

OFICIO 220-027461 DEL 16 DE MARZO DE 2021

ASUNTO: CIRCULAR 100-000016 DEL 24 DE DICIEMBRE DE 2020.

Me refiero a sus comunicaciones radicadas con los números de la referencia, en las que consulta sobre algunos aspectos de la Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, en los siguientes términos:

i. Radicación 2021-01-018588:

“Cuando en la norma se expresa que el oficial de cumplimiento debe cumplir el requisito de “No pertenecer a la administración”, significa que no puede ser representante legal, factor, ni miembro de junta (art. 22 L 222//95). En consecuencia, ¿sí es factible que ocupe otros cargos, como, por ejemplo, los de contador, pagador o tesorero o gerente comercial?

Cualquiera que sea el sentido de la respuesta a la pregunta anterior, de manera particular el oficial de cumplimiento, ¿podría ser el mismo gerente de riesgos de la empresa? Al respecto es importante considerar que la función de oficial de cumplimiento es totalmente armónica con la función de gerente de riesgos y que la designación de un oficial de cumplimiento en adición a un gerente de riesgos le generaría costos operativos y económicos adicionales a la correspondiente empresa.

En la norma se expresa que “El Oficial de Cumplimiento es responsable de la auditoría y verificación del cumplimiento del SAGRILAF, como también que “La auditoría debe revisar la efectividad y cumplimiento del SAGRILAF y determinar la existencia de deficiencias.” ¿Esto significa que el oficial de cumplimiento debe auditar su propio sistema? Y, especialmente ¿cómo se armoniza su función de auditoría con la función de la auditoría interna? Dicho de otra forma: ¿cuáles son los límites y parámetros de la auditoría que lleva a cabo la auditoría interna, frente a la auditoría que lleva a cabo el oficial de cumplimiento?

¿El oficial de cumplimiento suplente debe cumplir los mismos requisitos del oficial de cumplimiento principal?

¿Qué significa y a que se refiere la frase “umbrales designados aplicables” dentro del siguiente párrafo? “Cuando la comercialización de los Productos se hace

mediante ventas masivas o retail que no permitan con facilidad y eficiencia llevar a cabo la Debida Diligencia de la Contraparte, lo cual debe estar evaluado y documentado, con los umbrales designados aplicables, se deben concentrar los esfuerzos de conocimiento de la Contraparte en las Operaciones Inusuales.”.

La siguiente frase: “El monitoreo y actualización del proceso de Debida Diligencia deberá hacerse con la periodicidad y regularidad establecidas por la Empresa Obligada, mínimo una vez cada dos (2) años o cada vez que aparezca necesario conforme a los cambios de las condiciones jurídicas y reputacionales de la Contraparte, y no sólo en el momento de su vinculación.”, significa a) ¿que el proceso de debida diligencia consagrado en el manual de procedimientos Sagrifalt debe actualizarse cada dos años?, o b) ¿que los datos y documentación recaudados para identificar a la contraparte deben actualizarse cada dos años?

¿Cómo se define operación inusual de empleado?

¿Cómo se define operación inusual de accionista?

¿Cómo se define operación inusual de cliente de “ventas masivas o retail”?

¿Las “actividades” son un nuevo factor de riesgo? ¿Cómo se les define? ¿Son las “actividades misionales permanentes”? ¿O las actividades de apoyo? ¿O las actividades estratégicas? ¿O todas ellas?

La expresión “asociados” que es propia y exclusiva del régimen cooperativo (art. 39 L. 454/98), ¿debe entenderse como sinónimo de accionistas o socios?

¿Cómo se interpreta y aplica la señal de alerta “Donaciones que no tengan un Beneficiario Final aparente”? Teniendo en cuenta que “aparente” significa “Que parece y no es”, ¿Debería entenderse como “Donaciones que tengan un Beneficiario Final aparente”?

¿En qué consisten las “reglas de conducta” de las funciones y facultades?

La recomendación 24 del GAFI se refiere al deber de identificar al “beneficiario final de las personas jurídicas”. No obstante, de la correspondiente definición y de los literales a y b del numeral 5.3.1. de la circular en cita se deduciría que las sociedades están obligadas a identificar a los beneficiarios de todas sus contrapartes, sean estas personas naturales o jurídicas. En caso afirmativo, ¿cuál es la definición de beneficiario final de una persona natural? Y ¿cuáles son los parámetros para identificar al beneficiario final de una persona natural?

ii. Radicación 2021-02-7001931:

“En la norma se expresa que las sociedades operadoras de libranza y las que lleven a cabo actividades de mercadeo multinivel deben dar cumplimiento Capítulo IX de la Circular Básica Jurídica S.S. de 2017; ahora bien, en este Capítulo IX no se hace referencia a deberes antilaft de estas sociedades. Tan solo se dice que deben “darle cumplimiento a las normas técnicas especiales que expida la Superintendencia de Sociedades.”. ¿Quiero esto decir que deben cumplir el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica?

En la misma norma en cita se dice que los fondos ganaderos deben dar cumplimiento Capítulo IX de la Circular Básica Jurídica S.S. de 2017; no obstante, en este Capítulo IX no se les asigna ningún deber antilaft. ¿Cuáles son entonces los deberes antilaft que deben cumplir los fondos ganaderos?”

En la misma norma en cita se dice que las sociedades que realizan actividades de factoring deben dar cumplimiento Capítulo IX de la Circular Básica Jurídica S.S. de 2017; no obstante, en este Capítulo IX no se les regula ¿Cuáles son entonces los deberes antilaft que deben cumplir las sociedades que realizan actividades de factoring?”

Sobre el particular, es necesario advertir que si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, a este Despacho le corresponde emitir conceptos con motivo de las consultas que le son formuladas sobre las materias de su competencia, estos son expresados de manera general y abstracta puesto que sus respuestas no pueden estar dirigidas a resolver situaciones particulares y concretas.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, ni comprometen la responsabilidad de la Entidad, como tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias administrativas o jurisdiccionales.

Con el alcance indicado, éste Despacho se permite responder sus consultas de la siguiente manera:

i. Radicación 2021-01-018588:

Para responder a su primera inquietud, la cual se circunscribe a la posibilidad que podría tener el gerente de riesgos de la empresa para ocupar el cargo de Oficial de Cumplimiento y si es factible que éste último pueda desempeñarse también en otros

cargos, por ejemplo, el de contador, pagador o tesorero o gerente comercial, debe responderse teniendo en consideración lo estipulado en los estatutos sociales, puesto que, si dentro del contrato social se ha definido que el gerente de riesgos ocupa un lugar como administrador o cumple funciones de administrador, su designación como oficial de cumplimiento sería abiertamente contraria al literal d) del numeral 5.1.4.3.1 de la mencionada la circular.¹ Por otra parte, es preciso mencionar que el tesorero o contador de la sociedad, podrán ser designados como Oficial de Cumplimiento, siempre y cuando cumplan con los requisitos para ser designado como tal.

En lo que corresponde al tema de la auditoria interna, es del caso observar que la referida circular, no pretende agotar todas las situaciones que al interior de las sociedades pueden significar un riesgo de lavado de activos y de financiación del terrorismo, pues ésta solo constituye una guía para que las Empresas Obligadas, sujetas a la aplicación del Capítulo X, implementen un sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de lavado de activos y de financiación del terrorismo, con un enfoque basado en riesgo y la materialidad del mismo, de acuerdo con sus características propias y teniendo en cuenta, entre otros, sus operaciones, productos, servicios y contratos que lleve a cabo o pretenda desarrollar, así como las contrapartes y los beneficiarios finales de estas, los países o áreas geográficas de operación, canales y demás características particulares.

En el Capítulo X, se define la Política LA/FT/FPADM, como los *“lineamientos generales que debe adoptar cada Empresa Obligada para que esté en condiciones de identificar, evaluar, prevenir y mitigar el Riesgo LA/FT/FPADM que **debe adoptar cada Empresa Obligada y los riesgos asociados. Cada una de las etapas y elementos del SAGRILAFT debe contar con unas políticas claras y efectivamente aplicables. Las políticas deben incorporarse en el manual de procedimientos que oriente la actuación de los funcionarios de la Empresa para el funcionamiento del SAGRILAFT y establecer consecuencias y las sanciones frente a su inobservancia”***. (Negrilla fuera del texto).

Por lo anterior, puede afirmarse que el hecho de que el Oficial de Cumplimiento sea el responsable de la auditoria y verificación del cumplimiento del SAGRILAFT (numeral 5.1.2 del Capítulo X), no quiere decir que la sociedad no pueda tener una auditoria interna; por el contrario, en la misma circular se recomienda como una buena práctica empresarial que las personas a cargo del ejercicio de las funciones de auditoria interna, incluyan dentro de sus planes anuales de auditoría la revisión de la efectividad y cumplimiento del SAGRILAFT, con el fin de servir de fundamento

¹ A su vez, es preciso recordar que el literal d) del numeral 5.1.4.3.1, señala que tampoco podrá ser designado como Oficial de Cumplimiento, quien ejecute funciones similares a las de un administrador o haga sus veces en la Empresa Obligada.

para que, tanto el Oficial de Cumplimiento y la administración de la Empresa Obligada, puedan determinar la existencia de deficiencias del SAGRILAF y sus posibles soluciones. Sin perjuicio de lo anterior, se pone de presente que, definir los límites y parámetros de una auditoría interna, excede las facultades que por vía de consulta cumple esta Oficina y, por lo tanto, no es posible pronunciarse sobre tal asunto.

En todo caso, se debe tener en cuenta lo expresado en el numeral 5.1.4.3., de la referida circular, el cual señala que: *“El Oficial de Cumplimiento debe participar activamente en los procedimientos de diseño, dirección, implementación, auditoría, verificación del cumplimiento y monitoreo del SAGRILAF, y estar en capacidad de tomar decisiones frente a la gestión del Riesgo LA/FT/FPADM. Por su parte, la administración de la Empresa Obligada deberá brindarle un apoyo efectivo y los recursos humanos, físicos, financieros y técnicos necesarios para llevar a cabo la implementación, auditoría y cumplimiento del SAGRILAF”*. Lo anterior, claramente evidencia que, el Oficial de Cumplimiento debe participar activamente en los procedimientos de diseño y puesta en marcha del SAGRILAF y que, a su vez, es responsable de monitorear los procedimientos que conforman la gestión del riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo

Ahora, en lo relativo a los temas que corresponden a la segunda parte de su primera radicación, me permito realizar las siguientes consideraciones de índole jurídico:

a). Los umbrales designados aplicables, se deben diseñar dentro de la matriz de riesgo para individualizar, segmentar, evaluar y controlar los riesgos LA/FT/FPADM, en los casos de ventas masivas, cuando no sea posible la debida diligencia de la contraparte, circunstancia que debe estar evaluada y documentada, **para concentrar los esfuerzos de conocimiento de la contraparte en las operaciones inusuales.**²

Acorde con lo expresado, la referida circular en su numeral 5 señala lo siguiente:

“(…)

El SAGRILAF deberá tener en cuenta los riesgos propios de la Empresa Obligada y la materialidad, relacionados con LA/FT/FPADM, para lo cual se debe analizar el tipo de negocio, la operación, el tamaño, las Áreas Geográficas donde opera y demás características particulares. Para los anteriores fines, las Empresas Obligadas deberán contar con una Matriz de Riesgo LA/FT/FPADM u otro mecanismo equivalente de evaluación del Riesgo LA/FT/FPADM que les permita medir y auditar su evolución.

2 Numeral 5.3.1.1. “Consideraciones adicionales sobre la Debida Diligencia” del Capítulo X.

El SAGRILAFT debe identificar y manejar los Riesgos LA/FT/FPADM de cada Empresa Obligada, con la premisa que a mayor riesgo se debe tener mayor control.”

b). Se advierte que la instrucción de la circular es clara, en cuanto la misma se refiere a la periodicidad mínima del proceso de monitoreo y actualización del proceso de debida diligencia, en la medida que el numeral 5.3.1 del Capítulo X, establece lo siguiente: “(...) *El monitoreo y actualización del proceso de Debida Diligencia deberá hacerse con la periodicidad y regularidad establecidas por la Empresa Obligada, mínimo una vez cada dos (2) años o cada vez que aparezca necesario conforme a los cambios de las condiciones jurídicas y reputaciones de la Contraparte, y no sólo en el momento de su vinculación. (...)*”.

c). Bajo los parámetros expresados en la referida circular, las empresas obligadas, podrán acoger sus propias definiciones en aspectos que identifiquen situaciones particulares que podrían definirse con expresiones tales como “operación inusual de empleado”, “operación inusual de accionista”, *operación inusual de cliente de “ventas masivas o retail”,* pues precisamente la posibilidad de crear la Política LA/FT/FPADM, consiste en que de acuerdo con sus características, cada empresa, identifique, evalúe, prevenga y mitigue los riesgos asociados al lavado de activos y financiación del terrorismo y financiación de proliferación de armas de destrucción masiva.

d). No, el numeral 2º del Capítulo X de la Circular 100-000005 de 2017, modificado por la Circular 100-000016 de 2020, que incluye tanto el SAGRILAFT, como el régimen de Medidas Mínimas, propone como FACTORES DE RIESGO, los posibles elementos o causas generadoras del riesgo para cada Empresa Obligada, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otros, las Contrapartes, los Productos, **las actividades**, los canales y las jurisdicciones.

Lo anterior, en la medida que los factores de riesgo no resultan ser los mismos para todos los sujetos obligados a adoptar un Régimen de Autocontrol y Gestión del Riesgo de LA/FT/FPADM, porque éstos obedecen a situaciones específicas de cada Empresa Obligada, sin que pueda entenderse que esta Entidad creó un nuevo factor de riesgo, únicamente propone “*las actividades*” como uno de los posibles elementos de análisis que permitirán identificar un factor de riesgo.

Como se expuso anteriormente, la actividad puede tratarse de un posible elemento o causa generadora de un factor de riesgo, el cual dependerá de las circunstancias propias de cada Empresa. En este caso, la definición de dicho término, como factor de riesgo debe ser propuesta por el mismo sujeto obligado en razón a que es él quien la determina según su propia situación.

e). La expresión asociados no es propia y exclusiva de los entes cooperativos, es una expresión genérica que incluye socios y accionistas.

f). El aparte subrayado del subnumeral 3 del literal b numeral 5.4 del Capítulo X, relativo a señales de alerta de las operaciones, negocios o contratos que representen, tengan por objeto o involucren: “3. Donaciones que no tengan un Beneficiario Final aparente, que no se conozca su origen o que éste se encuentre domiciliado en país o una jurisdicción de alto riesgo”, es claro, en la medida que lo que persigue la norma, es que esté debidamente identificado el beneficiario final de la donación.

g). Las “reglas de conducta” corresponden a una expresión ordinaria que no requiere ninguna interpretación.³

h). En cuanto a lo señalado en su consulta sobre la recomendación 24 del GAFI, se observa que le corresponderá al Oficial de Cumplimiento aplicar todos los conocimientos que lo acreditan para el ejercicio del cargo, en aras de diseñar la matriz de riesgo para individualizar, segmentar, evaluar y controlar los riesgos LA/FT/FPADM, de las personas naturales que sean su contraparte.

ii. Radicación 2021-02-7001931:

En la señalada radicación, consulta sobre si las sociedades operadoras de libranza, las que desarrollen actividades de multinivel, los fondos ganaderos y a las sociedades que realizan actividades de factoring, están obligadas a cumplir el Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades.

Sobre el particular, el referido Capítulo X establece:

“(…)

4.2. Las Empresas que pertenezcan a cualquiera de los sectores que se señalan a continuación, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos que se indican para el respectivo sector, deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 5 del presente Capítulo X (SAGRILAF):

(…)

4.2.7. Sectores de supervisión especial o regímenes especiales

³ Expresión contenida en el numeral 5.1.4. “Asignación de funciones a los responsables y otras generalidades” del Capítulo X



- a. *Las Sociedades Administradoras de Planes de Autofinanciamiento Comercial (SAPAC).*
- b. *Las Sociedades Operadoras de Libranza, vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.*
- c. *Las sociedades que lleven a cabo Actividades de Mercadeo Multinivel.*
- d. *Los fondos ganaderos.*
- e. *Las sociedades que realizan actividades de factoring, vigiladas por la Superintendencia de Sociedades.”*

La referencia dentro del Capítulo X, al Capítulo IX de la misma circular, se incluyó para ilustrar a los interesados sobre los alcances de la vigilancia que ejerce esta Superintendencia sobre las sociedades dedicadas a las actividades allí descritas, sociedades que también están obligadas a cumplir con el SAGRILAF, en los términos del Capítulo X objeto de análisis.

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, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar directamente la normatividad, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la Circular Básica Jurídica, entre otros.