la prevención de las conductas previstas en la Ley 1778 de 2016, se establece que el principio de evaluación del riesgo de Soborno Transnacional es la piedra angular de un Programa de Ética Empresarial efectivo y para la clasificación de los factores de riesgo, se tuvieron en cuenta diversas fuentes, entre ellos, el estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y el Ministerio de Justicia del Reino Unido.

En efecto, en el estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico para el año 2014, en donde se analizaron los casos de cohecho internacional concluidos entre 1999 y 2014, se estableció que los sectores se identifican en referencia a la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de Todas las Actividades Económicas de las Naciones Unidas (CIUU).

5. Sobre el alcance de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016 y la Ley 1778 de 2016 respecto de la persona jurídica y sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades para adoptar un Programa de Ética Empresarial

La Ley 1778 de 2016 establece un régimen especial para investigar e imponer sanciones administrativas a las personas jurídicas involucradas en conductas de soborno transnacional. El artículo 3 de la Ley 1778 determina que la Superintendencia de Sociedades investigará y sancionará las conductas cometidas en territorio extranjero, siempre que la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera presuntamente responsable esté domiciliada en Colombia.

Por su parte, el artículo 23 de la Ley 1778 establece el deber de la Superintendencia de Sociedades de promover programas relacionados con la transparencia y la ética empresarial dentro de cualquier actividad empresarial, es decir, programas de ética empresarial o de cumplimiento para prevenir las conductas de que trata el artículo 2 de la mencionada ley. Así mismo, el citado artículo 23 dispone: “La Superintendencia determinará las personas jurídicas sujetas a este régimen, teniendo en cuenta criterios tales como el monto de sus activos, sus ingresos, el número de empleados y objeto social”.

Como consecuencia de lo anterior, la Superintendencia profirió la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016 y la Circular Externa 100-000003 del 26 de julio de 2016. En aquellos documentos se establecen los criterios para determinar qué sociedades deben adoptar los programas de ética empresarial. Así las cosas, las sociedades que se encuentren dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 1 de la mencionada resolución, deberán adelantar las gestiones para adoptar un programa de ética empresarial.

Situación diferente es la de las personas jurídicas en general, en atención a que los artículos 2 y 3 de la Ley 1778 de 2016 establecen que cualquiera podrá ser objeto de sanciones respecto de actos de soborno transnacional en los que puedan incurrir.

En tal sentido, el ámbito de aplicación de la ley respecto de la facultad de la Superintendencia de sancionar a quienes cometan un acto de soborno transnacional se extiende a todas las personas jurídicas y sucursales sin excepción, estén sometidas o no a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

En resumen, aunque la resolución arriba mencionada determina que solo las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades que cumplan con los criterios establecidos en tal disposición están obligadas a adoptar los programas de ética empresarial, todas las personas jurídicas y sucursales de sociedad extranjera domiciliadas en Colombia, están obligadas a cumplir con tal ley y en ese sentido pueden ser sujetos de sanciones.

6. Sobre la conveniencia de adoptar los Programas de Ética Empresarial para las personas jurídicas no obligadas por virtud de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016.

La Superintendencia de Sociedades recomienda que las sociedades que no se encuentren obligadas dentro del marco de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016 a adoptar los Programas de Ética Empresarial expuestos en la misma, los adopten por tratarse de una buena práctica empresarial que además representa un criterio de atenuación en la graduación de la sanción, para lo cual podrán atender lo previsto en la Guía contenida en la Circular Externa 100-000003 del 26 de julio de 2016, teniendo en cuenta que todas las personas jurídicas son destinatarias de la Ley 1778 de 2016.

En efecto, debe tenerse en cuenta que conforme al numeral 7 del artículo 7 de la Ley 1778 de 2016, referente a los criterios de graduación de sanciones, la “existencia, ejecución y efectividad” de Programas de Ética Empresarial puede incidir de manera determinante en la sanción que se impondría por la comisión de un acto de soborno.

7. ¿Las conductas de la Ley 1778 de 2016 aplican para las sucursales de sociedades extranjeras? Responsabilidad de la matriz

El artículo 3 de la Ley 1778 de 2016 establece que la Superintendencia de Sociedades tendrá competencia sobre las conductas cometidas en territorio extranjero, siempre que la persona jurídica o la sucursal de sociedad extranjera presuntamente responsable esté domiciliada en Colombia.

De otro lado, la Resolución 100-002657 establece que estarán obligadas a adoptar un programa de ética empresarial las sociedades vigiladas por la Superintendencia de Sociedades que cumplan los criterios señalados en el artículo 1 de la misma. En este sentido, la mencionada resolución se refiere a sociedades, no a sucursales de sociedades extranjeras.

No obstante, es preciso señalar que las sucursales de sociedades extranjeras sí están dentro del marco de competencia de la mencionada ley y, desde luego, dentro de las facultades de investigación y sanción por parte de esta Entidad.

8. Sobre los criterios para adoptar los programas de ética empresarial dispuestos en el artículo 1 de la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016.

Debe mencionarse que solamente están obligadas a adoptar un programa de ética empresarial las sociedades vigiladas por esta Superintendencia, respecto de las cuales se cumplan todas las condiciones que se mencionan a continuación:

- Que en el año inmediatamente anterior hayan realizado de manera habitual, negocios de cualquier naturaleza con personas naturales o jurídicas extranjeras de derecho público o privado
- Que realicen negocios o transacciones internacionales a través de un intermediario o contratista o por medio de una sociedad subordinada o de una sucursal que hubiere sido constituida en otro Estado por esa Sociedad
- Que pertenezcan a cualquiera de los siguientes sectores económicos: a) farmacéutico, b) de infraestructura y construcción, c) manufacturero, d) minero-energético, e) de tecnologías de la información y comunicaciones
- Que respecto de ellas se cumpla alguno de los criterios relativos a: a) ingresos brutos, b) activos totales o c) a empleados, previstos en la Resolución 100-002657 del 25 de julio de 2016.

9. Se debe enviar a la Superintendencia de Sociedades el Programa de Ética Empresarial?

La Superintendencia de Sociedades en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1778 de 2016 profirió la Resolución 100-002657 del 26 de julio de 2016. En esta resolución se establecieron unos criterios para determinar qué sociedades deben implementar los programas de ética empresarial. Así las cosas, si la sociedad se encuentra dentro de los mismos tendrá la obligación de adoptar el programa de ética empresarial.

Por su parte, el artículo 2 de la misma resolución señaló que aquellos sujetos que a 31 de diciembre de 2015 cumplan con alguno de los criterios del artículo 1 tendrán plazo hasta el 31 de marzo de 2017 para adoptar su respectivo Programa de Ética Empresarial.

En este sentido, no es necesario que se radique el documento ante esta Entidad, por cuanto el análisis y estudio del mismo se dará en ejercicio de las funciones de supervisión derivadas de la Ley 1778 de 2016. De esta manera, la recepción del Programa de Ética Empresarial no implica por parte de esta Entidad su estudio, aprobación o visto bueno aunque esta Superintendencia puede solicitar información relacionada con el citado programa de ética empresarial.

10. Relación entre el Programa de Ética Empresarial y Política SAGRLAFT

El riesgo frente al lavado de activos y la financiación del terrorismo es diferente al riesgo relativo al soborno transnacional. Si bien los programas diseñados por las empresas para prevenir estos dos riesgos pueden ser similares en cuanto a la estructura, al establecer mecanismos que permitan identificar y prevenir conductas indeseables, al obedecer a riesgos diferentes, sus controles y procedimientos deben guardar armonía con la naturaleza y condiciones de cada uno de los riesgos.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que ambos sistemas se encuentren incorporados en un solo documento, siempre que cumpla con los requisitos exigidos por la normatividad vigente para ambos riesgos.