

OFICIO 220-028348 DEL 18 DE MARZO DE 2021

ASUNTO: CIRCULAR EXTERNA 100-000016 DE 2020 – OFICIAL DE CUMPLIMIENTO – IMPLEMENTACIÓN DEL SAGRILAFI.

Me refiero a su comunicación radicada en esta Entidad con el número de la referencia, por medio de la cual realiza varias preguntas, mayormente acerca del alcance de las funciones del Oficial de Cumplimiento.

Sobre el particular, me permito manifestarle que en atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, la Superintendencia de Sociedades con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el numeral 2 (2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de ésta Superintendencia, emite un concepto de carácter general y abstracto sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver situaciones de orden particular ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento, y tampoco pueden condicionar ni comprometer el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Anotado lo anterior, en lo atinente a las inquietudes contenidas en su consulta, se pone de presente que como las mismas guardan relación, algunas serán agrupadas para facilitar la respuesta. En este orden de ideas, éste Despacho procede a dar contestación a las mismas de la siguiente manera:

“PREGUNTA 1: ¿La función del Oficial de Cumplimiento, en los términos descritos por la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 en el numeral 5?1.4.3, puede ser delegada por parte del Sujeto Obligado en una persona jurídica que ofrezca los servicios de consultoría especializada en prevención de riesgos LA/FT/PADM)?

PREGUNTA 2: ¿Puede una persona jurídica, que ofrece los servicios de consultoría especializada en prevención de riesgos LA/FT/PADM, ser

nombrada por el máximo órgano de administración de un sujeto obligado como Oficial de Cumplimiento de la organización?”

Respuesta a las preguntas 1 y 2: El numeral 2° del Capítulo X define al Oficial de Cumplimiento en los siguientes términos:

“(…)

- *Oficial de Cumplimiento: es la **persona natural** designada por la Empresa Obligada que está encargada de promover, desarrollar y velar por el cumplimiento de los procedimientos específicos de prevención, actualización y mitigación del Riesgo LA/FT/FPADM, y cuyo perfil se señala más adelante, en este Capítulo X.*

(…)” (Subraya y negrilla fuera del texto).

Por lo tanto, no es viable que dichas funciones las desempeñe una persona jurídica, independientemente de que sea especialista en prevención de riesgos.

“PREGUNTA 3: ¿Qué responsabilidad civil, administrativa o penal puede tener una persona natural o jurídica que realiza actividades de consultoría especializada en gestión de riesgos LA/FT/PADM cuando es contratada, por prestación de servicios, por un Sujeto Obligado a implementar SAGRILAF o medidas mínimas en los términos de la circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, en la que no se cumple con una o algunas de las disposiciones contenidas en la precitada circular?”

Respuesta a la pregunta 3: Para el caso propuesto en su consulta, es preciso señalar que la responsabilidad que se deriva para la persona contratada para la prestación de servicios de consultoría especializada, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, será la establecida en la ley y en el contrato.

“PREGUNTA 4: Cuando una persona natural o jurídica es contratada por un Sujeto Obligado por prestación de servicios para ejercer la función de Oficial de Cumplimiento en la organización, ¿Quién o quiénes son las personas que asumen la responsabilidad civil, administrativa o penal derivada de un incumplimiento de una o algunas de las disposiciones que se encuentran en la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020?”

PREGUNTA 5: En caso de generarse un incumplimiento a las disposiciones contenidas en la circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, ¿Cuál es la responsabilidad civil, administrativa o penal que puede asumir una persona natural o jurídica que fue contratada por el Sujeto Obligado por prestación de

servicios, cuando el incumplimiento a las disposiciones contenidas en la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 son por causa de la acción u omisión de los líderes de proceso, trabajadores, representantes legales, administradores o directivos que tienen un vínculo laboral con el Sujeto Obligado?”

Respuesta a las pregunta 4 y 5: En primer lugar, valga mencionar que el Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo LA/FT/FPADM resulta del resorte tanto del máximo órgano social como de la Junta Directiva, del Representante Legal, del Oficial de Cumplimiento y de los demás sujetos vinculados a la empresa obligada que ésta involucre en su diseño¹.

La efectividad del sistema depende de la sinergia resultante de la real intención de cada uno de los sujetos y órganos responsables dentro de la Empresa Obligada, de prevenir que la misma sea utilizada para el LA/FT/FPADM, que se materializa en el estricto cumplimiento de las funciones específicas asignadas, de acuerdo con el Capítulo X, así como de las que para cada uno de éstos contemple el diseño del sistema individual. La inobservancia de las órdenes e instrucciones respectivas, dará lugar a la aplicación del régimen sancionatorio dispuesto por esta Superintendencia en el numeral 8² del Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017, modificado por la Circular 100-000016 de 2020.

Si bien al Oficial de Cumplimiento le asiste el importante deber de velar por el cumplimiento efectivo y eficiente del sistema, en cuyo diseño e implementación ha participado, la eventual responsabilidad civil, administrativa y penal derivada de la insuficiencia de un Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo LA/FT/FPADM que conlleve a la materialización de los riesgos que bajo un sistema eficiente hubieren sido prevenibles, cubija a la totalidad de sujetos y órganos a quienes corresponde el actuar mancomunado para blindar la empresa.

Sin embargo, si se trata de verificar el grado de responsabilidad que sobre el particular atañe especialmente al Oficial de Cumplimiento, adicional a la que le corresponde asumir por el cumplimiento de las órdenes e instrucciones de esta Entidad³, corresponde referirse para tal examen al tipo de vínculo entre éste y la

1 Capítulo X Numeral 5.1.4. “(...) para la Empresa Obligada debe ser claro que el funcionamiento del SAGRILAFT requiere de la participación de varios sujetos, y que, si bien existen funciones específicas asignadas, la interacción de todos los responsables es fundamental para un adecuado funcionamiento, cumplimiento y efectividad del SAGRILAFT. (...)”

2 “8. Sanciones.

El incumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas en el presente Capítulo X, dará lugar a las investigaciones administrativas que sean del caso y a la imposición de las sanciones administrativas pertinentes a la Empresa Obligada, el Oficial de Cumplimiento, revisor fiscal o a sus administradores, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 86 de la Ley 222 de 1995, sin perjuicio de las acciones que correspondan a otras autoridades.”

3 Órdenes e instrucciones a que alude el Capítulo X.

empresa, en tanto que el señalado vinculo, puede ser de carácter laboral por ser un empleado de la empresa, o civil, por tratarse de una persona natural contratada por la empresa, directamente o a través de una persona jurídica, para adelantar la gestión que corresponde al referido oficial.

En tratándose el Oficial de Cumplimiento de un empleado de la Empresa Obligada, su responsabilidad para con la empresa deriva de la contemplada en la materia por la ley laboral y las cláusulas del contrato de trabajo. Lo anterior, sin perjuicio de que administrativamente, el incumplimiento de sus funciones podrá hacerle acreedor a sanciones, conforme se dispone en el numeral 8 del Capítulo X.

Ahora bien, si el Oficial de Cumplimiento es una persona natural que es contratada por la empresa, directamente o a través de una persona jurídica, para adelantar la gestión que corresponde al referido oficial, le asiste a esta persona la responsabilidad por el cumplimiento del contrato de prestación de servicios, lo cual incluye las cláusulas que de éste puedan penalizar incumplimientos y resarcir daños, premisa que no lo excluye, como se expuso anteriormente, de ser sujeto del régimen sancionatorio contemplado en el Capítulo X.

Para ambos casos, considera éste Despacho que el incumplimiento de deberes en forma intencionada o culposa, por parte del Oficial de Cumplimiento puede generarle, además de la responsabilidad contractual y administrativa antes comentada, responsabilidad de tipo penal.

Ahora, independientemente que la vinculación de un Oficial de Cumplimiento con la Empresa Obligada derive de un contrato laboral o de uno civil, su función primordial es la de actuar como gestor de riesgo, ya que el enfoque de su trabajo está basado en la prevención del mismo, debiéndose adelantar a las situaciones que puedan constituirse como canales de facilitación para el LA/FT/FPADM, con el fin de prevenirlas o en su defecto neutralizarlas, de suerte, que la responsabilidad debe analizarse en cada caso particular.

“PREGUNTA 6: De acuerdo con el literal H del numeral 5.1.4.1 y el literal C del numeral 5.1.4.2. de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, el representante legal, la junta directiva y/o el máximo órgano de administración social debe asignar de forma eficiente los recursos humanos y tecnológicos suficientes para ejercer la función del oficial de cumplimiento. Cuando la función del Oficial de Cumplimiento es contratada por prestación de servicios con una persona natural o jurídica que se dedica a la consultoría especializada en gestión de riesgos LA/FT/PADM, ¿El Sujeto Obligado debe asegurar que la persona natural o jurídica contratada disponga de los

recursos humanos y tecnológicos en el ámbito interno de la organización para asegurar la adecuada función de Oficial de Cumplimiento?”

Respuesta a la pregunta 6: Para contestar su inquietud, se considera suficiente transcribir lo señalado en el numeral 5.1.1., en el literal h del numeral 5.1.4.1 y los literales c y d del numeral 5.1.4.2. del Anexo 1 de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, los cuales, respectivamente, con total claridad establecen lo siguiente:

“5.1.1. Diseño y aprobación

(...) El representante legal y la junta directiva, o el máximo órgano social cuando aquella no existe, deberán disponer de las medidas operativas, económicas, físicas, tecnológicas y de recursos que sean necesarias para que el Oficial de Cumplimiento pueda desarrollar sus labores de manera adecuada.

(...).”

“5.1.4.1. Funciones de la junta directiva o del máximo órgano social

La junta directiva, o el máximo órgano social cuando aquella no existe, es el órgano responsable de la puesta en marcha y efectividad del SAGRILAF. Para ello, deberá disponer de la estructura organizacional que asegure el logro efectivo de estos propósitos.

A continuación, se relaciona un listado mínimo de funciones que deberán ser expresamente asignadas a la junta directiva, o el máximo órgano social cuando aquella no existe, según el caso:

(...)

h. Ordenar y garantizar los recursos técnicos, logísticos y humanos necesarios para implementar y mantener en funcionamiento el SAGRILAF, según los requerimientos que para el efecto realice el Oficial de Cumplimiento.”

“5.1.4.2. Funciones del representante legal

SAGRILAF debe contemplar, como mínimo, las siguientes funciones a cargo del representante legal:

(...)

- c. *Asignar de manera eficiente los recursos técnicos y humanos, determinados por la junta directiva o el máximo órgano social, necesarios para implementar el SAGRILAFT.*
- d. *Verificar que el Oficial de Cumplimiento cuente con la disponibilidad y capacidad necesaria para desarrollar sus funciones.”*

“PREGUNTA 7: Cuando una persona natural o jurídica es contratada por prestación de servicios por un Sujeto Obligado para ejercer funciones de Oficial de Cumplimiento en los términos de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, ¿Debe esta persona natural o jurídica disponer de una persona que sea registrada como oficial de cumplimiento ante la UIAF y la Superintendencia de Sociedades? ¿o es el Sujeto Obligado quien debe disponer de una persona dentro de su organización para que sea registrada como oficial de cumplimiento ante la UIAF y la Superintendencia de Sociedades en los términos de Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020?”

Respuesta a la pregunta 7: La persona natural designada como Oficial de Cumplimiento por la Empresa Obligada, conforme a lo establecido en el numeral 5.6.1. del Capítulo X, deberá: *“(…) registrarse en el SIREL administrado por la UIAF. Para lo anterior, dicho funcionario deberá solicitar ante la UIAF, el usuario y contraseña a través de la plataforma SIREL. (...)”*.

“PREGUNTA 8: En caso de que una persona natural o jurídica sea contratada por prestación de servicios por un Sujeto Obligado para que realice la función de Oficial de Cumplimiento, ¿debe la persona contratada por el Sujeto Obligado contar personal dispuesto de forma física en las oficinas del Sujeto Obligado para poder ejecutar la función de Cumplimiento?” (SIC).

Respuesta a la pregunta 8: La manera como la persona natural designada como Oficial de Cumplimiento desarrolle sus funciones, dependerá de lo determinado en el sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral LA/FT/FPADM de la Empresa Obligada.

Valga anotar, como ya se mencionó anteriormente, que el Oficial de Cumplimiento debe: *“Contar con el apoyo de un equipo de trabajo humano y técnico, de acuerdo con el Riesgo LA/FT/FPADM y el tamaño de la Empresa Obligada”⁴.*

“PREGUNTA 9: De acuerdo con el literal K del numeral 6.2 de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, el representante legal de un Sujeto

4 Literal c del numeral 5.1.4.3.1 del Capítulo X.

Obligado a implementar medidas mínimas debe ser registrado en SIREL para realizar reportes de operaciones a la UIAF. Si un Sujeto Obligado a implementar medidas mínimas contrata, mediante prestación de servicios, a una persona natural o jurídica para que realice una o algunas de las actividades descritas en el numeral 6.2 de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 ¿Debe la persona contratada por el Sujeto Obligado asumir necesariamente las obligaciones contenidas en el literal K del numeral 6?2 de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020?” (SIC)

Respuesta a la pregunta 9: En el numeral 6.2. del Capítulo X, de manera clara y concreta se señala que “(...) *El representante legal de la Empresa Obligada será el encargado y responsable de supervisar y verificar el cumplimiento del Régimen de Medidas Mínimas*”; por tanto, es éste quien tiene a su cargo la señalada responsabilidad.

Igualmente, entre las medidas mínimas que debe adoptar una Empresa Obligada, se encuentra la incluida en el literal K del numeral 6.2. del Anexo 1 de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, el cual acota: “*k. Registrar al representante legal en el SIREL y responsabilizarlo para que sea el responsable de presentar a la UIAF los ROS y demás reportes señalados en el literal i, anterior; (...)*”.

“PREGUNTA 10: ¿Qué responsabilidad civil, administrativa o penal tiene una persona natural o jurídica que es contratada por un Sujeto Obligado mediante contrato de prestación de servicios para ejercer la función del Oficial de Cumplimiento, cuando no se realizan o se realizan de forma inadecuada reportes de información a la UIAF o a la Fiscalía General de la Nación que tienen origen en acciones u omisiones generadas por líderes de proceso, trabajadores, representantes legal, administradores o directivos que tienen vínculo laboral con el Sujeto Obligado?”

Respuesta a la pregunta 10: El tema de la responsabilidad del Oficial de Cumplimiento ya fue abordado en acápite anteriores del presente concepto.

Ahora, es necesario mencionar que el numeral 5.6.1. del Capítulo X, dispone de manera concreta que “(...) *Las Empresas Obligadas deberán reportarle a la UIAF todas las Operaciones Sospechosas que detecten en el giro ordinario de sus negocios o actividades. El reporte deberá hacerse de manera inmediata y con naturaleza de ROS, a través del SIREL, conforme a las instrucciones señaladas por la UIAF en el ‘Manual de Usuario SIREL’. (...)*”. Y continúa anotando que: “(...) *La presentación de un ROS no constituye una denuncia penal. Por lo tanto, para los efectos del reporte, no es necesario que la Empresa Obligada tenga certeza de que*

se trata de una actividad delictiva ni se requiere identificar el tipo penal o verificar que los recursos tengan origen lícito. Sólo se requerirá que la Operación Sospechosa en los términos definidos en el presente Capítulo X. **No obstante, por no tratarse de una denuncia penal, no se exige a la Empresa obligada ni a sus administradores de la obligación de denuncia, cuando a ello hubiere lugar.**” (Negrilla fuera del texto). Y finaliza afirmando que: “La Empresa Obligada y el Oficial de Cumplimiento deberán garantizar la reserva del reporte de una Operación Sospechosa remitido a la UIAF, según lo previsto en la Ley 526 de 1999 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan. (...)”.

“PREGUNTA 11: ¿Una persona natural o jurídica, que es contratada por un Sujeto Obligado mediante contrato de prestación de servicios para ejecutar la función del Oficial de Cumplimiento, debe implementar un SAGRILAF o las medidas mínimas acorde a lo dispuesto en la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020?”

Respuesta a la pregunta 11: Si bien el sentido de su interrogante no es claro, se considera pertinente resaltar que cuando el Oficial de Cumplimiento no se encuentre vinculado laboralmente a la Empresa Obligada, esta persona natural y la persona jurídica a la que esté vinculado, si es el caso, deberán demostrar que en sus actividades profesionales cumplen con las medidas mínimas establecidas en la sección 5.3.1 (Debida Diligencia) del Capítulo X.

“PREGUNTA 12: ¿Puede una persona jurídica que se dedica a las actividades de consultoría especializada en gestión de riesgos LA/FT/PADM celebrar contratos de prestación de servicios con más de 10 Sujetos Obligados a implementar SAGRILAF o medidas mínimas de acuerdo con lo dispuesto en la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020?”

Respuesta a la pregunta 12: El Capítulo X no contempla la hipótesis planteada. Sin embargo, se recuerda que la persona natural designada como Oficial de Cumplimiento no podrá fungir como tal en más de diez (10) Empresas Obligadas y, que para fungir como Oficial de Cumplimiento de más de una Empresa Obligada: (i) el Oficial de Cumplimiento deberá certificar; y (ii) el órgano que designe al Oficial de Cumplimiento deberá verificar, que el Oficial de Cumplimiento no actúa como tal en Empresas que compiten entre sí.

En los anteriores términos su consulta ha sido atendida, con los efectos descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - C.P.A.C.A., sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos, la jurisprudencia que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.