

OFICIO 220-072977 DEL 1° DE JUNIO DE 2021

ASUNTO: SAGRILIFT – OFICIAL DE CUMPLIMIENTO NO PUEDE DESEMPEÑARSE SIMULTÁNEAMENTE COMO TAL ENTRE EMPRESAS OBLIGADAS QUE COMPITAN ENTRE SÍ

Me refiero a su escrito radicado en esta Superintendencia como se indica en la referencia, mediante el cual eleva algunas inquietudes derivadas de la instrucción impartida por esta Superintendencia, de que trata el literal e) del artículo 5.1.4.3.1. del Capítulo X de la Circular 100-000016 de 2020¹, en el sentido que un Oficial de Cumplimiento no puede desempeñarse como tal en empresas que compitan entre sí.

Previamente a responder sus inquietudes, debe señalarse 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, emite conceptos de carácter general sobre las materias a su cargo, y sus respuestas a las consultas no son vinculantes ni comprometen la responsabilidad de la Entidad.

También es procedente informarle, para efecto del conteo de términos en la atención de su consulta, que mediante el artículo 5° de la parte resolutive del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, expedido con ocasión de la emergencia sanitaria derivada del Coronavirus COVID-19 y mientras ésta se mantiene, el Gobierno Nacional amplió los términos para que entidades como esta Superintendencia atiendan peticiones de consulta en treinta y cinco (35) días.

Advertido lo anterior, se dará respuesta a su consulta la cual fue presentada en los siguientes términos:

“(…) En la Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, se establecieron las funciones, perfil y requisitos mínimos que debe tener un oficial de cumplimiento para el desempeño de su cargo, puntualmente dentro de los requisitos que debe tener el oficial de cumplimiento, la Superintendencia estableció los siguiente:

5.1.4.3.1. Requisitos mínimos para ser designado como Oficial de Cumplimiento

1 Modificada parcialmente por la Circular Externa 100-000004 del 9 de abril de 2021



...

e. No fungir como Oficial de Cumplimiento en más de diez (10) Empresas Obligadas.

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 el literal transcrito, la Superintendencia de sociedades hizo la salvedad respecto de que si bien, el oficial de cumplimiento puede ser nombrado como tal en máximo 10 empresas, el profesional, deberá certificar que las empresas para las que desempeña sus funciones, no compiten entre sí.

(...)

- ¿Qué criterios toma esta superintendencia para definir qué empresas compiten entre sí?”

Sobre el particular, corresponde enfatizar en que es la Empresa Obligada a implementar su propio SAGRILAFI la llamada a verificar la referida circunstancia. Si bien esta Oficina ha hecho mención sobre algunas situaciones que podrían apoyar en la determinación de si media competencia entre empresas obligadas, tal como lo hizo en el Oficio 220-026018 del 12 de marzo de 2021², la verificación de tal circunstancia corresponde, exclusivamente, a estas empresas, puesto que el nivel de detalle que significa detectar que un empresario es su competidor, solo pueden determinarlo quienes participen en un mercado comercial común.

Se debe señalar que la instrucción impartida por esta Superintendencia que prohíbe al Oficial de Cumplimiento de una empresa obligada a fungir en este mismo cargo en otra empresa obligada competidora de la primera, obedece a la importancia de la función preventiva que desarrolla el aludido funcionario respecto de la utilización de una empresa como canal para el LA/FT/FPADM.

Es bien sabido que la citada labor preventiva que adelanta el Oficial de Cumplimiento de una compañía cumple una función social derivada de la protección de los intereses públicos que resultarían vulnerados con los efectos de actividades de LA/FT/FPADM.

2 “(...) Ahora bien, respecto a su primera inquietud, cuya finalidad es determinar si se debe inferir la imposibilidad de contratar a un oficial de cumplimiento que figure como tal en otra empresa del mismo sector económico, es preciso señalar que es la misma Empresa Obligada quien debe verificar su objeto social y determinar si existe una situación de competencia, la cual podría presentarse en empresas del mismo sector económico, o en sociedades que desarrollen actividades en ámbitos geográficos, de mercado o con medios de comercialización similares, entre otros factores que deberán ser analizados para determinar si existe una situación de competencia entre empresas.(...)”

Con la instrucción citada se persigue garantizar la independencia absoluta de la labor adelantada por un Oficial de Cumplimiento, procurándose evitar sesgos o actitudes parcializadas del funcionario, así como eventuales filtraciones de información entre empresas competidoras. Adicionalmente, se pretende evitar el celo en la entrega de información al Oficial de Cumplimiento por parte de empresas competidoras entre sí, que pudiera resultar relevante para el adecuado desempeño de su labor.

- “Si soy nombrada como oficial de cumplimiento en una empresa del sector minero que tiene como objeto la comercialización de metales preciosos y en igual sentido, los dueños de esta empresa tienen otras empresas que se dedican a esta misma actividad económica y están interesados en que desempeñe esta función también para las demás empresas, ¿pueden ellos por medio de un acuerdo de colaboración y no competencia nombrarme como oficial de cumplimiento de las demás empresas garantizando en el documento que estas no compiten entre sí?”

En punto a este aspecto, debe tener en cuenta que conforme al literal g. del punto 5.1.4.1.3.1. de la referida circular: *“Cuando exista un grupo empresarial o una situación de control declarada, el Oficial de Cumplimiento de la matriz o controlante podrá ser la misma persona para todas las empresas que conforman el grupo o conglomerado, independientemente del número de Empresas que lo conformen”.*

En consecuencia, si la situación descrita corresponde a una situación de control o a un grupo empresarial, la sociedad controlante o los controlantes, conforme a lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, harán constar en documento privado el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control o del grupo empresarial, dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

Cumplida la exigencia anterior, en el evento en que hubiere lugar a ello, podrá el oficial de cumplimiento actuar respecto de todas las empresas vinculadas por la situación de control o pertenecientes al grupo empresarial.

- “¿Si soy nombrado como oficial de cumplimiento en una empresa que se dedica a la comercialización de minerales provenientes de actividades de minería de subsistencia y a su vez tengo la posibilidad de ser nombrada en una empresa comercializadora internacional de metales preciosos a clientes del extranjero, me encuentro inhabilitada para aceptar el nombramiento entendiendo que ambas empresas, si bien se encuentran en el mismo sector su mercado y eslabón en la cadena productiva son diferentes?”

Se recaba en lo expuesto en el punto anterior en el sentido de que corresponde al Oficial de Cumplimiento certificar que la empresa en la que trabaja no compite con la empresa que pretende contratarlo y, por su parte, la empresa obligada tiene el deber de verificar que dicho nombramiento recae en un oficial de cumplimiento que labora en una empresa que no es competidora.

Bien es sabido que empresas pertenecientes a un mismo sector de la economía pueden no competir entre sí pese a la similitud de su objeto; no obstante, el detalle de tal verificación corresponde certificarlo al Oficial de Cumplimiento y, el órgano que lo designe, deberá verificar que el Oficial de Cumplimiento no actúa como tal en Empresas que compiten entre sí.

- ¿Cuándo se refieren a competencia, hablan de empresas que compitan en el mismo mercado o directamente por encontrarse en el mismo sector el oficial de cumplimiento se encuentra impedido para ser nombrado en estas empresas?

Como se mencionó, la competencia entre empresas obligadas deviene de situaciones particulares que resultan comunes dentro de un entorno empresarial, aspecto que únicamente las mismas empresas se encuentran en capacidad de determinar.

Podría esta Oficina mencionar factores generales de los que eventualmente devendrían indicios de competencia comercial entre empresas obligadas, tales como, se reitera, los señalados en el Oficio 220-026018 del 12 de marzo de 2021, empero, no le corresponde dar por cierta la competencia entre empresas solo porque pertenezcan al mismo sector económico o porque desarrollen actividades en iguales ámbitos geográficos, de mercado o con medios de comercialización similares, tal reconocimiento solo puede darse analizando cada caso específico.

Nuevamente, se tiene que corresponder al oficial de cumplimiento certificar y a los órganos que designan a los Oficiales de Cumplimiento verificar que dicho nombramiento no recae en una persona natural que se desempeñe como Oficial de Cumplimiento en una competidora suya, condición que igualmente le atañe calificar a la empresa que proyecta contratarlo.

De conformidad con lo expuesto, se respondió de manera cabal su consulta. Se reitera que los efectos del presente pronunciamiento son los descritos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y que en la Página WEB de ésta Entidad puede consultar directamente la normatividad, así como los conceptos que la misma ha emitido sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros documentos de consulta.